

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:
Проф. др Снежана Савић,
проф. др Рајко Кузмановић, проф. др Миодраг Симовић,
проф. др Валерија Шаула, проф. др Миле Дмичић,
проф. др Никола Мојовић, проф. др Душко Медић,
проф. др Енес Хашић

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:
Проф. др Витомир Поповић,
проф. др Марко Рајчевић, др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић, Ирена Мојовић,
др Слободан Станишић, Амор Букић, Слободан Гаврановић,
Недељко Милијевић, др Тихомир Глигорић,
Биљана Марић, проф. др Милан Томић.

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА
Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука
Телефон/факс: 051/212–320
www.udruzenjepravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено и утемељено као стручна, самостална, нестраначка организација правника у Републици Српској.

„Правна ријеч“, часопис за правну теорију и праксу, установљен је као гласило Удружења правника Републике Српске, који доприноси остваривању заједничких програмских интереса правника, професионалном унапређивању правне струке и развијању највиших моралних вриједности, правне етике и правне културе.

Часопис објављује чланке научног и стручног карактера из свих области права, те теоријска истраживања и студије из упоредног права и нашег права, као и материјале са научних, стручних и консултантских јавних расправа и других скупова правника. Часопис ће објављивати реферате, саопштења и дискусије са традиционалног савјетовања „Октобарски правнички дани“, под називом „Изградња и функционисање правног система“. У њему ће се поклонити пажња свему ономе што се у нашем правном животу и друштву у цјелини збива, а што доприноси стварању владавине права и модерне правне државе и изграђивању и нормалном функционисању нашег правног система. На његовим странама објављују се и одабране одлуке из судске, управне и арбитражне праксе, осврти и прикази нових књига из правне књижевности, као и разноврсни прилози из свакодневне правничке праксе.

Као гласило Удружења правника Републике Српске, часопис прати дјеловање правничке организације и о њој обавјештава читаоце и укупну јавност.

САДРЖАЈ

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ9

Проф. др Витомир Поповић:
УГОВОР О КРЕДИТУ И ВАЛУТНА КЛАУЗУЛА У СТРАНОЈ ВАЛУТИ ... 11

Проф. др Александар Тирић:
ЗОНЕ СЛОБОДНЕ ТРГОВИНЕ КАО ОБЛИЦИ МЕЂУНАРОДНИХ
ТРГОВИНСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА 23

Проф. др Радован Вукадиновић:
ЕУ ПЕРСПЕКТИВА ИЛИ ЕУТОПИЈА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА 43

Проф. др Душанка Ђурђевић:
НОВА ПРАВИЛА ЗА МЕЂУНАРОДНИ ПРЕВОЗ ОПАСНЕ РОБЕ 61

Prof. dr Filip Turčinović:
ZNAČAJ NEKIH VITNIN ODREDBI LISABONSKOG
UGOVORA IZ 2009 77

Проф. др Оливер Антић:
ИНТЕРЕСИ И (НЕ)ПРАВДА 85

Проф. др Станка Стјепановић:
ОБАВЕЗЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У ПРОВОЂЕЊУ ЧЛАНА ОСМОГ
ОКВИРНЕ КОНВЕНЦИЈЕ О КОНТРОЧИ ДУВАНА СВЈЕТСКЕ
ЗДРАВСТВЕНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ 107

Доц. др Маријана Дукић Мијатовић:
УГОВОР О ТРАНСФЕРУ ИГРАЧА КАО ОБЛИК МЕЂУНАРОДНЕ
ТРГОВИНЕ 123

Др Јелена Ђеранић:
ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У МЕЂУНАРОДНОМ,
ЕВРОПСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ 133

Dr Sandra Fišer Šobot:
ODGOVORNOST PRODAVCA ZA SAOBRAZNOST ROBE SA
PRINUDNIM PROPISIMA. 153

Mr Милица Драгичевић: СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У ДРЖАВАМА С ТЕРИТОРИЈЕ БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ	167
Mr Ivana B. Ljutić: ARBITRAŽNA KONVENCIJA I TRANSFERNE CENE – HARMONIZACIJA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE	181
Mr Горан Бранковић: УТИЦАЈ СУДСКЕ ПРАКСЕ НАДНАЦИОНАЛНИХ СУДОВА	193
Mr Nikola Dožić: ODGOVORNOST ZA PROIZVOD U AMERIČKOM PRAVU I RESTATEMENT (THIRD) OF THE TORTS	207
Mr Страхиња Миљковић: УГОВОРНИ ПРЕНОС KNOW-HOW КАО ЕКСКЛУЗИВНЕ ИМОВИНЕ ДАВАОЦА ФРАНШИЗЕ	219
Матеј Савић: ДРЖАВА И ДИПЛОМАТИЈА	231
Јелена Беловић: РИМ I УРЕДБА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА УГОВОРНЕ ОДНОСЕ	253
Душко Глодић: ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ ПРИДРУЖИВАЊА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ ЗАКЉУЧЕНОГ СА БОСНОМ И ХЕРЦЕГОВИНОМ	267
КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ	281
МАТЕРИЈАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО	
Проф. др Милош Бабић: НАЈНОВИЈЕ ПРОМЈЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА	283
Prof. dr Ivanka Marković: USLOVNA OSUDA – UPOREDNO PRAVNI PRISTUP	303
Prof. dr Dragan Jovašević: STADIJUMI U IZVRŠENJU KRIVICHNOG DJELA - TEORIJA, PRAKSA I ZAKONODAVSTVO	320

Проф. др Миомира Костић: ДРУШТВЕНА ПРЕВЕНЦИЈА КРИМИНАЛИТЕТА	347
Проф. др Љубинко Митровић и мр Николина Грбић-Павловић: ЗАШТИТНЕ МЈЕРЕ ИЗ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ	369
Prof. dr Branko Vučković i prof. dr Vesna Vučković: ODGOVORNOST PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DJELA	385
Dr Zoran Stevanović, Jasmina Igrački: EFEKTI KAZNE ZATVORA I INSTITUCIONALNOG TRETMANA U PREVENCIJI KRIMINALITETA	403
Dr Darko Radulović: ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U SVJETLU MEĐUNARODNIH DOKUMENATA, OPRAVDANOST I KRITIKA	417
Доц др Нараша Деретић: КРАТАК ОСВРТ НА <i>CRIMEN REPETUNDAE</i> - КРИВИЧНО ДЈЕЛО ПРИМАЊА МИТА, ЗЛОУПОТРЕБЕ ПОЛОЖАЈА, НЕЗАКОНИТЕ НАПЛАТЕ... У РИМСКОМ ПРАВУ	429
Doc. dr Zdravko Skakavac: KARAKTERISTIKE KRIMINALNIH ORGANIZACIJA MAFIJAŠKOG TIPIA	443
Ana Batrićević: KAZNA POLUZATVORA U ITALIJANSKOM KRIVIČNOM PRAVU KAO MOGUĆI PRAVNI TRANSPLANT	465
ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО	483
Проф. др Станко Бејатовић: РАДНА ВЕРЗИЈА НОВОГ ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕФИКАСНОСТ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА	485
Prof. dr Miodrag N. Simović i doc. dr Vladimir M. Simović: ISTRAGA I EVROPSKO KRIVIČNO PRAVO	519
Prof. dr Drago Radulović: PRITVOR U KRIVIČNOM POSTUPKU – IZMEĐU NORMATIVNOG I STVARNOG	541

Проф. др Војислав Ђурђић, доц. др Марко Трајковић: КРИВИЧНОПРАВНА ЕТИКА ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА	559
Проф. др Саша Кнежевић: ОГРАНИЧАВАЊЕ МОНОПОЛА ДРЖАВЕ НА КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ . . .	575
Доц. др Урош Пена: КРИМИНАЛИСТИЧКА ТАКТИКА ОБЕЗБЈЕЂЕЊА ЛИЧНИХ ДОКАЗА .	589
Доц. др Миле Шикман: КОРИШЋЕЊЕ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ У ИСТРАГАМА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА – КРИТИЧКИ ОСВРТ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И БиХ.	611
Dr Jovan Ćirić: MAGISTRATI U BORBI ZA SVOJU NEZAVISNOST.	635
Др Златко Николић: СРПСКО КАЗНЕНО ЗАКОНОДАВСТВО <i>ИЗМЕЂУ DE LEGE LATA</i> <i>И DE LEGE FERENDA</i>	647
Мр Раденко Јанковић: МОГУЋНОСТ ЖАЛБЕ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ КОЈОМ СЕ ОПТУЖЕНИ ОГЛАШАВА КРИВИМ НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ.	659
Мр Тања Кесић и мр Драгана Чворовић: ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМ И РАДНА ВЕРЗИЈА ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.	681
Вељко Турањанин: ОД ПРИЗНАЊА КРИВИЦЕ ДО СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У ЕНГЛЕСКОМ КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ	703
Nihad Ukić: PRAVO DA SE OSOVA BRANI SAMA ILI UZ POMOĆ ADVOKATA - MEĐUNARODNI, REGIONALNI I DOMAĆI STANDARDI	719
Др Сретен Југовић: ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА И КОНТРОЛА ПОЛИЦИЈЕ И БЕЗБЕДНОСНО ИНФОРМАТИВНЕ АГЕНЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	731

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УГОВОР О КРЕДИТУ И ВАЛУТНА КЛАУЗУЛА У СТРАНОЈ ВАЛУТИ

Проф. др Витомир Поповић*

УВОД

Уговори о кредиту су одувијек, а нарочито у последње вријеме, велике платежне неспособности и немогућности извршавања обавеза, спадали и спадају у најчешће и најзначајније банкарске послове. Скоро да није могуће замислити одвијање привредних или било каквих друштвених дјелатности без кредита. Отуда је и њихов значај велики, не само на домаћем тржишту и у развоју домаћих привреда, него и у међународним економским односима, у ширем смислу ријечи. Са друге стране, они су постали изузетно значајни банкарски послови, без којих би било тешко замислити несметано обављање и одвијање банкарских дјелатности.

У банкама су сконцентрисана огромна новчана средства, с обзиром да се цјелокупно пословање свих привредних и других субјеката, нпр. фондова, државних органа, али и грађана, чиме се ствара велики новчани потенцијал чије усмјеравање у економски најпрофитабилније сврхе, може бити у функцији остварења економских и других подухвата, за које често није могуће осигурати новчана средства.¹

На основу кредитних послова врши се мобилизација инвестицијских и других привредних активности, а прикупљање и мобилизација ових средстава се, зависно од потреба, преусмјерава у најрационалније и најпотребније пословне активности. Мобилизацијска функција кредита има и посебну компоненту, јер се прикупљају новчана средства која су често ван прометне и производне функције, ради његовог укључивања у друштвену репродукцију, чиме се омогућује одвијање пословних односа између привредних субјеката. Ово је нарочито значајно за оне субјекте који послују на граници ликвидности и

* Проф. др Витомир Поповић, Правни факултет Бања Лука

¹ Витомир Поповић, Уговор о кредиту - Неки аспекти обезбјеђења и осигурања, Зборник радова „Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Неум, 2006. г., стр. 149.

могућности испуњавања својих обавеза, односно за привреде неразвијених земаља и тржишта, у које спадају и босанскохерцеговачко, односно тржиште Републике Српске и Федерације БиХ. Поред наведеног, ово је значајно и за оне субјекте који послују рентабилно, али нису у могућности да обезбиједи неопходна обртна и друга потребна средства за несметано одвијање и проширење њихове дјелатности.

Поред наведеног, кредитима се остварују мјере економске политике и њима је могуће утицати на развој читавих неразвијених подручја и дјелатности.

Кредити имају и нову функцију, која се остварује контролом пословања предузећа или друге привредне организације, која је корисник кредита. Ту контролу врши банка, као давалац кредита, а она обухвата контролу намјенског кориштења додијелиених кредитних средстава, као и контролу рентабилности пословања тим средствима.²

Кредитни односи у великој мјери утичу на међународне економске односе, и то у највећој мјери у правцу унапређења међународне економске размјене и јачања утицаја и значаја свјетске подјеле рада. У међународним економским односима свака држава води такву економску политику која првенствено одговара привредним и другим друштвеним интересима, те привреди тога друштва. Управо због тога, изградњом новог економског поретка, у којем све већи значај имају кредитни односи, остварује се заштита интереса даваоца и примаоца кредита.³

ПОЈАМ И ВРСТЕ УГОВОРА О КРЕДИТУ

У упоредном праву не постоје потпуне кодификације правила о уговори-ма о кредиту. Материјалноправне норме, којима се регулише уговор о кредиту, доста су ријетке, тако да се, као основни извор права, у пракси примјењују добри пословни и банкарски обичаји.⁴

У нашем правном систему уговор о кредиту је појмовно регулисан чланом 1065 Закона о облигационим односима, који гласи:

„Уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено вријеме, за неку или без утврђене намјене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добивени износ новца врати у вријеме и на начин како је утврђено уговором“.⁵

² Михаило Велимировић, Банкарски послови и хартије од вриједности, Београд, 1996. г., стр. 10.

³ Славко Царић, Банкарски послови и хартије од вриједности, Нови Сад, 2000. г., стр. 23.

⁴ Мара Тодоровић, Уговор о кредиту, Правни живот, бр. 4-5/89, стр. 741.

⁵ Пближе видјети члан 1065 Закона о облигационим односима, „Службени гласник СФРЈ“, тј. СЦиГ, бројеви 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, 31/1993. Ова одредба је у идентичном тексту преузета у законодавство ФБиХ, Р. Српске и Брчко дистрикта БиХ.

Према проф. др Михаилу Велимировићу, уговор о кредиту представља правни посао којим се обавезује банка или неки други давалац кредита да ће кориснику кредита ставити на располагање одређени износ новца, на одређено или на неодређено вријеме, за неку намјену или без одређене намјене, а корисник кредита се обавезује да ће за то плаћати уговорену камату, да ће добивена средства користити према уговореној намјени и да ће их вратити у вријеме и на начин који су уговорени.⁶

Из горе наведених дефиниција је видљиво да овај правни посао није детаљно дефинисан и да је у пословној пракси, односно даваоцу и примаоцу кредита, остављена велика слобода у дефинисању њихових међусобних права и обавеза.

Овај правни посао спада у активне банкарске послове, с обзиром да се у њему банка појављује у улози повјериоца, а њени клијенти, у правилу, у улози дужника.

Битни елементи овог правног посла су: износ одобрених новчаних средстава, услови одобравања, кориштења и враћања тих средстава.

Закон о облигационим односима прописује обавезу закључивања уговора о кредиту у писаном облику, што га, са аспекта форме, чини формалним правним послом.

У пракси је уобичајено да се овај уговор закључује на унапријед припремљеним и утврђеним формуларима од стране банке, што овај уговор сврстава у уговоре по приступу. Наиме, код овакве врсте уговора не може се баш у потпуности говорити о подједнако израженој аутономији воље уговорних страна. Прималац кредита је најчешће доведен пред свршен чин, с обзиром да он ове услове може или прихватити или одбити, а најчешће је принуђен да их прихвати. То наравно не искључује могућност, нарочито када се ради о великим или већим новчаним износима, да се давалац и прималац кредита договарају не само о висини одобреног кредита, него и о дужини враћања, висини каматне стопе, начинима обезбјеђења, итд. Међутим, у сваком случају постоји доминантнија позиција банке, односно даваоца кредита.

Овај уговор спада у тзв. комутативне правне послове, с обзиром да је већ у моменту закључења уговора познат однос и обим међусобних права и обавеза уговорних страна.

Уговор о кредиту је двострано обавезан, јер се обје уговорне стране обавезују на међусобна уговорна давања. Самим тим, то је теретни уговор, јер давалац кредита ставља на располагање кориснику кредита одређени износ новца, а овај му за то плаћа одговарајућу накнаду у виду камате. Уговор о кредиту је посао који је заснован на узајамном повјерењу даваоца и корисника кредита (посао *intuitu persone*). Давањем кредита, поред банака, ради чега овај

⁶ Михаило Велимировић, наведено дјело, стр. 13.

посао у пракси најчешће и третирамо банкарским правним послом, могу се бавити и неки други правни субјекти, који у складу са важећим законским прописима за то испуњавају прописане услове (предузећа, фондови, итд.).⁷

Иако овај уговор на одређени начин спада у уговоре по приступу, основа његовог закључивања лежи у аутономији воље уговорних страна. Овим уговором су дефинисана међусобна права и обавезе, првенствено је заснован на узајамном повјерењу даваоца и корисника кредита (*intuitu persone*). Његове евентуалне измјене, раскид и сл., заснивају се на начин и под условима прописаним самим уговором.

МЕЃУСОБНА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ

Основна обавеза банке или другог даваоца кредита (кредитора) из уговора о кредиту је да кориснику кредита стави на располагање уговорени износ новца, на уговорени начин и за уговорено вријеме. Корисник кредита стиче право на располагање тим новцем.

Обавеза корисника кредита је да добивена средства користи за намјене предвиђене уговором. Кредитор има право да контролише намјенско кориштење средстава. Корисник кредита је обавезан кредитору плаћати камату на начин и под условима предвиђеним у уговору, који представља цијену за кориштење туђег новца. Висина камате се изражава каматном стопом која може да буде фиксна или непромјењива и клизна или промјењива (тзв. пливајућа камата). Она не смије да буде већа од највеће дозвољене каматне стопе. Промјењива или пливајућа камата има за циљ штитити вриједност новца од промјена до којих може доћи на финансијском тржишту.

Корисник кредита дужан је да у уговореном року и на начин предвиђен уговором, враћа кредитору износ новца који му је додијељен као кредит. Инвестицијски кредити обично се отплаћују у ануитетима који представљају једнаке годишње износе или рате кредита, заједно с каматом који се отплаћују даваоцу кредита.⁸

НАЧИНИ ПРЕСТАНКА ОБАВЕЗА

Најчешћи и најубичајенији начин престанка обавеза из уговора о кредиту јесте његово извршење. Међутим, Закон о облигационим односима, у свом члану 1067 став 2, прописује могућност отказа уговора пре истека уговореног рока, затим у случају инсолвентности корисника, престанка правног лица

⁷ Поближе видјети о томе: Михаило Велимировић, наведено дјело, стр. 13.

⁸ Михаило Велимировић, наведено дјело, стр. 14.

(стечај или ликвидација) или смрти корисника, ако би у тим случајевима давалац кредита дошао у битно неповољнији положај. Уговор се може отказати и у случају да корисник трајније не извршава своје доспјеле обавезе, односно не плаћа приспјеле рате кредита, а што се у правилу дефинише самим уговором о кредиту. Могућност једностраног раскида уговора и пре истека рока може се предвидјети у случајевима када се тзв. намјенски кредит ненамјенски троши, односно користи.

Уговор о кредиту може отказати, односно једнострано раскинути и корисник кредита. То се може десити било прије почетка кориштења кредита, било током кориштења. У случају одустајања од уговора или намјере за враћањем средстава прије уговореног рока, корисник је дужан о томе унапријед обавијестити банку и даваоцу кредита надокнадити штету коју му је тиме проузроковао. Постојање штете и њен износ треба да докаже кредитор. Кредитор нема право на зарачунавање камате за вријеме за које корисник кредита није користио кредит, тј. за вријеме од дана враћања кредита до дана када је према уговору кредит требало да буде враћен.⁹ Оваква могућност отказа уговора од стране корисника, пре почетка његовог кориштења, је прописана чланом 1068 став 1 Закона о облигационим односима.

Ако корисник кредита врати кредит пре рока одређеног за враћање, банка нема право да од њега захтијева камату на средства која он није искористио или која је вратио пре уговореног рока. Банка, као давалац кредита, је у обавези да докаже постојање и висину штете коју је тиме претрпјела.¹⁰

ВРСТЕ УГОВОРА О КРЕДИТУ

С обзиром на постојање релативно високог степена остварене аутономије унификације уговора о кредиту и појединих врста кредита, као и на постојање банкарских узанси и норми пословног морала у области кредитног пословања, у нашем правном систему, али и већини других земаља, постоје исте или релативно сличне врсте уговора о кредиту, као нпр.:

а) према дужини трајања кредитног односа, постоје краткорочни, средњорочни и дугорочни кредити. Краткорочни кредити се, у правилу, дају с роком враћања до двије године, средњорочни од двије до пет година, а дугорочни преко пет година;

б) према карактеру повјериоца, односно зависно од тога ко га даје, кредити могу бити банкарски, јавни (које одобравају државни органи), затим инострани кредити (које одобравају стране банке и друге финансијске организације), итд.;

⁹ Видјети поближе о томе: Михаило Велимировић, наведено дјело, стр. 14.

¹⁰ Марина Самарцић, Уговор о кредиту и камате, Правни живот, број 10, Београд, 2001. г., стр. 490.

в) према карактеру дјелатности дужника, кредити могу бити индустријски, комунални, земљораднички и други;

г) према облику у коме се дају, кредити могу бити робни или комерцијални ако се дају у роби, а враћају у новцу и новчани кредити који се дају и враћају у новцу;

д) према економској намјени и употреби средстава добивених на основу уговора о кредиту, кредити могу бити производни и потрошни, затим кредити за обртна средства и основна средства, или инвестиције;

ђ) према врсти осигурања враћања кредита, кредити могу бити лични или покривени. Код личних или персоналних кредита битно је повјерење у дужника и његову кредитну способност, док се код покривених кредита, који се још често називају реалним кредитима, захтијева конституисање одређеног заложног права;

е) према улози у функцији камате, кредити могу бити каматни и бескаматни;

ж) према њиховој намјени, кредити могу бити општи или намјенски. Намјенски кредити су чешћи облик и они се користе искључиво за намјене предвиђене у уговору о кредиту;

з) према начину враћања кредита, кредити могу бити једнократни, оброчни и амортизацијски. Једнократни кредити се враћају једном у цијелом износу, оброчни повремено према уговореним роковима, а амортизацијски или ануитетски кредити се враћају равномјерно и повремено годишње или полугодишње у облику ануитета који се дјелимично састоји од дијела враћања кредита, а дјелимично од камате. Код инвестицијских кредита камата може бити редовна и интеркаларна. Редовна камата се обрачунава од тренутка кориштења кредита па све до тренутка враћања кредита. Интеркаларна камата се обрачунава од тренутка закључења уговора о кредиту, па до почетка враћања кредита;

и) потрошачки или конзумни кредити, који се грађанима најчешће одобравају на основу посебних прописа, а могу их одобравати поред банака, производне и трговачке организације у циљу пласмана својих производа;

ј) хипотекарни кредити, који се заснивају на хипотеци на некретнинама у циљу осигурања уредног враћања добивеног кредита;

к) кредити са текућег рачуна. Ови кредити се одобравају власницима текућих рачуна, најчешће аутоматски и до висине кредитне способности имаоца текућег рачуна, који се утврђује према приходима имаоца текућег рачуна, а у висини доспјелих обавеза плаћања уколико на текућем рачуну нема довољно покрића. Ово су, у правилу, краткорочни кредити с релативно високим каматним стопама, с обзиром да су у висини каматних стопа најчешће укалкулисана уговорна казна за имаоца текућег рачуна који не води довољно рачуна о својој покрићу на текућем рачуну код банке приликом стицања нових обавеза плаћања;¹¹

¹¹ Славко Царић, неведено дјело, стр. 27.

л) акцептни кредити, који су најчешће краткорочни, а код којих банка клијенту не одобрава новчана средства, него му акцептира мјеницу коју је на банку издао њен клијент с основним циљем да се повећа бонитет и квалитет клијентове мјенице. Рок доспјелости мјенице представља заправо рок трајања кредитирања клијента на основу акцептног кредита. У пословној пракси су чести случајеви да акцептиране кредите једна банка даје другој банци или да банка даје акцепт на мјеници домаћег увозника и тада су то валутни акцептни кредити;

љ) рамбурсни кредити спадају у посебну врсту банкарских кредита који се често појављују у спољнотрговинској размјени и путем којих фактички увозник плаћа извознику купљену робу. Ова врста кредита се у пракси најчешће појављује с отварањем документарног акредитива и њоме се у великој мјери подстиче и стимулише спољнотрговинска размјена и отклања неповјерење извозника према увознику;

м) винкулацијски кредити се одобравају уз обавезу корисника кредита да код банке депонују документа с којим се располаже робом. На овај начин се банка осигурава у погледу враћања кредита вриједношћу робе, којом прималац кредита не може располагати, јер су робни документи депоновани код банке. Када кредит буде враћен, банка ће вратити робна документа примаоцу кредита.

Постоје и неке друге посебне врсте уговора о кредиту у којима у правној теорији постоје различита размишљања о томе да ли они спадају у посебне врсте уговора о кредиту или се пак ради о посебним врстама банкарских послова. У ове послове спадају:

а) уговор о есконту, као посебна врста банкарског посла који у себи садржи елементе уговора о кредиту и уговора о купопродаји хартија од вриједности (мјенице, чекови, обвезнице и др.).

б) уговор о реесконту. Под овим појмом се подразумијева право банке да прода другој банци или неком другом лицу откупљене, тј. есконтване мјенице или друге хартије од вриједности или недоспјела потраживања. Код реесконта се још увијек ради о недоспјелим потраживањима и недоспјелим хартијама од вриједности.

Есконт и реесконт су изузетно значајни банкарски послови, нарочито ако се ради о односима између банкарских организација, јер емисионе банке реесконтирањем заправо утичу на количину новца у промету, а у односу на конкретну банку снабдијевају је потребним новчаним средствима. У том смислу есконт и реесконт су истовремено значајни инструменти монетарне политике централне и емисионе банке.¹²

в) ломбард као уговор о кредиту, спада у посебну врсту уговора о кредиту уз право залога на хартијама од вриједности и драгоцјеностима у циљу осигурања враћања одобредног кредита. Спада у групу краткорочних банкар-

¹² Славко Царић, наведено дјело, стр. 28.

ских кредита и према члану 1069 Закона о облигационим односима ова врста уговора о кредиту заснива се на залози хартије од вриједности као осигурању одобреног кредита.

г) реломбард као уговор о кредиту, представља заправо посебну врсту уговора о ломбарду, закључену између двије банкарске организације на основу кога банка која је у претходном уговорном односу с клијентом стекла право залога на хартијама од вриједности и на драгоценостима, залаже те хартије и драгоцености код друге банке ради добивања потребних новчаних средстава.

ОСИГУРАЊЕ – ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ УГОВОРА О КРЕДИТУ

Овај правни посао се првенствено заснива на међусобном повјерењу уговорних страна. Давалац кредита, односно кредитор, полази од повјерења да ће му прималац кредита дати кредит и вратити га на начин и под условима прописаним уговором. Сам основ одобравања лежи у способности корисника за његовим враћањем, вољом за плаћање, али и могућности наплате принудним путем. Другим ријечима, тек након што се давалац кредита увјери да ће прималац кредита бити у могућности кредит вратити и након што осигура, односно обезбједи довољно јемство за повраћај кредита, кредитор ће се определијелити за његово одобрење.

Упркос брижљивог испитивања кредитне способности дужника, о постојању односних својстава дужника може да настане заблуда на страни повјериоца. Посебно се не може тачно оцијенити економска способност плаћања дужника за цјелокупно вријеме на које је дат кредит, да би стопроцентно био искључен сваки ризик за поврат кредита. За све дате кредите се стога поставља додатни захтјев за њихово осигурање. То важи прије свега за кредитне институције које новце дају многобројним штедишама и другим улагачима, имајући повјерење у њих да ће у року вратити кредит.¹³

ВРСТЕ ОСИГУРАЊА

Пословна пракса познаје читав низ критерија и класификација средстава осигурања кредита. Један од њих је нпр. подјела према врсти осигурања. Кредити могу бити неосигурани (бланко) и осигурани кредити, који се међусобно разликују према средствима осигурања.¹⁴ Тако нпр. постоје лична и реална осигурања. У **лична осигурања** спадају: јемство, гаранција и заједничко преузимање дуга. Ова осигурања гарантују повјериоцу захтјев према лицу које

¹³ Драгољуб Д. Стојановић и Божидар Павичевић, *Право обезбјеђења кредита*, Београд 1997, стр. 21.

¹⁴ Драгољуб Д. Стојановић и Божидар Павичевић, наведено дјело, стр. 21.

је за другог преузело осигурање дуга и које јемчи цјелокупном својом имовином за обавезе дужника.

У **реална осигурања** спадају она осигурања која зајемчују повјериоцу који се осигурао на једном индивидуалном имовинском предмету дужника, апсолутно заштићено стварно право. У реална средства осигурања спадају: осигурање покретним стварима (ручна залога), непокретним стварима (хипотека, земљишни дуг) и осигурање правима (заложно право на праву, цесија ради осигурања).

Постоји читав низ других подјела, којима се ми овом приликом нећемо бавити, али значајно је напоменути да у најчешће врсте осигурања кредита у пословној пракси спадају: хипотека као укњижба заложног права на некретнима, затим, ручна залога на покретним стварима и уговор о јемству као средство осигурања. Међутим, у пракси се поставља питање како и на који начин је могуће заштитити интересе уговорних страна у вези промјене вриједности новца која је, нарочито од настанка рецесије, дошла до изражаја.

ИНДЕКСНА И ВАЛУТНА КЛАУЗУЛА У УГОВОРУ О КРЕДИТУ

У пракси се заштита интереса уговорних партнера врши кроз уговарање промјењиве каматне стопе и кроз уговарање заштитних клаузула.

Промјењива каматна стопа

Уговарање промјењиве каматне стопе је уобичајено и најчешће присутно у међународним трансакцијама, код међународних иностраних кредита и оно је фактички у интересу и повјериоца и дужника. Најчешће коришћени системи су: LIBOR, PIBOR, PRIME RATE, итд.

Ријеч LIBOR потиче од енглеске ријечи (*London Interbank Offered Rate*) и представља међубанкарску промјењиву каматну стопу која се обрачунава на међусобне кредите банака које послују на лондонском тржишту капитала. Висина ове камате зависи од кредитног бонитета банака на тржишту. Ако је кредитни бонитет већи, ова камата је релативно нижа, и обрнуто, и зависи од самог кретања вриједности појединих девиза на тржишту. Камата на те зајмове одређује се као збир варијабилног LIBOR-а и фиксне каматне марже која се назива *spread* и чија висина зависи о процијењеној кредитној способности зајмопримца, рочности зајма и трошкова администрирања кредитом. Такве промјењиве каматне стопе осигуравају банкама фиксну профитну стопу, а преко варијабилног се LIBOR-а на дужника пребацује ризик промјене основне цијене капитала.¹⁵ Званично је одређено пет главних првокласних лондонских

¹⁵ <http://limun.hr/main.aspx?id=33000&Page=>

банака, које једна другој сваког радног дана у 11 сати по лондонском времену нуде новац. По овој каматној стопи се позајмљују већи износи новца на период од једне до пет година. Према каматним стопама по којима су закључени одређени послови у току дана, као и вриједности ових послова, утврђује се средња стопа. Та каматна стопа се примјењује на кредите чије кориштење почиње за два наредна дана. Она се мијења свакодневно, али чим се депозит купи за цио рок за који је депозит купљен, ова каматна стопа остаје фиксна.¹⁶

Аналогно LIBOR-у који је карактеристичан за лондонско тржиште капитала, постоји и PIBOR (*Paris Interbank Offered Rate*) који се примјењује на паришком тржишту капитала.

На тржишту Европске уније и EURA је створена нова референтна међу-банкарска каматна стопа у оквиру EY. EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*) је каматна стопа по којој се нуде термински депозит од стране једне првокласне банке другој и објављује се у 11 сати (по централноевропском времену) за спот вриједности. Квотација каматне стопе је са три децимална мјеста за период од 1 недјеље до 12 мјесеци.

PRIME RATE (*or prime lending rate*) је термин који се у многим земљама односи на каматну стопу коју користе банке. Она је нпр. у Сједињеним Америчким Државама примарна каматна стопа и тренутно износи 3,25 %, а у Канади 3 %.¹⁷

Примарна каматна стопа се често користи као индекс приликом обрачунавања измјена стопе код хипотекарних зајмова са промјењивом стопом (ARM) као и код других краткорочних зајмова са варијабилном стопом. Користи се приликом израчунавања неких приватних студентских зајмова. Многе кредитне картице и хипотекарни кредити (HELOC) са промјењивом каматном стопом имају дефинисану стопу као примарна каматна стопа (индекс) плус фиксна вриједност која се дефинише као *spread* или маржа.¹⁸

Валутна клаузула

Одредба уговора којом се новчана обавеза изражена у једној валути ставља у зависан однос према вриједности неке друге валуте, представља валутну клаузулу. Она има за циљ да одржи тзв. реалну вриједност новца у току периода отплате, за разлику од монетарног номинализма у коме се новчане

¹⁶ www.megatrend-info.com/forum/index.php?action...;topic...

¹⁷ До 17. децембра 2008. године, када су 23 од 30 највећих америчких банака измијениле своју примарну каматну стопу, Wall Street Journal мијења своју објављену стопу. 17. децембра 2008. г., Wall Street Journal увиђа да мањи број великих банака контролише већину средстава, па мијења методологију утврђивања примарне каматне стопе која се објављује. Данас каматна стопа Wall Street Journal-а одражава базну стопу коју је објавило најмање 70% десет водећих банака по основу средстава.

¹⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Prime_rate.

обавезе намирују у оном броју новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев ако Законом није другачије прописано.¹⁹ Валутна клаузула, за разлику од начела монетарног номинализма, има за циљ валоризацију новчаних средстава и у функцији је накнаде смањене куповне моћи новца у току трајања кредитног односа. Уношењем ове клаузуле настоји се спријечити губљење вриједности уговорене валуте, у случају када ради инфлације, повећања цијена и сл., долази до пада реалне вриједности новчане јединице.

Валута према којој је износ новчаног дуга, израженог у домаћем новцу, стављен у зависни положај, назива се валориметром, односно вриједносним фактором на темељу којег се утврђује коначни номинални износ новчаног дуга израженог у домаћем новцу. Тај номинални износ може бити већи или мањи од номиналног износа који је постојао у часу закључења уговора. Номинални износ биће за толико процената већи за колико се процената вриједност валуте уговора према валути као валориметру смањила, односно за толико процената мањи за колико се процената вриједност валуте уговора према валути као валориметру повећала. То значи да се висина новчаног износа израженог у домаћем новцу у случају промјене вриједности валуте уговора у односу на валуту валориметра мијења у обрнутом омјеру.²⁰

Овакав начин уговарања валутне клаузуле, нарочито у вријеме високог степена инфлације и рецесије, постао је уобичајен и у унутрашњим кредитним односима, тј. када и давалац и прималац кредита потичу из једне земље. Овакве примјере имамо у Босни и Херцеговини, Хрватској, али и у неким другим земљама, у којима су се валутне клаузуле уговарале утврђивањем односа уговорене валуте према некој релативно стабилнијој валути (нпр. швајцарски франак), која не представља валуту плаћања те земље. За разлику од оваквог приступа, раније девизно законодавство о пословању бивше СФРЈ је забрањивало наплату и обрачун камата у иностраној валути и злату између домаћих лица и између домаћих и страних лица на територији те земље.

Ни прописи Републике Српске, односно Федерације Босне и Херцеговине, не забрањују могућност уговарања валутне клаузуле код уговора о кредиту. Наиме, Законом о девизном пословању Републике Српске је прописано да „средства плаћања чине: конвертибилне марке, домаће хартије од вриједности и страна средства плаћања“. Под страним средствима плаћања Закон подразумијева девизе, ефективни страни новац и стране хартије од вриједности. Правна лица која су регистрована у Босни и Херцеговини, осим представништва ових лица који се налазе изван Босне и Херцеговине, као и физичка лица са пребивалиштем у Босни и Херцеговини, осим физичких лица чији привремени боравак у иностранству траје дуже од једне године, у смислу

¹⁹ Поближе видјети: члан 394 Закона о облигационим односима.

²⁰ Људевит Росенберг, Право међународних плаћања у пословним трансакцијама, Загреб, 1972, стр. 66.

члана 2 наведеног Закона представљају резиденте.²¹ Идентична рјешења садржана су и у Закону о девизном пословању Федерације Босне и Херцеговине. Другим ријечима, пословне банке које су се бавиле давањем кредита, односно правна лица која послују на територији Босне и Херцеговине, али и физичка лица којима је одобраван овај кредит, представљају резиденте Босне и Херцеговине и уговарана валутна клаузула код овакве врсте правних послова није у супротности са правним поретком Босне и Херцеговине, односно Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине.

ЗАКЉУЧАК

Валутна клаузула у страниј валути, у односу на клаузулу у којој је уговорено давање кредита у домаћој валути, има за циљ да одржи тзв. реалну вриједност новца у току периода отплате за разлику од монетарног номинализма у коме се новчане обавезе намирују у истом броју новчаних јединица на које је обавеза гласила. Њен основни смисао је валоризација новчаних средстава и у функцији је накнаде смањене куповне моћи новца у току трајања кредитног односа. Њеним уношењем се настоји спријечити губљење вриједности уговорене валуте ради инфлације, повећања цијена и пада реалне вриједности новчаних јединица. Имајући у виду нарочито повећану стопу рецесије која је у директној вези са инфлацијом, она је постала уобичајено средство обезбјеђења и одржавања реалне вриједности новца, како у домаћем правном поретку, тако и у правним системима других земаља, односно као таква није супротна правном поретку.

Summary

Currency clause in foreign currency, in relation to the clause wherewith granting a loan is agreed in domestic currency, aims at maintaining the so-called real monetary value in the period of repay in comparison to monetary nominalism whereby monetary obligations are settled in the same number of monetary units as determined under the obligation. Its basic concept is to valorize monetary assets and aims at reducing monetary purchasing power in the course of duration of credit relation. Its introduction aims at preventing the loss of value of contracted currency due to inflation, increase in price or reduction of real monetary value. Considering highly increased recession rate which is in direct relation to inflation, it has become a standard asset of providing and maintaining real monetary value in both, domestic legal system, and in legal systems of other countries, i.e. as such, it is not contradictory to any legal system.

²¹ Поболиже видјети: Закон о девизном пословању Републике Српске, члан 2.

ЗОНЕ СЛОБОДНЕ ТРГОВИНЕ КАО ОБЛИЦИ МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА¹

Проф. др Александар Ћирић*

Апстракт: Аутор у раду полази од тезе да међудржавне трговинске интеграције доприносе олакшавању трговине између земаља учесница. Оне се успостављају кроз зоне слободне трговине, установљавањем слободних царинских зона, царинских унија, формирањем јединственог тржишта и других облика међународне трговинске сарадње. Излагање је посвећено једном од поменутих облика удруживања – зонама слободне трговине. Оно се заснива, пре свега, на примерима уговорне сарадње Републике Србије са другим државама и слободним царинским територијама, укључујући споразуме са Руском Федерацијом, Белорусијом, Казахстаном, Турском, Европском унијом, државама чланицама Европског удружења слободне трговине-Ефта и др. На подлози спроведене анализе, аутор закључује да су све државе свесне користи које им либерализација трговине доноси, почев од привлачења страних инвестиција, креирања нових радних места, до рационалније алокације ресурса. Међутим, различити нивои развоја на којима се земље налазе упућују их на интеграције, као што су слободне трговинске зоне, најпре, са сличнијим себи. Мање развијенијим земљама, које нису у стању да саме снесу трошкове структуралног прилагођавања и социјалних ломова приликом усвајања универзалних правила међународне трговине, требало би понудити одговарајућа решења, која би им била прихватљива на мултилатералном нивоу.

Кључне речи: Зона слободне трговине; Споразуми о слободној трговини са Руском Федерацијом, Белорусијом, Казахстаном и Турском; Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП); Европско удружење слободне трговине (ЕФТА); Споразум о слободној трговини у Централној Европи (ЦЕФТА).

* Проф. др Александар Ћирић, Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ Рад је саставни део Пројекта бр. 179046 Правног факултета Универзитета у Нишу, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. УВОД

Интеграција је процес удруживања суверених држава са циљем успостављања ширег привредног и трговинског простора, на коме роба, услуге, капитал и радна снага могу слободно циркулисати. У интересу реализације начела слободе међународне трговине пожељно је да на подлози добровољно закључених споразума, јача повезаност привреда између земаља које учествују у тим споразумима. Међудржавне трговинске интеграције доприносе олакшавању трговине између земаља учесница. Оне се успостављају кроз форму зона слободне трговине, слободних царинских зона, царинских унија, формирањем јединственог тржишта и других облика међународне трговинске сарадње.

Организациони облици међународних трговинских интеграција се могу реализовати на глобалном и на регионалном нивоу.

На глобалном плану се мултилатерална интеграција остварује у процесу изградње и развоја транснационалних тржишта робе и услуга, посебно у оквиру мултилатерализованог система Светске трговинске организације (СТО).

На регионалном нивоу, који се и нашао у фокусу нашег интересовања, су најкомплекснији карактер достигле интеграције у Европи, Северној и Јужној Америци, Азији, Тихоокеанском региону, у Африци итд.

Специјални, повољнији правни режим је општа карактеристика интеграционих привредних удруживања. Јасно је да се интеграције, посебно оне које имају институционалну форму, разликују од традиционалних облика економске и трговинске уговорне сарадње. Оне су разлог услед кога долази до неподударности економске са политичком територијом државе. Тако, царинска територија је простор на коме делује јединствено царинско законодавство. То значи да се таква територија може подударати са државном и економском територијом, али може од ње и знатно одступити. Таква врста неподударности је карактеристична за случај ступања држава или слободних царинских територија у зоне слободне трговине, слободних царинских зона, или организовања царинских унија. Предмет наше пажње у овом раду су зоне слободне трговине, као један од облика међународне трговинске интеграције, са посебним освртом на примерима из уговорне праксе Републике Србије.

2. ЗОНЕ СЛОБОДНЕ ТРГОВИНЕ КАО СПЕЦИФИЧАН ОБЛИК МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Зона слободне трговине настаје на основу двостраних или вишестраних међународних споразума о слободној трговини држава, или слободних царинских територија.² Две или већи број царинских територија, између којих су царинска и друга трговинска ограничења укинута, у односу на највећи део трговинског промета производима, који су пореклом са територија чланица, представља зону слободне трговине.³ Чланице зоне су, по правилу, на уједначеном нивоу привредног развоја и конкурентности, чиме акт успостављања зоне повећава конкуренцију на тржишту, али не угрожава егзистенцијално привреднике њених земаља чланица.

Пракса примене модела зоне слободне трговине је широко распрострањена у свету. Тако су САД и Европска унија 2007. године потписале у Вашингтону Споразум о трансатлантској привредној сарадњи, којим се усаглашавају различити стандарди у области трговине и инвестиција и одређују се основи јединственог америчко-европског тржишног простора, са прогнозама да је његово остварење реално до 2015. године. Унија и САД су марта 2008, такође у Вашингтону, потписале и Споразум о превозу у ваздушном саобраћају, који би требало да омогући успостављање „Зоне слободне авијације“ између уговорница, са циљем слободног инвестирања и слободе пружања услуга без било каквих ограничења⁴. У Америци, Азији и Африци је у последњих десетак година настало преко 30 зона слободне трговине, царинских и економских унија. Постепено јачају и међурегионалне трговинске интеграције. У основи, свака царинска унија, успостављено заједничко тржиште, као и друге трговинске и монетарне уније, носе обележја и зоне слободне трговине.

Успостављање зоне слободне трговине се заснива на споразуму два или више царинских подручја, која:

а) укидају или знатно снижавају царине и друге ограничавајуће прописе у размени између држава чланица зоне, за производе пореклом са тих подручја, и

² Под царинском територијом се, према споразуму *GATT*, подразумева свака територија на којој за већи део њене трговине са осталим територијама, важе посебна царинска тарифа или посебни трговински прописи (чл. *XXIV st. 2. GATT-a*). На политичкој територији једне земље, могућно је да постоје две или више царинских територија (пример Србије и Црне Горе, док су биле у једној држави). Са друге стране могућно је да више државних територија формира једну царинску територију - царинску унију, каква је данас Европска унија, или зону слободне трговине попут Споразума *Central European Free Trade Association - CEFTA* и д. р. О овоме и: С. Голубовић, Европска монетарна унија, институционални аспекти, Правни факултет, Ниш, 2007. стр. 17.

³ Видети; чл. *XXIV тач. 8 (б) GATT-a*.

⁴ <http://gtmarket.ru/news/state>

б) државе задржавају самосталност у погледу вођења своје трговинске политике и одређивања царинских стопа према државама нечланицама зоне. Зона слободне трговине је трговински блок, који се заснива на споразуму о слободној трговини (ССТ), који елиминише тарифе, увозне квоте и друге дажбине на већини, ако не и на свим, имовинским добрима и услугама у њиховим међусобним трговинским односима.

Зона, по правилу, утиче на: повећање обима трговине унутар формиране територије; успостављање билатералне и дијагоналне кумулације производа у поступку утврђивања порекла робе;⁵ привлачење страних директних (посебно *green field*) инвестиција; адаптацију привреде на либерализацију трговине тј. на слободну конкуренцију, а такође представља и својеврстан „тренинг“ за будуће чланство у Светску трговинску организацију (СТО) и за приступање Европској унији (ЕУ). Начела и правне норме, које се примењују у зони, су усклађени са правилима СТО и правом ЕУ.

Зоне слободне трговине имају одређене сличности са царинским унијама. Разлика између уније и зоне слободне трговине се огледа у задржавању самосталности чланица зоне у погледу вођења трговинске политике изван зоне, и независном одређивању царинских стопа према осталим државама које нису њене чланице. Код царинске уније, чланице према нечланицама уније примењују јединствену царинску тарифу и воде заједничку трговинску политику.

Различит царински статус трећих држава је основна разлика између зоне слободне трговине и царинских унија. Зона слободне трговине значи уклањање царина, количинских ограничења и уједначавање прописа на нивоу њених чланица.⁶ За потрошаче значи бољу понуду производа, као и избор робе са нижим

⁵ О кумулацији и пореклу робе видети детаљније: А. Тирић, Значај правила о пореклу робе у међународној трговини, Тематски зборник радова – „Актуелне тенденције европског континенталног права“, Свеска 2, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2010, стр. 317-337, као и: А. Тирић, Методи утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету, „Право и привреда“, бр. 4-6/2011, стр. 718-732.

⁶ У свету постоји мноштво регионалних асоцијација, које почивају на концепту зоне слободне трговине: у Северној и Јужној Америци - Северноамеричка асоцијација слободне трговине *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, настала 1994, затим Латинско-америчка зона слободне трговине - *The Latin American Free Trade Association (LAFTA)*, која постоји од 1960; Андска група - *Andian Group*, основана 1969; Заједничко тржиште земаља Јужног Конуса (*MERCOSUR*); Организација за економску сарадњу (ЕСО) – која делује од 1964; Асоцијација земаља Југо-Источне Азије (*ASEAN*) – делује од 1967; Економска заједница западно-афричких држава (*ECOWAS*) – основана 1975; Заједничко тржиште Источне и Јужне Африке (*COMESA*) – основано 1982. Арапске земље су формирале заједничко тржиште у оквиру Лиге арапских држава. У Европи су карактеристичне зоне ЕФТА (European Free Trade Association), затим ЦЕФТА (*Central European Free Trade Agreement*), Заједнице независних држава (ЗНД, *Содружество независимых государств-СНГ, The Commonwealth of Independent States – CIS*). О Заједници видети: А. Тирић, Заједница Независних Држава, Правни факултет Универзитета у Нишу, 1998, стр. 1-318), затим Балтичке зоне слободне трговине - *The Baltic Free Trade Area (BAFTA)* између Естоније, Латвије и Литваније, која је престала да постоји пријемом ових држава у Европску унију, 1. маја 2004. Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_free_trade_agreements, сајт посећен 5.7.2011. О поје-

ценама, док за трговачка друштва представља могућност лакшег изласка на страна тржишта.

3. ЗОНЕ СЛОБОДНЕ ТРГОВИНЕ СРБИЈЕ НА ОСНОВУ ДВОСТРАНИХ СПОРАЗУМА

3.1. Споразуми са појединим државама

Србија је закључила низ двостраних међународних споразума, чији је основни циљ успостављање зоне слободне трговине. У групу двостраних споразума могу се сврстати како акти уговорне природе настали између Србије и једне државе партнера, тако и уговори Србије које она закључује са појединим регионалним међународним организацијама и државама њеним чланицама. Споразуми ове врсте имају мешовит карактер, будући да је партнер једне стране, међународна организација заједно са свим својим државама чланицама. Типичан пример ове врсте су споразуми о стабилизацији и придруживању које закључују две европске заједнице, односно Европска унија и њених 27 држава, у својству једне уговорне стране, са поједином државом која припада територији Западног Балкана.

Међу првим споразумима о успостављању зоне слободне трговине, који је Србија потписала са другом државом, је Споразум између Владе СРЈ и Владе **Руске Федерације** о слободној трговини⁷. Стране уговорнице су изразиле опредељење да стварајући неопходне услове за слободно кретање робе и капитала, у складу са важећим законодавством у свакој држави, сходно правилима СТО, либерализују међусобну трговину у циљу успостављања режима слободне трговине.⁸

Србија је осим са Русијом, потписала сличне Споразуме о слободној трговини и са **Белорусијом** (31. марта 2009. у Минску)⁹, као и са **Казахстаном**¹⁰,

диним регионалним асоцијацијама видети: А- Тирић, Међународно трговинско право, Општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2010, стр. 359-464.

⁷ “Сл. Лист СРЈ - Међународни уговори”, бр. 1/2001. Србија је једина земља у Европи, изузимајући чланице Заједнице Независних Држава, која има потписан Споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом, “Политика”, 11. 08. 2009.

⁸ Основни циљеви, према чл. 2, Споразума су:

а) проширење и подстицање међусобних трговинско-економских односа, усмерених на убрзање економског развоја две државе, побољшање услова живота и рада, повећање запослености становништва, у области производње, постизања производне и финансијске стабилности две;
б) обезбеђивање услова за лојалну конкуренцију између привредних субјеката две државе;
в) хармонизација царинских процедура и начина примене правила о пореклу робе, која одговарају нормама међународне праксе и усаглашавање поступка контроле порекла робе од стране царинских органа две државе.

⁹ Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о слободној трговини, сачињен у Минску 31. марта 2009, „Сл. гласник РС - Међународни уговори”, бр. 105/2009.

¹⁰ Видети Споразум о слободној трговини између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан, сачињен у Астани 7. октобра 2010, „Сл. гласник РС - Међународни уговори”, бр. 11/2010.

затим са **Турском**, 2009. године у Истанбулу са роком почетка примене од 1. јануара 2010. године.¹¹ Споразум са **Турском** ће се примењивати по моделу асиметричне либерализације трговине, у корист српске стране, што омогућава нашим извозницима бесцарински увоз робе у Турску, одмах након почетка примене Споразума, док ће се либерализација увоза робе у Србију остваривати фазно, до 2015. године, и одвијаће се у три етапе.

На основу Споразума Србије са Руском Федерацијом, за робу пореклом из Србије, која се увози на територију Федерације, царински преференцијали одобравају се само под условом непосредне куповине у Србији, док за увоз робе руског преференцијалног порекла у Србију, није прописан услов непосредне куповине, што значи да се може применити повлашћени третман за робу и када је поднета фактура неког лица из треће земље (посредник).

У члану 4. Правила о пореклу робе из Савезне Републике Југославије, која се увози на територију Руске Федерације у оквиру Споразума о слободној трговини између Руске Федерације и Србије, између осталог, наведено је да се царински преференцијали за робу пореклом из Србије одобравају у складу са наведеним Споразумом, само под условом непосредне куповине тих производа у Србији.

Роба се сматра непосредно купљеном ако ју је увозник из Русије набавио од лица регистрованога на прописани начин за обављање привредне делатности у Србији. Међутим, у Правилима о пореклу робе из Руске Федерације која се увози у Србију, у оквиру истог Споразума, нема норме о непосредној куповини, па се приликом увоза у нашу земљу на робу руског преференцијалног порекла може применити повлашћени третман и када је поднета фактура лица које није регистровано за обављање привредне делатности у Русији, односно када је поднета фактура лица из треће земље (посредник). При томе, услов директне испоруке мора бити испуњен¹².

Србија и Русија су априла 2009. године потписале Протокол којим се проширује Споразум којим је практично успостављена зона слободне трговине између две земље, са обухватом око 95% производа. Протоколом, који је одмах ступио на снагу, додатно је либерализован извоз свих лекова, кланичних производа, кондиторских производа и вина. Протокол обухвата и укидање царине на фрижидере, замрзиваче и остале уређаје за хлађење¹³.

¹¹ Видети Закон о ратификацији Споразума о слободној трговини између Републике Србије и Републике Турске, сачињен у Истанбулу 1. јуна 2009, „Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 105/2009.

¹² Видети: Објашњење Управе царина Републике Србије, бр. 148-07-483-00-22/2009. од 6.3.2009. године.

¹³ У режиму слободне трговине сада су и машине за прање и сушење, неке врсте тепиха, дрвени канцеларијски намештај, сви сапуни, тканине од влачане вуне, вреће за спавање, мадраци, постељине, сок од јабуке и пиво од слада. Из режима слободне трговине и након проширења Споразума изузети су аутомобили, шећер, месо, цигарете, дрвени намештај осим канцеларијског, глукозин сируп, неденатурисани етил алкохол, пенушаво вино, предива и тканине од памука, неке ваздушне пумпе, трактори, регистар касе, телевизори и монитори.

3.2. Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) и Привременни трговински споразум (ПТС) Србије са ЕЗ/ЕУ

Споразум о стабилизацији и придруживању је специфичан двострани међународни уговор, чија је посебна карактеристика бројност субјеката који се јављају у улози једне уговорне стране. Потписале су га држава Србија, с једне стране и 27 држава-чланица и две међународне организације - Европска заједница и Европска заједница за атомску енергију, са друге стране. Потврђивање Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, проглашено је Указом о проглашењу Закона о потврђивању Споразума, који је донела Народна скупштина Републике Србије 9. септембра 2008. године¹⁴. Пошто га је Србија, као земља кандидат за приступање Унији, ратификовала, да би Споразум ступио на снагу потребно је да га ратификују појединачно све чланице ЕУ, уз акт формалне потврде од стране Савета ЕУ, уз сагласност Европског парламента¹⁵. Та процедура може потрајати и више година,¹⁶ због чега Споразум предвиђа да неке његове одредбе, посебно оне које се односе на слободу промета робе и транспорта, могу ступити на снагу на основу Прелазног трговинског споразума између Заједнице и Србије. За његово ступање на снагу је довољна потврда Савета Уније. Ступањем прелазног споразума на снагу, почиње примена одговарајућих одредеби ССП. Пуна и обострана његова примена је почела 01. 02. 2010, након што га је потврдио Савет министара ЕУ. Томе је претходила једнострана примена Прелазног трговинског споразума од стране Србије, почев од 30. јануара 2009. године, као и смањење царина од 1. јануара 2010. године, у складу са другом годином његове примене. Након ступања на снагу Прелазног трговинског споразума, следећи корак у односима са ЕУ је ступање на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању.¹⁷ Прелазни трговински споразум, који уговорно регулише трговинске односе између Србије и Европске уније, подразумева једнострану асиметричну либерализацију трговине у корист Србије. Отвара се могућност бесцаринског извоза из Србије на тржиште Европске уније. Разлози зашто у годинама постојања пра-

¹⁴ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава-чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008.).

¹⁵ Видети ст.1. чл. 138. Споразума.

¹⁶ На закључење, ступање на снагу, примену, тумачење и престанак наведеног Споразума примењује се Бечка конвенција о уговорном праву. То произлази из чл. 13. Протокола 7, ССП, којим се уређује питање решавања спорова. Законом Србије о потврђивању Споразума (чл. 2.), дато је тзв. „тумачење на унутрашњем плану“, које је индикација о стварној намери Србије приликом закључења овог Споразума, чиме се примена Споразума изузима у односу на Косово и Метохију, при чему се не доводи у питање садашњи положај, тог дела територије Србије, као ни одређивање његовог коначног статуса.

¹⁷ Извор: <http://www.smedia.rs/vesti/detalji.php?id=23977>.

ва за коришћења аутономних трговинских преференцијала Србија није имала значајан извозни резултат на тржиште ЕУ, учествујући у томе са производима ниског степена обраде, је недовољна конкурентност. Почетак примене Прелазног трговинског споразума треба да пробуди наду за улазак Србије у нову фазу развоја¹⁸.

Две најважније обавезе, које је Србија преузела потписивањем ССП, су успостављање зоне слободне трговине са Унијом и усклађивање законодавства Србије са правом ЕУ. Један од најзначајнијих политичких услова које Србија треба да оствари је појачана сарадња са свим државама у региону по моделу који је карактеристичан за ЕУ¹⁹.

Стране су се, између осталог, договориле о унапређивању складних економских односа и постепено стварање **зоне слободне трговине** између Заједнице, односно ЕУ и Србије у прелазном периоду **од шест година**. Стварање зоне слободне трговине треба да се одвија у складу са његовим одредбама, али и са нормама *GATT-a* 1994. и правом Светске трговинске организације. То свакако значи да читав уговорни механизам и мере за имплементацију овог Споразума, респектују стање на планетарном нивоу.

¹⁸ На путу до чланства у ЕУ Србија је прошла део пута, који има више фаза: Прва фаза је обухватала стварање предуслова за израду Студије о изводљивости, односно спремности Србије за процес стабилизације и придруживања и усвајање саме Студије. Другу фазу су чинили преговори о Споразуму о стабилизацији и придруживању (ССП), са Прелазним споразумом (економски део уговора који је ступио на снагу), затим парафирање Споразума, као и ратификацију у Народној скупштини Србије (поступак спроведен) и парламентима земаља - чланица ЕУ (поступак до половине 2011. године спроведен у 18 држава чланица). Трећа фаза подразумева апликацију за чланство у ЕУ. У том смислу у складу са чланом 49. Уговора о Европској унији, председник Србије је 22. 12. 2009. године, у име Републике, предао премијеру Шведске, чија је земља председавала, до 1. јануара 2010. Европској унији, Захтев за кандидатуру Србије за чланство у Унији. У Меморандуму Владе Србије наводи се да Захтев одражава општи друштвени консензус у погледу европске оријентације и чланства Србије у ЕУ (Извор: <http://www.slobodnaevropa.org/content/article/1910462.html>). Следећа фаза је оцена Европске комисије о спремности и потврде статуса кандидата Србије. Завршна, четврта фаза се састоји од скенирања националног законодавства Србије, затим преговора о приступању, односно чланству и коначно самог уласка Србије у чланство ЕУ.

¹⁹ Имајући у виду услове за учлањење, могло би се закључити, да је ипак најтеже испунити економски услов. Он не зависи од воље тзв. "субјективних снага", већ се ради о "објективном услову". За привреду Србије и њена трговачка друштва су посебно важне три области трговинске сарадње са ЕУ: моторна возила, фармацеутски и прехранбени производи. У сектору моторних возила посебан значај има типско одобрење Уније у погледу техничких услова које возила морају испуњавати, што је и услов транспорта и слободног кретања кроз ЕУ. Код фармацеутских производа је проблем био везан за питање њихове регистрације на нивоу Уније, упркос постојању одређених потребних упутстава. У области промета пољопривредним производима извесну препреку трговинским односима је чинила сложена процедура доношења одлука на нивоу Уније. У оквиру уклањања препрека за кретање робе инсистира се на обезбеђењу услова за укидање контроле кретања робе на границама; укидање контроле лица на унутрашњим границама чланица; укидање фискалних граница и примена закона Уније.

Царине на увоз индустријских производа у Заједницу, пореклом из Србије, количинска ограничења као и дажбине које имају исто дејство на увоз индустријских производа у Заједницу пореклом из Србије, укидају се ступањем на снагу Споразума.

Царине на увоз индустријских производа у Србију, пореклом из Заједнице, осим оних наведених у Анексу I, укидају се ступањем на снагу Споразума. Дажбине које имају исто дејство као царине на увоз у Србију индустријских производа пореклом из Заједнице, укидају се ступањем на снагу Споразума.

Ступањем на снагу Споразума, Заједница и Србија ће у међусобној трговини укинути:

- а) све царине на извоз и дажбине које имају исто дејство;
- б) сва количинска ограничења на извоз и мере које имају исто дејство;
- в) све царине на извоз и дажбине које имају исто дејство, као и
- г) сва количинска ограничења на извоз и мере које имају исто дејство.

Европска унија са своје стране, знатно олакшава приступ свом тржишту компанијама из земље потписнице, пружа техничку и финансијску подршку из приступних фондова Уније.

Најкасније три године након ступања на снагу Споразума, Савет за стабилизацију и придруживање, као заједнички орган успостављен Споразумом о стабилизацији и придруживању, ће темељно размотрити његову примену и проценити напредак који је Србија учинила, што ће бити критеријум за динамику примене наредних фаза придруживања.

Рок за либерализацију трговине је одређен у складу са способношћу српске индустрије и пољопривреде да се прилагоде слободној трговини, али и са жељом Србије за што бржим приступањем Европској унији. Обавеза Србије се састоји у постепеном укидању царина, у току прелазног периода на увоз робе пореклом из Европске уније. Са друге стране, Европска унија потврђује слободан приступ за робу из Србије на своје јединствено тржиште. Темпо либерализације и степен заштите зависи од степена осетљивости производа за привреду Србије. Дефинисане су три групе индустријских производа, према осетљивости, за које ће либерализација бити остварена након периода од две, пет односно шест година. За производе који се не налазе на овим листама царине ће бити укинуте моментом ступања на снагу Споразума. Обезбеђено је да кључни сектори српске индустрије (попут индустрије аутомобила, играчака, обуће, керамике и др.), остану на високом степену заштите у току прелазног периода од пет односно шест година.

С обзиром на обим правних тековина ЕЗ, одређена су приоритетна подручја која имају директан утицај на стварање зоне слободне трговине између ЕУ и Србије: заштита конкуренције и контрола доделе државних помоћи (субвенција), право интелектуалне својине, јавне набавке, стандардизација и заштита потрошача²⁰.

²⁰ Видети: <http://www.seio.sr.gov.yu/code/navigate.asp?Id=408>.

Потреба за подизањем нивоа економске интеграције и за успостављањем зоне слободне трговине између Србије и ЕУ представља основни економски елемент ССП. То практично значи да Србија својој привреди обезбеђује тржиште од око пола милијарде потрошача, будући да моментом ступања на снагу Прелазног споразума уз ССП, ЕУ укида царине и квоте за робу из Србије, са мањим изузецима. Са друге стране, Србија ће фазно, а најкасније у прелазном периоду од шест година, од дана ступања на снагу Прелазног трговинског споразума уз ССП, укинути царине на индустријску робу и око 75% царина на пољопривредне производе, пореклом из ЕУ. Предвиђени прелазни период значи да ће шесте године, од дана ступања на снагу Прелазног споразума, царина бити потпуно укинута. Србија има могућност да спроведе либерализацију и у краћем року, уколико процени да је то сврсисходно.

Како би омогућила функционисање зоне слободне трговине, Србија се обавезала да ће са своје стране усклађивати законодавство са прописима ЕУ.²¹ Та обавеза је детаљно разрађена у односу на најбитнија поглавља правних тековина ЕУ (*acquis communautaire*), која су од пресудне важности за слободну трговину: конкуренција и државна помоћ; заштита потрошача; питање стандардизације и техничких прописа; заштита права интелектуалне својине и приступа јавним набавкама.²²

²¹ Влада Републике Србије саопштила је да поздравља ступање Прелазног трговинског споразума на снагу, који се односи на успостављање зоне слободне трговине између Европске уније и Републике Србије, односно постепено укидање царина и квота у међусобној трговини. Прелазним споразумом ЕУ потврђује своју једнострану одлуку, којом је још 2000. године укинула царине и већину квота за робу која се извози из Србије у ЕУ. Имајући у виду да ова одлука истиче у 2010. години, почетак примене Прелазног споразума је веома важан, јер укидање царина на српски извоз постаје уговорна обавеза ЕУ. Тиме се јача економска стабилност Србије, али и сигурност извозника, с обзиром на то да им је бесцарински пласман робе на тржиште ЕУ постао изванредан. Србија добија ексклузивне квоте за извоз одређених осетљивих производа који су у ЕУ под посебним режимом трговине, као што су шећер (180.000 тона), вино (63.000 хектолитара), јунетина (8.700 тона) и одређене врсте рибе. Такође, Србија добија могућност дијагоналне кумулације („сабирања“) порекла робе у трговини са ЕУ, регионом ЦЕФТА, са Турском и ЕФТА земљама. То ће олакшати пласман робе домаћим произвођачима и учинити их равноправним, пре свега у односу на компаније из региона. Са друге стране, Србија ће постати привлачнија за инвестирање, поготово за компаније које имају регионално организовану производњу у државама ЦЕФТА. Економски значај примене Прелазног споразума потврђује податак да је у 2008. години 54 одсто извоза Србије пласирано на тржиште Европске уније (4,03 милијарде евра), а 33 одсто на тржиште ЦЕФТА земаља (2,45 милијарди евра). Од свих споразума о слободној трговини које је Србија закључила, Споразум обезбеђује највеће повластице за српску привреду. У циљу надзора над исправном применом Прелазног споразума формиран је Одбор за његово спровођење, чији су чланови представници Европске уније и Владе Републике Србије. Извор: Прес служба Владе Републике Србије, 8.12.2009.

²² Више о ССП и ПТС видети: А. Ћирић, Међународно трговинско право, општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2010. стр. 436-445.

3.3. Споразум Србије о слободној трговини са Европским удружењем слободне трговине

Србија је на основу Закона²³ потврдила Споразум о слободној трговини између Републике Србије и држава чланица Европског удружења слободне трговине - ЕФТА (European Free Trade Association – *EFTA*), коју чине Исланд, Кнежевина Лихтенштајн, Краљевина Норвешка и Швајцарска Конфедерација.²⁴ Уговор је сачињен 17. децембра 2009. године у Женеви. Споразум се тиче трговинских односа између Републике Србије, с једне стране и појединачних држава ЕФТА, са друге стране.

ЕФТА споразум је асиметричан у корист Србије, по чему је аналоган Прелазном споразуму о трговини и трговинским питањима између Србије и Европских заједница. У Преамбули Споразума се, поред осталог истиче да, стране уговорнице: у жељи да створе повољне услове за развој и диверсификацију међусобне трговине, као и за унапређење комерцијалне и економске сарадње у областима које су им у заједничком интересу, на основу једнакости, узајамне користи, недискриминације и међународног права; решене да унапреде и још више оснаже мултилатерални трговински систем, полазећи од права и обавеза које имају према Споразуму из Маракеша о оснивању Светске трговинске организације (СТО), и другим споразумима договореним на основу њега, чиме доприносе складном развоју и повећању светске трговине; узимајући у обзир да ниједна одредба Споразума не сме бити протумачена тако да стране ослободи од обавеза које имају према другим међународним споразумима; решене да примене Споразум у циљу очувања и заштите животне средине и коришћења природних богатстава у складу са принципом одрживог развоја; потврђујући своје одређење за владавину права, спречавање и сузбијање корупције у области међународне трговине и улагања, као и за промовисање принципа транспарентности и добре управе.

Констатујући значај одговорног корпоративног понашања и његовог доприноса одрживом економском развоју и потврђујући своју подршку напорима за промовисање релевантних међународних стандарда; изражавајући своју спремност да испитају могућност развијања и продубљивања економских односа, како би их прошириле на области које нису обухваћене Споразумом; уверене да ће Споразум унапредити конкурентност њихових предузећа на глобалним тржиштима и створити услове који подстичу развој међусобних економских, трговинских и инвестиционих веза, одлучиле су, да закључе Споразум.

Закључењем Споразума и допунских споразума о трговини пољопривредним производима, који се истовремено закључују између Србије и сваке

²³ “Сл. гласник РС - Међународни уговори”, бр. 6/2010.

²⁴ <http://www.efta.int/about-efta.aspx>, сајт посећен 03. 07. 2011.

појединачне државе ЕФТА, Србија и државе ЕФТА успостављају зону слободне трговине, у циљу подстицања просперитета и привредног развоја на својим територијама.

Циљеви Споразума су:

а) либерализација трговине робом у складу са чланом XXIV Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ 1994);

б) узајамно повећање могућности за улагања између Страна и постепена изградња окружења које погодује унапређењу трговине услугама;

в) обезбеђење правичних услова за конкуренцију у трговини између страна и осигурање одговарајуће и делотворне заштите права интелектуалне својине;

г) постепено остваривање додатне либерализације на тржиштима јавних набавки страна на узајамној основи, и

д) допринос развоју и повећању обима светске трговине.²⁵

Стране су преузеле обавезу да ће након ступања Споразума на снагу, укинути све царине и дажбине једнаког дејства као царине на увоз и извоз производа пореклом из Србије или одређене државе ЕФТА обухваћених ставом 1(а) члана 6²⁶, осим ако није другачије предвиђено у Анексу III. Неће се уводити никакве нове царине.²⁷

Чланом 44. Споразума, ст. 3. прописано је да Споразум ступа на снагу првог дана трећег месеца након што Србија и најмање једна држава ЕФТА депонују своје инструменте ратификације, прихватања или одобрења код депозитара или га обавесте о привременој примени. Инструменте ратификације, поред Србије и Швајцарске, доставила је и Краљевина Норвешка у марту 2011. године.²⁸

²⁵ Видети чл. 1. Споразума.

²⁶ Чл. 6. ст. 1 а обухвата производе пореклом из Србије или одређене државе ЕФТА, који су разврстани у глави 25-97 Хармонизованог система назива и шифарских ознака робе (HS), искључујући производе који се наводе у Анексу I Споразума. О хармонизованом систему (ХС) и о *Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, која се означава као „HS Nomenclature“ више видети: А. Пирић, Методи утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету, „Право и привреда“, бр. 4-6/2011, стр. 724-725.

²⁷ Царине и дажбине једнаког дејства као царине обухватају сваку царину или дажбину било које врсте која је уведена у вези за увозом или извозом одређеног производа, укључујући сваки облик додатне таксе или додатне накнаде, осим дажбина одређених у складу с чл. III и VIII GATT 1994.

²⁸ Тако, у складу са наведеним, Споразум ће се у трговинским односима између Србије и Норвешке примењивати од 1.6.2011. године. У циљу правилне и једнообразне примене Споразума, Управа царина Србије је издала објашњење бр. 148-07-483-01-236/2010 од 27. 9. 2010. године, које се односи на примену свих одредаба Споразума. Споразумом су предвиђене концесије које у међусобној трговини уговорне стране дају једна другој. Концесије се примењују искључиво на производе са преференцијалним пореклом, у складу са одредбама Протокола о пореклу. Концесије Србије регулисане су одговарајућим одредбама Споразума, које се односе на: индустријске

Укратко, дејство ЕФТА Споразума се огледа у томе што се укидају царине за индустријске производе из Србије у ЕФТА земље, док ће се при увозу индустријских производа из ЕФТА земаља у Србију либерализација царинских стопа одвијати фазно. Даном ступања на снагу Споразума укинуће се царине на увоз у Србију индустријских производа пореклом из ЕФТА земаља само за производе који нису наведени у Анексу III, а за индустријске производе наведене у Списку А, В и V Анекса III, царинске стопе ће се укидати постепено у складу са предвиђеном динамиком. Споразум садржи четири групе индустријских производа²⁹, од којих свака од њих има посебну динамику предвиђену Споразумом. Од 1. јануара 2015. године сви индустријски производи ће у међусобној трговинској размени имати нулту царинску стопу.

4. ЗОНЕ СЛОБОДНЕ ТРГОВИНЕ СРБИЈЕ НА ОСНОВУ ВИШЕСТРАНИХ СПОРАЗУМА

4. 1. Споразум о слободној трговини у Централној Европи (*Central European Free Trade Association - CEFTA*)

Специфична зона слободне трговине настала је на основу **Споразума о слободној трговини у Централној Европи - *Central European Free Trade Association – CEFTA***.³⁰ Прва верзија Споразума је потписана од стране тзв. земаља Вишеградске групе – Пољске, Мађарске, Чешке и Словачке, 21. децембра 1992. у Кракову. Споразум је ступио на снагу јула 1994. године. Земље потписнице су имале у виду приближавање и интеграцију у западноевропски политички, економски, безбедносни и правни систем, као и постизање стандарда слободног тржишног привређивања. Споразуму су накнадно приступиле Словенија, 1996, Румунија 1997, Бугарска, 1999, Хрватска, 2003. и Македонија, 2006.

производе пореклом из држава ЕФТА; рибе и морске производе пореклом из држава ЕФТА; прерађене пољопривредне производе пореклом из држава ЕФТА. Објешњењем Управе царине су наведени и елементи за попуњавање царинске декларације, као и ефекти примене Споразума у условима постојеће преференцијалне трговине. Од 1.10.2010. године Споразум се примењује између Србије и Швајцарске/Лихтенштајна. Ваља напоменути да због одсуства идентичних Протокола о пореклу робе, није могућа кумулација порекла са европским материјалима када се ради о преференцијалном извозу у Швајцарску/Лихтенштајн и Норвешку, и обрнуто. Према тренутном стању, Албанија и Македонија, као земље ЦЕФТА региона, које су укључене у појам потенцијалних «партнера» у споразумима са државама ЕФТА, имају идентичне протоколе о пореклу, али до објављивања датума за почетак примене, дијагонална кумулације између земаља у питању није могућа». О овоме детаљније видети: Објашњење Управе царина Србије, бр. 148-07-483-01-236/2/2010 од 30.5.2011. године)

²⁹ Производи су разврстани на: осетљиве - Анекс III Списак А; веома осетљиве - Анекс III Списак В; најосетљивије - Анекс III Списак V; неосетљиве - ван Анекса II.

³⁰ Споразум је међан 1995. амандманима донетим у Брну и јула месеца 2003. године на Бледу.

Под покровитељством Пакта стабилности за Југоисточну Европу (*Stability Pact for South Eastern Europe*) 6. априла 2006. године је у Букурешту одржан самит председника влада држава Југоисточне Европе, који је усвојио Декларацију о проширењу *CEFTA* споразума следећим државама: Албанија, Босна и Херцеговина, Привремена административна мисија ОУН у име Косова, (*United Nations Interim Administration Mission on behalf of Kosovo*), Молдавија, Србија³¹ и Црна Гора³². Усвојен је Споразумом о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи (*Central European Free Trade Association - CEFTA 2006.*)³³. Споразум је ступио на снагу у свим државама потписницама после његове ратификације у националним парламентима. У Србији је комплетна правна процедура ступања на снагу завршена 24. септембра 2007.

Примена *CEFTA 2006.* је отпочела крајем 2007 године. Чланом 4. Споразума предвиђена је обавеза страна на укидање свих извозних царина, као и забрана увођења нових. У односу на увозне царине се не спомиње њихово укидање, већ се у чл. 5. Споразума забрањује увођење нових увозних царина, односно забрана повећања стопа за постојеће царине. Стране су се обавезале на уздржавање од коришћења извозних субвенција, односно на укидање било које постојеће субвенције у међусобној трговини (чл. 11. ст. 3.). Споразум регулише и питања која се могу појавити у вези са увозом производа из једне земље потписнице у другу, који може проузроковати озбиљан поремећај на тржишту земље увознице. У таквим околностима стране ће одмах ступити у консултације у циљу изналагања одговарајућег решења. У очекивању решења, страна чији су интереси угрожени, овлашћена је на предузимање одговарајућих мера за које сматра да их је потребно спровести. У том смислу је Босна и Херцеговина, која има висок дефицит у трговинској размени са другим земљама *CEFTA*, донела Закон о заштити домаће производње унутар Споразума *CEFTA*, чије је доношење изазвало бурне почетне реакције, посебно у чланицама које имају висок обим извоза у БиХ. Евентуалне спорне правне односе, тим поводом, међу чланицама *CEFTA* је предупредила Одлука Уставног суда БиХ, којом је обустављена примена Закона³⁴.

Споразумом *CEFTA 2006* је, у односу на раније верзије, побољшан механизам решавања спорова који могу настати у вези са његовом применом. Отворене су нове области развоја међусобних односа у погледу либерализације

³¹ Србија је донела посебан Закон о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини ("Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 88/2007.).

³² На Самиту је разматрано и питање приступања Украјине Споразуму.

³³ До потписивања *CEFTA 2006.* године одржане су четири рунде преговора о стварању јединствене зоне слободне трговине у Југоисточној Европи. Споразумом се супституишу трговинске олакшице из 32 билатерална уговора о бесцаринској спољнотрговинској размени земаља у региону. *CEFTA* споразум обухвата преко 90 одсто међусобне робне размене у региону по преференцијалним условима и у земље *CEFTA* одлази преко једне трећине укупног извоза Србије. Видети: <http://www.srbija.gr/content/srbija-ratifikovala-cefta-sporazum>.

³⁴ Одлука бр. У- 5/09, од 03. јула 2009. О томе детаљније видети: Е. Ризвановић, Шта је нама *CEFTA*, „Правна ријеч“, бр. 20/2009, Бања Лука, стр. 543-557.

услугама, питања инвестиција, јавних набавки, интелектуалне својине, као и могућност *CEFTA* – кумулације порекла производа у трговини између страна потписница.

Споразум *CEFTA* 2006. предвиђа да се међусобни трговински односи чланица морају руководити правилима СТО. То практично значи да и пре чланства појединих чланица *CEFTA* у СТО, привредно системски амбијент улази у зону прилагођавања правилима СТО, што представља фактор предвидљивости и транспарентности за стране инвеститоре и пословне партнере. Уклањање царина, количинских ограничења и уједначавање прописа на нивоу земаља потписница, треба да омогући потрошачима бољу понуду, као и избор производа са нижим ценама. За привредна друштва Споразум значи могућност лакшег изласка на страна тржишта. Будући да Споразум почива на принципима СТО и у ЕУ, он је истовремено и **полигон припреме** за приступање овим организацијама. Имајући у виду да *CEFTA* није међународна организација, већ споразум, који има своје посебне органе, она, по тој својој карактеристици, умногоме подсећа на Општи споразум о царинама и трговини (*GATT*)³⁵.

³⁵ Главни орган *CEFTA* споразума је **Заједнички комитет** кога чине високи званичници држава чланица. Чланови су министри задужени за трговину, док *UNMIK* /Косово представља одговарајући *UNMIK* делегат. Задатак Заједничког комитета је да надзире и управља спровођењем Споразума. Састаје се најмање једном годишње на територији Стране која председава, изузев ако Стране не одлуче другачије. Одлуке у оквиру Заједничког комитета се доносе консензусом. По систему ротације, на позицији државе која председава Заједничким комитетом, ротација се врши сваких годину дана.

Поред Заједничког комитета, *CEFTA* има и одговарајуће поткомитете за поједине области.

Поткомитет за пољопривреду има задатак да подстиче трговину пољопривредним производима у региону и да осигура да заштита биља, животиња, сигурности хране и осталих мера које се примењују у пољопривреди неоправдано не ограничавају трговину. Чланови Поткомитета су виши државни чиновници из министарстава одговорних за пољопривреду и/или из надлежних администрација одговорних за ова питања. Поткомитет се састаје најмање једном годишње, и подноси извештај о раду Заједничком комитету.

Поткомитет за царине и правила о пореклу има задатак да поједностави и олакша царинске процедуре и формалности које се примјењују на трговину. Посебно, он додатно убрзава примену заједничких правила о пореклу у свим странама у складу са чланом 14. Споразума о измени и приступању Централноевропском споразуму о слободној трговини, *CEFTA* 2006. Чланови Поткомитета су директори царина и виши државни чиновници одговорни за ова питања. Поткомитет се састаје најмање једном годишње, и подноси извештај о раду Заједничком комитету. Председавајући Поткомитетом у 2009. години је била Србија.

Поткомитет за технике и нецаринске баријере у трговини има задатак да препознаје, ревидира и предлаже мере за уклањање техничких баријера у трговини и нецаринских препрека међу потписницама. Чланови Поткомитета су виши државни чиновници задужени за рад на овим питањима у релевантним администрацијама. Помоћници министара задужени за трговину састају се једном годишње након одржавања састанака три поткомитета. Основни циљ састанка помоћника министара је сагледавање напретка у имплементацији *CEFTA* споразума и дефинисање основних питања о којима ће бити разговарано на састанку Заједничког комитета. Састанку помоћника министара претходи експертски састанак.

Секретаријат *CEFTA* пружа административну и техничку подршку Заједничком комитету, надгледа примену Споразума, пружа и ажурира информације. Секретаријат је техничко тело фор-

4. 2. Циљеви Споразума *CEFTA* трговинског карактера

CEFTA је у раним годинама свог постојања служила за превазилажење тзв. „синдрома Савета за узајамну економску помоћ“ (СЕВ)³⁶ и „Јалта“ синдрома.³⁷ Она је током година претрпела трансформацију, од „клуба кандидата за чланство у ЕУ“, до зоне слободне трговине чији су циљеви знатно шири. Дакле, они подразумевају стварање простора који има карактер „инкубатора“ за државе чији је правни и политички циљ везан за евро-интеграције, али и изградњу простора зоне слободне трговине. *CEFTA* данас има функцију „моста за трговину и инвестиције између ЕУ и других држава изван Уније“.³⁸ За Србију она је свакако најзначајнији инструмент за остваривање „евроцентричне“ и „регионално адаптиране“ спољнотрговинске политике, која је истовремено претпоставка за реализацију ширих и значајнијих правно-политичких циљева.

Земље потписнице испољавају своју решеност да отклоне препреке на путу међусобне трговине, у складу са одредбама Споразума из Марокеша којим је основана СТО и да постепено успостављају све тешње трговинске односе, у жељи да допринесу развоју односа сваке стране према ЕУ, као и интеграцији у мултилатерални трговински систем. Државе потписнице су се обавезале да међусобне трговинске односе реализују у складу са правилима СТО, без обзира на то да ли су оне њене чланице, или нису. Посебан циљ Споразума је да се кроз његову примену омогући успостављање зоне слободне трговине у региону који чине земље потписнице (чл. 1.). Да би се тај циљ остварио, потребно је да се потпуно либерализује најмање 90% укупне трговине, док део пољопривредних производа, према Споразуму, може и даље да ужива државну заштиту.

Поред низа других циљева³⁹, Споразум предвиђа укидање свих количин-

мирано у складу са *CEFTA* споразумом са седиштем у Бриселу. Секретаријат је почео са радом септембра 2008. године. Основни циљ Секретаријата је да пружи техничку и административну подршку Заједничком комитету, поткомитетима, као и свим експертским групама или другим телима основаним од стране Заједничког комитета.

³⁶ У првим годинама након пада Берлинског зида, била је приметна одбојност бивших држава Источног блока да међусобно привредно сарађују. Ова тенденција објашњавана је тежњом да се нова политичка реалност реализује и кроз промењене економске приоритете. Видети више у: *Dangerfield, Martin „Sub regional Integration and EU Enlargement: Where Next for CEFTA?“, JCMS 2006 Volume 44. Number 2. стр. 305–24, на страни 309.*

³⁷ „Јалта синдром“ присутан је пре свега у земљама Централне и Источне Европе, које су биле жртве поделе континента на интересне сфере након завршетка Другог светског рата. Међу државама које су почетком деведесетих биле типични носиоци оваквог схватања, предњачиле су управо државе оснивачи *CEFTA*. Видети: *Dangerfield, op. cit., стр. 310.*

³⁸ Видети више у: *Dangerfield, M., op. cit., стр. 311.*

³⁹ У циљеве Споразума се убрајају: а) консолидација, у оквиру јединственог споразума, постојећег нивоа трговинске либерализације постигнутог кроз мрежу билатералних споразума о слободној трговини, који су већ закључени између страна; б) побољшање услова за даље унапређење улагања, укључујући директне стране инвестиције; в) проширење трговине робом и услугама и подстицање улагања коректним, јасним, стабилним и предвидљивим правилима; г)

ских ограничења у односу на увоз и извоз, као и мере истог дејства у трговини између страна, даном његовог ступања на снагу. Такође се неће уводити нова количинска ограничења у увозу и извозу, ни мере истог дејства у трговини између страна од дана ступања на снагу Споразума (чл. 3.). Неће се уводити ни нове царине на увоз, мере истог дејства, ни увозне дажбине фискалне природе, нити ће се оне које су већ примењене повећавати у трговини између страна Споразума од дана који претходи дану његовог ступања на снагу.

5. ЗАКЉУЧАК

Зоне слободне трговине, царинске уније, заједничка тржишта и други облици привредно-трговинских савеза, представљају етапе и форме интеграција, које пролазе неколико фаза, на путу до политичких унија држава.

У пракси се најчешће ствара регионална зона слободне трговине, која подразумева снижавање или укидање унутрашњих царинских и других дажбина у трговини међу земљама учесницама. Стране се добровољно одричу од права на заштиту својих националних тржишта у односима са једним или више партнера у оквиру зоне (блока), установљене на основу међународног уговора. Задржавајући свој економски суверенитет, сваки учесник зоне слободне трговине утврђује сопствене спољашње тарифе у трговини са земљама, које не учествују у интеграцији. Зоне слободне трговине су подесне за функционисање ако је њихова привредна структура међусобно комплементарна. Ако се ради о конкурентској трговинској и привредној структури, погоднији облик интеграције су царинске уније.

Може се закључити да фаза завршетка привредне интеграције, која започиње успостављањем зоне слободне трговине, подразумева хармонизацију пореских стопа, унификацију привредног законодавства, унификацију техничких стандарда, координацију националних кредитно-финансијских структура и усаглашавање других питања. Такав степен интеграције представља економску унију. Она се одликује специјалном наднационалном структуром управљања, која омогућава не само координацију трговинско-економских мера влада држава-чланица, већ доношење наднационалних оперативних одлука у име организације, као целине. У садашњим приликама у свету постоји еклатантан пример тог типа – Европска унија.

отклањање препрека и неправилности у трговини, као и олакшање кретања робе и услуга између територија страна Споразума; д) обезбеђење подједнаких услова конкуренције који утичу на спољну трговину и инвестиције и постепено отварање тржишта за јавне набавке страна из Споразума; њ) обезбеђење одговарајуће заштите права интелектуалне својине у складу са међународним стандардима; е) обезбеђење делотворне процедуре за спровођење Споразума; ж) допринос складном развоју и ширењу светске трговине.

Следећа фаза интеграције подразумева ниво преображаја јединственог тржишта у потпун вишенационални трговински и политички међународни субјект. Тиме он прераста у нову федеративну или конфедеративну државу. За сада још увек није ни једна регионална привредна интеграција достигла тако висок ниво, а највише му се приближила ЕУ, за коју се често користи назив “Сједињене Државе Европе”⁴⁰.

Чекајући резултате мултилатералних напора на либерализацији трговине, чији напредак у оквиру СТО почива на одлукама донетим консензусом великог броја чланица, све већи број земаља закључује билатералне или регионалне мултилатералне споразуме о слободној трговини. Бројност оваквих споразума прети да угрози тежњу ка мултилатералном поретку, без обзира што је већ од оснивања *GATT-a*, чланом *XXIV* дозвољено формирање царинских унија и зона слободне трговине. Поред тога, земљама у развоју је био признат преференцијални третман, што је предвиђено и чл. *V* Општег споразума о трговини услугама (ГАТС). Уговори са преференцијалним статусом су се сматрали изузетима од система изједначења, будући да у суштини представљају дискриминацију у односу на мултилатерализам. Стога је 1996. године, у оквиру СТО, основан Комитет за регионалне трговинске споразуме.

Формирање зона слободне трговине и груписање земаља у преференцијалне трговинске групе, без сумње, угрожава мултилатерални систем. Њихов велики број чини да основни принципи мултилатерализма и недискриминације по основу третмана најповлашћеније нације, постају пре изузетак него правило.

Да ли се и чиме тренд регионалног удруживања може објективно правдати? Све земље су свесне да им либерализација трговине доноси вишеструке користи, почев од привлачења страних инвестиција, креирања нових радних места, до рационалније алокације ресурса. Међутим, различити нивои развоја на којима се земље налазе упућују их на удруживање, најпре, са сличнијим себи. Мање развијенијим земљама, које нису у стању да саме снесу трошкове структуралног прилагођавања и социјалних ломова приликом усвајања универзалних правила међународне трговине, требало би понудити одговарајућа решења, која би им била прихватљива на мултилатералном нивоу.

⁴⁰ <http://www.krugosvet.ru/articles/103/1010375/1010375a1.htm>

FREE TRADE AREAS AS FORMS OF INTERNATIONAL TRADE INTEGRATION

Summary

The author of the paper underlines the fact that free trade area is a trade bloc whose member countries have signed a free trade agreement, which eliminates tariffs, import quotas, and preferences on most, if not all, goods and services traded between them. Countries choose this kind of economic integration if their economical structures are complementary. If their economical structures are competitive, they are more likely to form a customs union. The subject of this article is only of one of these forms of association - free trade zones. The exposure is primarily based on examples of contractual cooperation of Serbia with other countries, including agreements with Russia, Belarus, Kazakhstan, with Turkey, with European Union, with the Member States of the European Free Trade Association EFTA-etc. On the basis of the analysis, the author concludes that states have benefits from trade liberalization - beginning from of attracting foreign investment, of job creation, and the rational allocation of resources. For less developed countries, that are unable to bear the costs of structural adjustment and adoption of universal rules of international trade, should be offered appropriate solutions that would be accepted at the multilateral level.

Key words: *Free trade area (FTA); Free trade agreements with Russia, Belarus, Kazakhstan, Turkey; Stabilization and Association Agreement (SAA); European Free Trade Association – EFTA; Central European Free Trade Association – CEFTA.*

ЕУ ПЕРСПЕКТИВА ИЛИ ЕУТОПИЈА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Проф. др Радован Д. Вукадиновић*

***Апстракт:** Питање перспективе земаља Западног Балкана у ЕУ, аутор разматра у склопу општег питања надлежности и инструмената спољне политике и политике проширења коју је до Споразума из Мастрихта водила ЕЕЗ, а након тога Европска унија. Стога је први део рада посвећен нормативним аспектима спољне политике и политике ширења ЕУ, док је у другом делу рада приказано актуелно стање у односима између држава Западног Балкана и ЕУ. Закључак аутора је да су земље Западног Балкана пропустиле историјску шансу да по убрзаном поступку уђу у ЕУ, након еуфорије настале падом Берлинског зида, а да је након тога стварни интерес ЕУ за ове државе са простора претходне Југославије (минус Словенија а плус Албанија) све мањи што уместо ЕУ перспективе може довести до ЕУтопије. Стога аутор предлаже да и државе Западног Балкана свој политички став према чланству у ЕУ прилагоде новим околностима и да преиспитају став према коме чланство у ЕУ нема алтернативу.*

***Кључне речи:** Европска унија, Западни Балкан, процес стабилизације и придруживања, Споразум о стабилизацији и придруживању, политика ширења ЕУ, апсорпциона способност ЕУ, привилеговано пратнерство.*

Уводна разматрања

У свакодневном говору и у малобројној домаћој литератури често се у заменљивом значењу (као синоними) користе појмови спољна политика Европске уније, Европска спољна политика и заједничка спољна и безбедносна политика Европске уније. При томе се, најчешће, наведени појмови не дефинишу полазећи, вероватно, и од чињенице да су у питању релативно нови пој-

* Проф. др Радован Д. Вукадиновић, директор центра за право ЕУ и председник Удружења за европско право, Крагујевац

мови чија садржина још увек није у довољној мери одређена, као и да је реч о флуидним политичким категоријама.¹ Не улазећи детаљније у теорију међународних односа, у којој би требало тражити одговоре на ова питања,² у раду се прави разлика између спољне политике ЕУ и европске спољне политике, као и између заједничке спољне и безбедносне политике ЕУ и спољне политике ЕУ.³

Под *спољном политиком ЕУ* се подразумева укупност мера и инструменета/механизма чијим коришћењем ЕУ као јединствени међународни ентитет, без обзира да ли сама или заједно са државама чланицама, успоставља све врсте спољних односа са трећим државама и међународним организацијама. Претежну садржину тако успостављених спољних односа чине економски, а у мањој мери и политички односи. Што се тиче *европске спољне политике*, постојање овог појма се може прихватити само условно и ако се под овим појмом разумеју заједничке карактеристике односа које успостављају европске државе између себе или са трећим државама и међународним организацијама. О таквој (спољној) политици Европе се може говорити само ако и уколико постоје заједнички елементи или ставови свих европских држава у односу на неко питање или ситуацију у међународним односима. Чак и у том случају се мора имати у виду да постојање заједничког става не представља резултат унапред постигнутог договора или заједничких напора за његовим постизањем, нити да постоји механизам усаглашавања ставова његових актера – држава Европе, као што је то нормативно регулисано у оквиру ЕУ. Ипак, без обзира на наведене разлике, ова два појма се често мешају, а оправдање за то се може наћи једино у чињеници да ЕУ обухвата готово све европске државе и да су и оне државе које нису чланице (земље Западног Балкана, Русија, Украјина...) или то не желе да буду (Норвешка и Швајцарска) преузеле одређене обавезе у вођењу

¹ Вид. W. Wallace, "European" Foreign Policy: A Realistic Aspiration, or an Unattainable Goal? у: N. Casarini and C. Musu eds., *European Foreign Policy in an Evolving International System: The Road Towards Convergence*, New York, 2007; W. Wagner, Why the EU's common foreign and security policy will remain intergovernmental: a rationalist institutional choice analysis of European crisis management policy, *Journal of European Public Policy*, 10:4 August 2003.; M E. Smith, The Legalisation of EU Foreign Policy, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 39, no. 1, 2001; C. Hill ed., *The Actors in Europe's Foreign Policy*, London and New York, 1996.; R. Ginsberg, Conceptualizing the EU as an International Actor: Narrowing the Theoretical Capability-Expectations Gap, *Journal of Common Market Studies*, vol. 37, no. 3, 1999.

² У теорији преовладавају два схватања или учења: реалиста и неореалиста. Према теорији неореалиста, државе су и даље главни актери у креирању међународних односа, што за резултат има анархију, а не хијерархију у међународним односима. Према овом схватању, спољна политика ЕУ је само збир политика коју воде државе чланице, које и даље остају "мајстори уговора". Реалисти, пак, сматрају да спољни односи нису само или прост збир односа држава чланица О другим теоријама, као што су функционална или неофункционална више вид. R. Guraziu, European Union Foreign Policy Making Towards the Western Balkans: Lessons Learned? http://www.atlanticcommunity.tv/index/articles/view/EU_Foreign_Policy_Making_Towards_the_Western_Balkans:_Lessons_Learned, стр. 28-32.

³ Вид. R. Guraziu, *н. дело*, стр. 12.

политичког дијалога постојећим споразумима о придруживању (земље Западног Балкана) или споразумима о сарадњи и партнерству. За даља излагања је од значаја само спољна политика ЕУ.

Своју спољну политику према земљама Западног Балкана, Европска унија је формулисала кроз процес стабилизације и придруживања (у даљем тексту ПСП), а институционализује је закључивањем споразума о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту ССП). Споразумима о стабилизацији и придруживању државама Западног Балкана се намећу бројне обавезе које се генерално могу груписати у три врсте: политичке, економске и правне. Под политичким обавезама се подразумева и обавеза придружене државе на "веће приближавање ставова страна о међународним питањима, укључујући питања у вези са Заједничком спољном и безбедносном политиком, између осталог и кроз одговарајућу размену информација, а посебно о питањима која би могла да имају значајан утицај на стране; као и да унапређују:

- регионалну сарадњи и развој добросуседских односа;
- заједничке ставове о безбедности и стабилности у Европи, укључујући сарадњу у областима обухваћеним Заједничком спољном и безбедносном политиком Европске уније."

С обзиром да придружене државе не учествују у раду органа ЕУ, до поменутог "већег приближавања ставова" се мора доћи изван овог институционалног оквира, вероватно у билатералним консултацијама и разговорима са представницима ЕУ и државама чланицама. Проблем је, међутим, што «приближавање ставова» представља један од услова према коме се цени напредак придружене државе, што придруженој држави значајно смањује маневарски простор за сопствене ставове.

Други елеменат политичке компоненте ССП се односи на «унапређење» регионалне сарадње. У случају Републике Србије, унапређивање регионалне сарадње и развој добросуседских односа, између осталог, може значити и обавезу сарадње са тзв. Републиком Косово, која се, без обзира на различите еуфимистичке формулације, своди на фактичко или и формално признање независности од стране Србије.⁴

Кад је реч о *заједничкој спољној и безбедносној политици ЕУ*, њену битну карактеристику, по којој се разликује од европске спољне политике,⁵ чине унапред одређене области (питања) на које се односе и унапред одређени меха-

⁴ Иако се пријем Републике Кипар често наводи као могући пример изузетка на који би се могла позвати и Србија, сматрамо да досадашњи однос појединих (утицајних) држава чланица ЕУ не даје основа за то. Са друге стране, ни Србија није у досадашњим преговорима истицала ово питање, нити стварала климу да се позове на овај изузетак.

⁵ О елементима спољне политике ЕУ у европској спољној политици вид. J.V. Louis, *The European Union: From External Relations to Foreign Policy?*, *EU Diplomacy Papers*, 2/2007, College of Europe, 2007, посебно стр. 15 и поднаслов "Шта је 'Европско' у ЕУ спољној политици".

низми који су дати за њено формулисање и спровођење. То је први пут урађено Споразумом из Мадрихта у оквиру другог стуба у који је смештена новоустановљена заједничка спољна и безбедносна политика. Одредбама наслова V Уговора о Европској унији, предмет заједничке спољне и безбедносне политике је амбициозно одређен на све области спољне политике и безбедности чији су циљеви дефинисани Уговором о ЕУ. Ова одредба, која је остала непромењена и у Уговору о ЕУ из Лисабона, је од значаја не само за ЕУ, већ и за придружене државе Западног Балкана, јер су раније наведеном одредбом ССП преузеле и обавезу да «приближе своје ставове» практично по свим питањима која су обухваћена у тако дефинисаним областима.

Предмет овог рада је, међутим, ограничен само на неке карактеристике спољних односа и политику коју је ЕУ водила или и даље води према региону Западног Балкана. У одговору на ово питање, у раду се пошло од тезе да политика ширења представља најјаснији или најјистуренији део спољне политике, и, друго, да ЕУ није креирала посебну политику ширења према земаљама Западног Балкана, већ да је води у оквиру опште политике ширења. Из тих разлога ће политика ширења бити посматрана у контексту опште спољне политике ЕУ и као део опште политике ширења. Стога ће у наредним тачкама бити изнете неке карактеристике политике спољних односа, а након тога карактеристике политике ширења, посебно према земљама Западног Балкана. У методолошком смислу, први део се може означити нормативним, а други део стварним.

I. ДЕО: НОРМАТИВНО - КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОЛИТИКЕ СПОЉНИХ ОДНОСА

У теорији се као карактеристике политике спољних односа које је Европска заједница успостављала са трећим државама и међународним организацијама, наводе: постепеност, диференцираност и флексибилност.⁶ Исти елементи карактеришу и политику спољних односа које након Споразума из Мадрихта и Лисабона води Европска унија.

1. Постепеност

Постепеност се огледа у различитим врстама и различитој садржини спољних односа које је Европска заједница успостављала са трећим државама у различитим временским периодима, а које ће успостављати Европска унија

⁶ Vid. M. Cremona, *Flexible Models: External Policy and European Economic Constitution*, u: *Constitutional Change in the EU From Uniformity to Flexibility?* (ed. G. De Burca and J. Scott), Hart Publishing, 2001, стр. 59-94. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, четврто издање, 2011, стр. 435. и даље.

у наредном периоду. У том смислу ова карактеристика одражава или изражава временску димензију спремности Европске заједнице/Европске уније да уђе у лабавије или чвршће институционалне односе, почев од трговинских односа⁷ до односа придруживања и пријема у чланство. Тако је Европска економска заједница дуго времена након оснивања, спољне односе углавном исцрпљивала кроз економску садржину чију су основу чинили трговински односи и разни облици финансијске помоћи. То је објашњавано чињеницом да је Европска економска заједница све до Споразума из Мастрихта функционисала као облик регионалне економске интеграције. Почетни политички оквири за формулисање заједничке спољне политике наговештени су Јединственим европским актом на основу искуства стеченог у оквиру заједничких састанака шефова држава и влада, који је назван "политичка кооперација", али је правни основ за заједничку спољну политику формулисан тек Споразумом из Мастрихта. У том смислу су спољни политички односи следили спољне економске односе.

2. Диференцираност

Диференцираност спољних економских и политичких односа које је успостављала Европска заједница, а које ће након ступања на снагу Споразума из Лисабона (2009. година) успостављати Европска унија, се огледа у коришћењу различитих врста аутономних или конвенционалних мера које су предузимане према појединим државама нечланицама или у односима према међународним организацијама. Користећи различите инструменте према различитим државама Заједница је заправо водила различиту или издиференцирану политику према њима, као што ће то чинити и Унија. Иако су ове разлике биле условљене бројним факторима, они се могу сврстати у три групе:⁸ регионалне или геополитичке, економске или развојне и оне који су означени као "условна диференцијација". У институционалном смислу, диференцираност је изражавана кроз "понуду" различитих врста споразума трећим државама или групама држава: од споразума о слободној трговини до споразума о придруживању или кроз могућност коришћења различитих аутономних мера: од подстицајних мера до санкција. Диференцирање је може извршити и према географским критеријумима, тј. према територији или региону и према економским критеријумима, тј. степену економске развијености односне државе.

⁷ Као инструмент за успостављање ове врсте или овог степена односа ЕЗ је користила трговинске уговоре. Таква два уговора је ЕЕЗ закључила са СФР Југославијом: 1970. и 1973. године.

⁸ М. Сремона, *н. дело*, стр. 60-61.

а) Регионална или геополитичка диференцијација

Будући да је основана као регионална интеграција, Европска заједница је од оснивања у својој спољној политици водила рачуна о регионалној димензији у смислу оријентације на успостављање посебних односа са европским државама, а онда и са групама држава из различитих региона. У том циљу су све државе подељене на следеће регионе или групе: афричке, карипске и пацифичке (АСР), Андску заједницу, Азију, Аустралију и Океанију, земље кандидате, централну Америку, источну Европу и централну Азију, земље Голфског залива Ирак, Иран и Јемен, Латинску Америку, Северну Америку, Медитеран и Средњи исток и Западни Балкан. Када су у питању европске државе, оне су према географским и/или геополитичким критеријумима груписане у земље тзв. северне географске зоне, земље централне и југоисточне Европе и земље западног Балкана.⁹

У земље северне географске зоне су сврстане скандинавске земље, земље балтичког и арктичког региона (Норвешка, Шведска, Финска, Данска, Естонија, Литванија, Летонија, Исланд и Гренланд), као и делови Русије, Белорусије и Пољске. Према наведеним државама Европска заједница/Европска унија води политику тзв. «северне димензије» која је прокламована на самиту Европског савета 1997. године у Луксембургу, а касније више пута дограђивана. Међутим, с обзиром да је већи број од наведених држава или већ у чланству Европске уније (Данска, Шведска, Финска и Пољска), или су обухваћене Споразумом о заједничком привредном простору (Норвешка и Исланд) то се посебна политика практично спроводи само према Русији.

Према земљама централне Европе, Европска заједница је већ спровела политику придруживања закључивши са овим државама тзв. Европске споразуме на основу чијег спровођења су 2004. и 2007. године ове државе примљене у Европску унију.

Трећи регион је означен као простор источне Европе и средње Азије који обухвата Русију, Украјину, Белорусију, Азербејџан, Молдавију, Тацикистан, Грузију, Казахстан, Јерменију, Киргизију и Узбекистан. Према овим државама Европска заједница води општу политику која је означена као «европска политика суседства» (*European Neighbourhood Policy*) и «сарадња и партнерство».

Међутим, и у оквиру ових држава направљена је даља подела на европске државе (Русија, Украјина, Молдавија и Белорусија) и на «неевропске» (Киргистан, Казахстан, Јерменија, Грузија, Азербејџан, Узбекистан и Туркменистан). У оквиру европских држава, Русија је 2003. године на Самиту у Петерсбургу, издвојена и у оквиру «северне димензије» и са њом је у мају 2005. године закључен споразум о четири заједничка простора: заједничком економском простору, простору слободе, безбедности и правде, који је касније допуњен Мапом

⁹ Vid. http://europa.eu.int/comm/external_relations/search/regions.htm

пута за четири заједничке слободе (простора). Иако је још у мају 1995. године Комисија у свом саопштењу о Русији навела да приступање ових земаља није опција коју разматра Европска унија,¹⁰ могуће је да политика према европским државама са простора бившег Совјетског Савеза доведе до посебне врсте придруживања, док неевропске државе могу рачунати на закључивање трговинских и споразума о сарадњи.¹¹

Четврти геополитички субрегион је означен као Западни Балкан који обухвата Хрватску, Босну и Херцеговину, Србију, Црну Гору, Македонију и Албанију. Према овим државама Европска заједница води политику стабилизације и придруживања.

Што се тиче осталих држава и група држава, Европска заједница је у оквиру политике према Медитерану и Средњем истоку, за ове државе предвидела споразуме о евро-медитеранској сарадњи и придруживању.

Осим тога, Европска заједница и Европска унија су иницирале или подржавале разне облике регионалних интеграција, као што су: Барселонски процес, ЕУ-АСЕАН сарадња, сарадња у оквиру Централне и Латинске Америке и сарадња са земљама бившег Совјетског Савеза. Иако овакав регионални приступ карактерише коришћење истих или врло сличних аутономних и конвенционалних инструмената и механизма према групама држава одређеног региона, Заједница/Унија је у појединим случајевима и између обухваћене регионалне или геополитичке групе држава правила даљу поделу или субрегионализацију, као на пример са државама југоисточне Европе. Тако су субрегионализацијом југоисточне Европе државе подељене на оне са којима је Европска унија у периоду између 1990. и 1996. година била закључила «европске споразуме» и на остале државе, док су државе Западног Балкана груписане на оне које су учествовале у ратним сукобима (Хрватска, БиХ и СР Југославија) и на оне које нису (Македонија и Албанија).

Посебну политику придруживања Заједница/Унија води и према прекоморским земљама и територијама.

б) Диференцијација на основу економске развијености

Према овом критеријуму приликом успостављања спољних односа, Заједница/Унија прави разлику између две групе држава: индустријски развијених држава и земаља у развоју. Уговорне односе са индустријски развијеним ваневропским државама, као што су САД, Јапан, Канада и Аустралија, Зајед-

¹⁰ Иако је и сам премијер Русије (у то време) В. Путин, више пута истицао да чланство Русије у ЕУ није у интересу ни ЕУ ни Русије, италијански премијер С. Берлускони сматра да је место Русије у ЕУ (EU Business, 17. November 2005, Time Europe Magazine, 7 July 2003).

¹¹ М. Кремона, *н. дело*, стр. 66.

ница је успостављала секторским споразумима који су засновани на клаузули најповлашћеније нације. Према земљама у развоју Заједница/Унија је водила политику «сарадње за развој», чији су садржина и инструменти одређени у члановима 177. до 181. Уговора о оснивању (чл. 208-211. Уговора о функционисању Европске уније - УФЕУ). Политика «сарадње за развој» има за циљ да подстиче трајни привредни и друштвени развој земаља у развоју, њихово складно и постепено укључивање у светску привреду и борбу против сиромаштва. Од овакве политике се, међутим, очекује и да допринесе развоју и учвршћивању демократије и правне државе, као и поштовање људских права и основних слобода.

Основ и оправдање за развојну политику као диференцирану политику помоћи појединим државама или групама држава зависно од степена њихове економске развијености, Унија налази у својим регионалним и геополитичким потребама и проценама, као и у одредбама ГАТТ-а, односно Споразума о оснивању Светске трговинске организације (СТО). Полазећи од ових опредељења, Заједница је политику «сарадње за развој» институционализовала кроз закључивање различитих врста споразума са појединим групама држава, као што су *Juanda* и *Lome* конвенције, а сада Cotonou споразуми.

3. Условљавање

Овај облик спољне политике Европске уније карактерише захтев Уније да своје спољне односе према појединим трећим земљама постепено унапређује зависно од испуњености наметнутих политичких и економских услова. И овај облик спољне политике се одвија диференцирано и у оквиру појединих региона и у том смислу се комбинује са регионалном диференцираношћу. Политику условне диференцираности Унија је у оквиру тзв. “регионалног приступа” посебно практиковала према земљама Западног Балкана. Условљеност се према водичима који су 1995. године усвојени заједно са регионалним приступом односи на врсту и висину помоћи за реконструкцију и регионални развој. Касније су, 1996. године, ови водичи ушли у заједничке принципе за будуће уговорне односе са одређеним земљама Југоисточне Европе.¹² Испуњеност постављених услова цени Комисија у својим редовним извештајима за конкретну државу. Од степена испуњености постављених услова, трећој држави се у економском смислу нуде погодности које иду од трговачких преференцијала, финансијске помоћи и економске сарадње, на пример у оквиру PHARE програма до закључивања конкретног билатералног споразума одређеног типа. И самим споразумом чија је врста касније опредељена на споразум о стабилизацији и придруживању, предвиђена је временска асиметричност и постепеност у обостраном давању одређених погодности.

¹² COM (896) 476 final.

Осим једностраног одобравања погодности, као што су аутономни трговински преференцијали, Заједница/Унија је практиковала и једнострано намећање санкција које су се састојале или у укидању ранијих повластица или у завођењу казних мера преко одређених забрана. У том смислу се може говорити о позитивној и негативној условљености.

Као средство вођења политике условљавања нарочито су послужила људска права, па је у том циљу у поједине врсте споразума које је закључивала са одређеним државама уносила клаузулу о поштовању људских права, предвиђајући и конкретне санкције за њихово непоштовање.

Флексибилност у вођењу спољних односа је логички пратилац условљености и огледа се у коришћењу различитих форми одступања, изузетака, заштитних и других изузетних мера од стране Уније у односима са трећим државама, групама држава и међународним организацијама. У вођењу економске политике, Унија је везана принципима ГАТТ-а и каснијег Споразума о СТО, чија је страна уговорница. Крећући се у тим оквирима, Унија у заснивању трговинских и општих економских односа ужива одређени степен флексибилности, у оквиру кога успоставља различите врсте трговинских и економских односа са различитим земљама.

II. ДЕО: СТВАРНО - ОДНОС ЕУ ПРЕМА ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Спољну политику према државама из региона Западног Балкана Европска унија води као део опште политике ширења, а карактерише је посебно велики степен условљавања, који иде чак дотле да се с времена на време доводи у питање спремност или заинтересованост ЕУ за пријем свих држава Западног Балкана у чланство и након што испуне формалне услове. На овакав закључак упућују ставови (појединих) европских званичника који, са једне стране, препоручују да након пријема Хрватске, остале државе Западног Балкана буду истовремено примљене,¹³ а са друге стране, поручују да је ЕУ уморна од сталног ширења и да би пре новог пријема требало да се спроведе фаза консолидације постојећег стања.¹⁴ Иако први став може, на први поглед да буде врло примамљив, његовим прихватањем се практично поништавају већ постигнуте резултати оних држава које су одмакле у реформама да би се сачекале оне најспорије, што у временском смислу може да буде врло неодређен. Примена оваквог става подразумева и да се реши питање статуса Косова и Метохије на начин како је то учинила већина држава чланица ЕУ. О замору ЕУ и ослабљеној апсорпционој моћи биће још речи.

¹³ Интервју Е. Бусек-а, објављено 17. априла 2009. године - Updated 01 March 2010, <http://eurodialogue.org/Western-Balkans-should-join-EU-block>

¹⁴ О теоријском концепту привилегованог партнерства вид. у: S. Blockmans, *Though Love: The European Union's Relations with the Western Balkans*, Brussels, 2007, стр. 294. и даље.

1. Политика ширења као део спољне политике ЕУ према региону Западног Балкана

У теоријском смислу политика ширења представља део укупне спољне политике коју је Европска заједница водила и коју Европска унија води према трећим државама формулисањем правно политичког оквира за пријем трећих држава у чланство. Иако у Римском оснивачком уговору није била предвиђена заједничка спољна политика, Европска економска заједница је до ступања на снагу Споразума из Мастрихта политику ширења реализовала кроз три таласа пријема нових држава чланица. У првом таласу ширења у чланство су примљене Уједињено Краљевство, Данска и Ирска, у другом таласу је примљена Грчка, док се у трећем таласу Европска економска заједница проширила на Шпанију и Португалију. Тек су Споразумом из Мастрихта дефинисани услови и инструменти за институционално вођење заједничке спољне и безбедносне политике, па су у том циљу Споразумом предвиђене и одговарајуће надлежности Европске уније.

Политика ширења се састоји у предузимању мера и акција од стране ЕУ ради закључивања различитих врста споразума који као крајњи циљ имају пријем трећих држава у пуноправно чланство. Након прва два таласа проширења у којима су нове државе примане на основу појединачно испуњених критеријума и индивидуалних путева приближавања, Европска заједница /Унија је почела да формулише сопствену правно политичку и економску платформу за групни пријем трећих држава.

Тако је 1992. године Европска економска заједница закључила Споразум о стварању Европског економског (привредног) простора са државама чланицама Европске зоне слободне трговине (ЕФТА). Споразум о стварању Јединственог европског привредног простора је представљао правно политичку основу за прилагођавање правног и економског система више држава за њихово касније приступање Европској унији. По овом «рецепту» су у четвртном таласу проширења 1995. године у чланство примљене: Аустрија, Финска и Шведска, док се народ Норвешке на референдуму изјаснио против уласка у Европску унију.

Европска заједница је политици ширења посебну пажњу посветила тек након пада Берлинског зида и распада тзв. Источног блока. За државе које су настале након ових промена, или су промениле своју интеграциону припадност, новооснована Европска унија је осмислила посебан поступак придруживања обogaћен различитим правно-политичким и економским подстицајним средствима које су придружене државе могле користити ради лакшег испуњавања критеријума за чланство. Они су били институционализовани у тзв. Европским споразумима, који су по својој правној природи представљали уговорне односе праћене стварањем посебних органа, а не укључивањем придружене земље

у рад већ постојећих главних органа међународне организације. Придružена држава се не укључује институционално у Европску унију, нити је обухваћена радом њених главних органа. На основу Европских споразума у петом проширењу Европској унији је приступило 10 нових држава: Естонија, Литванија, Летонија, Пољска, Чешка, Словачка, Мађарска, Словенија, Кипар и Малта. У складу са одредбама члана 2. Споразума о приступању, који је потписан 23. септембра 2003. године¹⁵, поменуте државе су након ратификације Споразума постале пуноправне чланице првог маја 2004. године, док су Бугарска и Румунија примљене у чланство почетком 2007. године. После овог таласа ширења, Унију чини 27 држава чланица у којима се говоре 22 званична језика.¹⁶

Након пријема држава из централне и југоисточне Европе, Европске споразуме су заменили споразуми о стабилизацији и придруживању. Споразуми о стабилизацији су осмишљени као правно политичка платформа за придруживање Европској унији земаља Западног Балкана након што испуне тзв. Копенхагеншке услове или критеријуме за чланство.

2. Услови за чланство у Унији

Одредбама члана 49. Уговора о Европској унији општи услови за чланство у Унији су дефинисани на следећи начин: Свака европска држава која поштује вредности предвиђене чланом 2. и која се обавезује да их унапређује може да упути захтев за приступање Унији. Европски парламент и национални парламенти се обавештавају о овом захтеву. Држава која жели да приступи Унији упућује захтев Савету који, после консултовања Комисије и након добијања сагласности Европског парламента, о томе одлучују једногласно, док Европски парламент усваја одлуку апсолутном већином чланова који га чине. Услови пријема и измене које овај пријем проузрокује у Уговорима на којима се заснива Унија, предмет су споразума између држава чланица и државе подносиоца захтева. Тај споразум се подноси на ратификацију од стране свих Држава Уговорница, у складу са њиховим уставним правилима.

3. Докле су у придруживању стигле земље Западног Балкана

Због различитих околности, а пре свега, због става ЕЕЗ да се ондашања Југославија минус Словенија плус Албанија, не налази у центру њеног геополитичког интереса.

¹⁵ Објављен у: *Official Journal* L 236 of 23 September 2003.

Vidi. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_236/l_23620030923en00170032.pdf.

¹⁶ Мање је познато да је из Европске економске заједнице 1985. године иступио Гренланд, након референдума одржаног 1982. године, а да су се народи Швајцарске и Норвешке изјаснили против приступања ових држава Европској заједници.

литичког интересовања,¹⁷ ЕЕЗ се са трагичним закашњењем озбиљно посветила овом региону (касније названом Западни Балкан), што је довело до укупног кашњења у процесу придруживања. Разлоге томе би требало тражити не само у институционалим слабостима ЕЕЗ и Мајстришке ЕУ, већ и у ставовима појединих држава чланица у вези решења кризе у тадашњој Југославији.

Отуда се у периоду од пада Берлинског зида све до 2000. године не може говорити о посебној или целовитој политици коју је ЕУ водила према овом простору. Спорадични покушаји који су у овом временском периоду чињени су више личили на покушаје тренутног гашења кризних ситуација, него трајнијег везивања овог простора за судбину ЕУ.¹⁸ Изузму ли се напори које је ЕЕЗ учинила средином 90. године у којима је, према незваничним информацијама, тадашњој Југославији нуђена европска перспектива и значајна финансијска помоћ за неопходне, пре свега, реформе политичког система, чињенице и дешавања након тог времена говоре да се ЕЕЗ/ЕУ потпуно окренула решавању односа са централноевропским и балтичким државама које су изашле из СЕВ-а, односно СССР. У прилог овога говоре подаци да је у периоду од 1989. до 1995. године ЕЕЗ са наведеним државама закључила прво споразуме о сарадњи, а онда и тзв. Европске споразуме о придруживању, којима им је по први пут у историји ставила до знања да могу постати чланице ЕУ.

За разлику од ових држава којима је стављена у изглед европска перспектива, ЕЕЗ је остатку Југославије, након што је прераним признањем Словеније и Хрватске подстакла процес насилног растакања,¹⁹ практично одузела не само «европску перспективу», него је и доведено у питање само постојање тако окрњене заједнице. Разлоге оваквог става према југословенској кризи би требало подједнако тражити у нормативној и у реалној сфери. У нормативном смислу, органи тадашње ЕЕЗ нису располагали потребним надлежностима, инструментима и искуством за ефикасно спровођење евентуално донетих мера. Осим ових објективних, разлоге би требало тражити и у субјективним ставовима

¹⁷ Овај термин користи М. Smith, *Negotiating New Europes: The roles of the European Union*, *Journal of European Public Policy*, 2000, 7, 5. код описивања односа ЕУ према простору Западног Балкана до 2000. године, као и D. Jano, *EU-Western Balkans (1) Relations: The Many EU Approaches*, поднаслов 1.1. стр. 1. Доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352729. D. Jano наводи да је појам Западног Балкана први пут званично уведен 1998. године у време Аустријског председавања ЕУ када је Бугарској и Румунији одобрено да отворе разговоре о пријему у ЕУ.

¹⁸ Кратак преглед односа (политике) ЕУ према овом простору вид, између осталих, у: D. Jano, *н. рад.*

¹⁹ О непостојању јединственог става око начина решавања југословенске кризе и понашању појединих држава чланица ЕУ, су написане бројне студије, од којих наводима само примера ради Susan L. Woodward, *Balkan Tragedy: Chaos and Dissolution After the Cold War*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 2005, посебно део 6. В. Crawford, *Explaining Defection from International Cooperation: Germany's Unilateral Recognition of Croatia*, *World Politics*, 48(4), 1996, стр. 482-521; R. Caplan, *Europe and the Recognition of New States in Yugoslavia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

вима и подељености држава чланица на оне које су се, макар у формалном смислу, залагале за очување јединствене Југославије и оне државе чланице, које су отворено подржавале сецесију, међу којима је предњачила Немачка. Као последица оваквог става, дошло је до једностраног отказивања Споразума о сарадњи из 1980. године, што се може тумачити као одузимање европске перспективе државама које су касније настале распадом Југославије. Трачак наде за повратак Југославије у Европу, ЕЗ је дала након закључивања Париског мировног споразума, одобравањем аутономних трговинских мера (АТМ). Међутим, био је то само привремени покушај, јер је АТМ убрзо суспендована, а након тога готово све чланице ЕУ су учествовале у агресији НАТО савеза на Југославију. Покушаји који су у међувремену чињени, за време ратних сукоба и након Дејтонског споразума у оквиру ЕУ са циљем да се нађе трајније решење прво за окончање ратних сукоба, а након тога за одржавање мира, могу се сматрати покушајима новоформиране ЕУ да осмисли и спроведе сопствену спољну политику према овом региону. Мисли се, пре свега, на Ројомски процес и Регионални приступ који се, са становишта крајњег резултата могу оквалификовати само као покушаји учињени у доброј намери, али без трајнијег резултата. О неефикасности овакве, макар и непотпуне и спорадичне спољне политике ЕЗ/ЕУ према овом региону најбоље сведочи криза која је изазвана на Косову и Метохији и начин на који је решавана – бруталном агресијом снага НАТО савеза. О елементима дугорочне спољне политике као заједничке политике држава чланица и ЕУ према овом региону може се говорити тек од краја деведесетих година, након потписивања Пакта о стабилности за Југоисточну Европу (јун 1999. године) и након ласнирања процеса стабилизације и придруживања (ПСП) од 2000. године.²⁰ Међутим, ситуација са признањем тзв. Републике Косово ће поново показати нејединство између држава чланица ЕУ и неспособност ЕУ да заузме и да спроведе јединствену спољну политику. Тзв. спољно нејединство или нејединство међународних актера се показало и у случају одржавања мира у БиХ и на Косову где су САД преузеле тзв. војну компоненту или мере за намећање мира, док су ЕУ препустиле цивилно контролисање одржавања мира или стабилности.²¹

Ипак, без обзира на наведене слабости, ЕУ је успела да на основама Регионалног приступа и Пакта о стабилности за југоисточну Европу осмисли процес стабилизације и придруживања и да га реализује закључивањем ССП са свим земљама Западног Балкана.

Прва јасна назнака европске перспективе за земље Западног Балкана је наговештена на Самиту ЕУ у Феири јуна 2000. године, када су у закључцима

²⁰ Више вид у: R. Vukadinović, Yugoslavia nad Stability Pact fir South Eastern Europe, *Review of International Affairs*, Vol L, No 1085-86, 1999, стр. 34.

²¹ Вид. R. Belloni, *State Building and International Intervention in Bosnia*, Routledge, London and New York, 2007.

председништва ове државе означене као потенцијални кандидати.²² Неколико месеци касније, у новембру 1999. године, ЕУ је лансирала процес стабилизације и придруживања (ПСП) који је званично прихваћен на Самиту у Загребу 2000. године.²³ Европску перспективу земаља Западног Балкана Савет ЕУ је потврдио и на самиту у Солуну кад је изразио и спремност да помогне интеграцију земаља Западног Балкана у ЕУ,²⁴ што је поновио и 2008. године на самиту у Бриселу.²⁵

Након ових формалних потврда европске перспективе земаља ЗБ, питање чланства је сведено на испуњавање Копенхагенских услова и на апсорпциону моћ ЕУ.²⁶ Под апсорпционом моћи би требало разумети објективну и субјективну (не)спремност држава чланица да заиста спроведу политику ширења.²⁷ Под објективном неспремношћу су обухваћени сви они разлози који се довели до «замора» ЕУ од проширења (*enlargement fatigue*), који се у економском смислу манифестовани кроз дужничку кризу појединих држава чланица Еврозоне и проблеме са одржавањем стабилности евра. Под субјективним факторима, о којима се ретко пише јер се тешко могу доказати на егзактни начин, треба разумети даље подстицање разлика између две Европе: једне цивилизоване и напредне (западне) и друге, оптерећене разним (углавном непотребним и пре-

²² У тачки 67 се наводи да, 'the European Council confirms that its objective remains the fullest possible integration of the countries of the [WB] region into the political and economic mainstream of Europe through the Stabilisation and Association process, political dialogue, liberalisation of trade and cooperation in Justice and Home Affairs. All the countries concerned are potential candidates for EU membership'; Presidency Conclusions of the Santa Maria da Feira European Council, 19-20 June 2000, paragraph 67, доступно на: http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_en.htm

²³ European Commission, 'CARDS' доступно на: http://ec.europa.eu/enlargement/how-does-it-work/financial-assistance/cards/index_en.htm Zagreb Summit 24 November 2000.

²⁴ The Thessaloniki European Council, June 2003. Доступно на: http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/sap/thessaloniki_agenda_en.htm. Неке од обавеза ЕУ су поновљене и у децембру 2007. и у фебруару 2008. године (The Council 'reiterated its commitment to fully and effectively support the European perspective for the Western Balkans'. Вид. European Commission, 'Western Balkans: Enhancing the European perspective', Brussels, 05 March, 2008, COM (2008) 127 final. Доступно на: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/balkans_communication/western_balkans_communication_050308_en.pdf

²⁵ European Council, Presidency Conclusions of the Brussels European Council (19/20 June 2008). Brussels, 20 June 2008, 11018/08. стр. 52. Доступно на: http://ec.europa.eu/agriculture/foodprices/council_con_en.pdf

²⁶ Немачка канцеларка А. Меркел у том смислу је 17. марта 2009. године изјавила да након што Хрватска буде примљена у ЕУ, ЕУ се мора консолидовати пре него што приступи даљем ширењу (<http://euobserver.com>). Слична размишљања су изражена и у изборном програму CDU/CSU од 2009. године. И вођа холандске партије за слободу (Dutch Party for Freedom), Geert Wilders је изјавио да "Холандија сматра да је Европа (већ) довољно велика..." Осим тога, Wilders је изјавио и да би Бугарска и Румунија требало да напусте ЕУ, (6 July 2009, <http://www.euronews.net>).

²⁷ Према подацима Eurobarometer 73, spring 2010. 48% грађана ЕУ се противи даљем ширењу, и то: у Аустрији је 71% против, у Немачкој 71%, Француској 66%, Финској 64%, Белгији 59% и у Холандији 57%.

вазиђеним) наслеђем и оптерећене историјом и неефикасним државним апаратом, којој она прва Европа нуди различите врсте помоћи (источне Европе сведене на простор Западног Балкана). У случају ЕУ, то се манифестује и кроз веома изражену политику условавања у којој се често користи политика штапа и шаргарепе, да би се ранија *terra incognita* просветила и трансформисала у цивилизовано друштво. У том циљу се, чак, предлаже тзв. “беневоолентни колонијализам”,²⁸ чиме се враћа, у једном моменту се чинило већ заборављена граница између “Оне” и “Ове” Европе која се простире реком Дрином. Да су наведене предрасуде и даље присутне не само у делу политичке и научне елите, већ и у појединим државама чланицама, сведоче покушаји да се нађу тзв. алтернативна решења, као замена за (пуноправно) чланство у ЕУ, односно за спровођење политике ширења и на земље ЗБ. Као један од таквих начина новоди се и *привилеговано партнерство*.²⁹

4. Привилеговано партнерство или ЕУтопија³⁰

Након тзв. великог проширења и “замора” који је тиме настао, поједине државе чланице ЕУ (посебно Француска и Немачка) су више пута инсистирале да се направи пауза са пријемом нових чланица, а да се као замена великим суседима, као што су Украјина и Турска, понуди тзв. привилеговано партнерство. Иако појам привилегованог партнерства није званично дефинисан, нити је оно прихваћено као део спољне политике Европске уније, од ове идеје се није ни одустало. У теорији је привилеговано партнерство дефинисано доста широко као “све (привилегије) осим чланства у ЕУ”.³¹ У институционалном смислу овај тип сарадње би се успостављао закључивањем одговарајуће врсте споразума, чија би се садржина и правна природа могла одредити између споразума из категорије “европске политике суседства” (*European Neighbourhood Policy* – ENP) и споразума о пријему у чланство. Споразумом о привилегованом партнерству би се између ЕУ и треће привилеговане државе обезбедио слободан промет робе, услуга и капитала, али не и слобода кретања радника. У том смислу би овакав споразум представљао више од царинског, трговинског и ранијег класичног споразума о сарадњи³², јер би трећој држави омогућио учешће и у

²⁸ S. Sampson, *Weak States, Uncivil Societies and Thousands of NGOs, Western Democracy Export as Benevolent Colonialism in the Balkans*, http://www.anthrobase.com/Txt/S/Sampson_S_01.htm, pristup 22. 08. 2011.

²⁹ E. Krasniqi and M. Beunderman, ‘Merkel moots “privileged partnership” for Balkans’, *EUObserver.com*, 17 March 2006.

³⁰ ЕУтопија је позамљен израз од Roberto Belloni, *EUtopia: The Promises of Integration European Integration and the Western Balkans: Lessons, Prospects, and Limits*, http://www.lu.se/upload/LUPDF/Samhallsvetenskap/Just_and_Durable_Peace/RobertoBelloni.pdf

³¹ S. Blockmans, *Tough Love: European Union's Relations with the Western Balkans*, Brussels, 2007.

³² Који је ЕЕЗ закључила са СФРЈ 1980. године.

неким заједничким политикама Уније (нпр. структурним и пољопривредним фодовима), али не и у спољној или одбрамбеној политици.³³

Ипак, без обзира што се о оваквом “трећем путу” осим у Немачкој и Француској, расправљало и у Холандији и у Енглеском Парламенту,³⁴ привилеговано партнерство није ушло у званичну спољну политику Европске уније, нити у политику ширења ЕУ, тако да, засад, остаје само као реторичко питање. Као реторичко се поставља и питање: “Може ли се ЕУ безгранично ширити на Исток?”³⁵ Ипак, с обзиром на слаб утицај које државе Западног Балкана имају на политику ЕУ,³⁶ као и на бројне предрасуде о којима је било речи, ову идеју не би требало сматрати ни као случајну, ни као одбачену, већ као припремљену резервну варијанту коју ЕУ може користити у комбинацији са аргументом “апсорпционе моћи”³⁷ и замора од сталног ширења. Стога би и за придружене државе било опортуно да, уместо прихватања ЕУ “силецијске љубави”³⁸ са оправдањем да ЕУ нема алтернативе, што се може претворити у ЕУтопију, као одговор на овакве идеје и саме припреме и алтернативне путеве интеграција.

Овакав опрез је потребан ако се има у виду да се, након што је ЕУ са Украјином своје односе реализовала закључивањем Споразума о сарадњи и партнерству, 1998. године, који ће бити замењен споразумом о придруживању,³⁹ у земљама ЗБ привилеговано партнерство може схватити и као идеја да се земљама Западног Балкана као алтернатива за чланство у ЕУ понуди (за сада) чланство у савезу са Турском у коме би се, по логици величине лако могли одредити и међусобни односи чланица таквог савеза.

³³ S. Blockmans, *н. дело*, стр. 295.

³⁴ О идеји привилегованог партнерства је два пута говорила немачка канцеларка Ангела Меркел, а о овоме је расправљао и Енглески парламент вид. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldeucom/273/27310.htm> и *The Further Enlargement of the EU: Threat Or Opportunity?*; Report with Evidence; 53rd Report of Session 2005-06, Great Britain: Parliament: House of Lords: European Union Committee, стр. 67. Са друге стране, Matthias Wiessmann, шеф одбора за ЕУ послове у немачком Бундестагу је предлагао тзв. постепено чланство. Вид. S. Blockmans, *Tough Love: European Union's Relations with the Western Balkans*, Brussels, 2007, A. Tatham, *Enlargement of European Union*, Kluwer, 2009, стр. 160. и даље.

³⁵ Вид. J. Palmer, *Beyond EU Enlargement – Creating a United European Commonwealth*, Sussex European Institute, *SEI Working Paper* No 104, 2008, посебно стр. 9. са наведним поднасловом.

³⁶ Вид. S. Sampson, *Weak States, Uncivil Societies and Thousands of NGOs*, *Western Democracy Export as Benevolent Colonialism in the Balkans*.

³⁷ Вид. тач. 2. Декларације из Салцбурга, од 11.03.2006. доступно на: http://www.eu2006.at/en/News/Press_Releases/March/1103EUWesternBalkansStatement.html

³⁸ S. Blockmans, *н. дело*, о томе говори самим насловом своје докторске тезе: «Tough Love...»

³⁹ Вид. ЕУ-Украјина агенду о придруживању. Доступно на http://www.eeas.europa.eu/ukraine/docs/2010_eu_ukraine_association_agenda_en.pdf

Државе Западног Балкана	Статус	Кад је потписан ССП	Молба за чланство	Статус кандидата	Почетак преговора	Acquis поглавља која су отворена /затворена
Албанија	Поднела захтев за кандидата	12. 06. 2006.	28. 04. 2009.	–	–	–
БиХ	Придружена држава	16. 06. 2008.	–	–	–	–
Хрватска	Преговори окончани	29. 10. 2001.	21. 02. 2003.	18. 06. 2004.	3. 10. 2005.	33/33 од 33
Македонија	Кандидат	9. 04. 2001.	22. 03.2004.	17. 12. 2005.	–	–
Црна Гора	Кандидат	15. 10. 2007.	15. 12. 2008.	17. 12. 2010.	–	–
Србија	Поднела захтев за кандидатуру	29. 04. 2008.	22. 12. 2009.	–	–	–
Турска	Преговара	12. 09. 1963.	14. 04.1987.	12. 12. 1999.	3. 10. 2005.	13/1 од 33

ЗАКЉУЧАК

До Споразума из Мастрихта (1992), ЕЕЗ је спољне односе реализовала углавном кроз успостављање различитих врста економских односа са трећим државама и кроз политику ширења. Разлоге тако редукованих спољних односа требало би тражити у карактеру ЕЕЗ која је Римским уговором о оснивању основана као облик регионалне економске интеграције којој је било поверено остваривање углавном економских, али не и политичких циљева и задатака. Из тих разлога, Оснивачким уговорима на ЕЕЗ нису била пренета потребна овлашћења за вођење спољне политике. Споразумом из Мастрихта новооснованој ЕУ је било поверено да, на основу овлашћења из другог и трећег стуба, у међународним односима потврди посебно место ЕУ и да настави политику ширења, а да у унутрашњим односима утврди елементе заједничке спољне и безбедносне политике. Међутим, због различитих разлога, од којих међу значајне спада посебан однос ЕУ према НАТО савезу, у реалности је ЕУ тешком муком зау-

зимала место на међународној политичкој сцени, што се показало у решавању кризе на простору претходне Југославије. Тек након решења ове кризе, ЕУ је према земљама Западног Балкана осмислила посебну политику ширења у оквиру свеобухватног процеса стабилизације и придруживања. Међутим, резултати ове политике су доста скромни: након више од десет година од потписивања првог ССП само једна држава Западног Балкана је затворила преговоре и очекује пријем у ЕУ 2012. године, док се осталим државама све чешће доводи у питање европска перспектива лансирањем тзв. алтернативних решења, као што је привилеговано партнерство и наметање стално нових услова, што се посебно односи на Србију и БиХ.

Summary

By the Treaty of Maastricht (1992), the EEC foreign relations realized a mainly through the establishment various types of economic relations with third countries and through a enlargement policy. The reason for such reduced foreign relations should be sought in the character of the EEC Treaty of Rome by which EEC was established as a form of regional economic integration which was mainly entrusted to the realization of economic, not political goals and objectives. For these reasons, the EEC Treaty was not transferred competences needed to conduct foreign policy. By EU Maastricht Treaty the newly established EU has been entrusted under the second and third pillar, to confirm its special place in international relations and to continue the policy of enlargement. In internal relations between the Member States from the EU was expected to establish and lead the common foreign and security policy. However, for various reasons, including the special relationship of EU towards NATO, the EU is in reality a hard-occupied place on the international political scene, which proved to solve the crisis in former Yugoslavia. Only after a solution to this crisis, the EU towards the Western Balkan countries developed a special policy of enlargement in the framework of a comprehensive stabilization and association process. However, the results of this policy are quite modest: after more than ten years since the first SSP was concluded, only one of the Western Balkans closed negotiations and can expect for accession to the EU in 2012, while all other countries are questioning the so-called European perspective owing to launching of the so called of alternative solutions, such as a privileged partnership.

Key words: *European Union, Western Balkan, process of stabilisation and association, Stabilisation and Association Agreement, enlargement policy, enlargement fatigue, privileged partnership.*

НОВА ПРАВИЛА ЗА МЕЂУНАРОДНИ ПРЕВОЗ ОПАСНЕ РОБЕ¹**Др Душанка Ђурђев***

***Апстракт:** У раду се анализирају међународна правила којима се регулишу превози опасне робе у различитим врстама саобраћаја. Указује се на најновије измене извршене 2011. године у прописима ADR, RID, ADN. Осим тога посебно се разматрају две кључне конвенције CRTD из 1989. и HNS из 1996. и Протокол на HNS из 2010. којима се регулише одговорност за штету која настаје превозом опасне робе. Указује се на разлоге за њихово слабо прихватање од стране држава као и најновије активности на изменама.*

***Кључне речи:** опасна роба, превоз друмом, железницом, унутрашњим воденим путевима и морем, CRTD конвенција 1989, HNS конвенција 1996, Протокол на HNS конвенцију 2010.*

* * *

Раст ризика настанка штета у међународном превозу опасног материјала које могу имати катастрофалне размере, навео је међународну правничку заједницу у другој половини XX века да донесе важне међународне документе који регулишу услове под којима се обавља овакав превоз као и правила о одговорности и накнади штете када до ње дође.² Међународне организације које се баве унификацијом правила превоза опасних ствари доносе најчешће међународне конвенције, модел законе или друга правила који припадају тзв. меком праву (soft law) које нема такав степен обавезности као међународне

* Проф. др Душанка Ђурђев, редовни професор Правног факултета у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду

¹ Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

² Чак половина свих превожених терета је опасан терет, UN/Doc. A/Conf. 89/

конвенције. Промене у техничким условима превоза, појава нових опасних и штетних материјала, а нарочито повећан број настанка штета изузетно великих размера, довео је до измене већег броја постојећих и доношења нових међународних правила.

Општа карактеристика међународних конвенција којима се регулише превоз опасних ствари је да је битно ограничена слобода уговорних страна кроз важно начело аутономије воље уговорних страна у односу на остале послове привредног права. То значи да је могућност уговорних страна да слободно и самостално одређују садржину својих односа, што је битно обележје привредних уговора, у овом случају знатно ограничена. Уобичајено је у привредном пословању да је аутономија воље уговорних страна велика и да оне могу све оно што није законом искључено или забрањено. Другим речима, само оно што је регулисано императивним нормама обавезује уговорне стране, а остало је ствар договора учесника посла. Број императивних норми у регулисању привредних уговора није тако велик, тако да се о неком озбиљном ограничењу аутономије воље уговорних страна не може говорити. Међутим, када се ради о превозу опасних ствари, велики ризици настанак штета таквих размера које превазилазе односе уговорних страна, него погађају друштвену заједницу, захтевали су да ограничења слободе уговорних страна буде већа, па је и број императивних норми далеко већи. Приликом закључења уговора о превозу опасних ствари, уговорне стране морају да се придржавају прописа који се односе на обављање оваквог превоза, са одређеним обавезама уговорних страна специфичним само за овај уговор, посебним ризиком извршења посла који утиче на појачан степен одговорности превозиоца приликом извршења уговора, посебан начин превоза опасне ствари, и посебним правилима о одговорности за насталу штету.

Конвенције које се баве превозом опасне робе се могу поделити на оне које регулишу техничка питања, односно безбедност у превозу, почевши од класификација опасне робе, преко начина паковања, обавезних заштитних мера и поступака превозиоца како до штете не би дошло.

Другу групу чине конвенције којима се регулишу питања одговорности превозилаца у случају да штете настану и начине накнаде штета. У погледу одговорности превозиоца, може се говорити о уговорној и вануговорној одговорности.

Ако штете које због превоза опасних ствари настану другој уговорној страни, ради се о уговорној одговорности. Штета проузрокован у превозу опасних ствари трећим лицима проузрокује вануговорну одговорност. Може да се ради и о штетама проузрокованих животној средини, када се ради о штетама највећих размера и ту је такође уведена вануговорна одговорност. Сви видови ових одговорности су правно регулисани одговарајућим међународним конвенцијама.

Међународни прописи у овој области су настали пре националних, тако да су послужили и као модел за прављење домаћих прописа.

Међународни прописи о превозу опасних ствари могу се поделити по разним критеријумима, али је уобичајена подела према врстама саобраћаја, па се говори о прописима који регулишу друмски, железнички, поморски, речни и ваздушни превоз опасних ствари.

1. ПРАВИЛА КОЈА РЕГУЛИШУ ТЕХНИЧКА ПИТАЊА

Према садржини материје коју регулишу у једној групи прописа су садржана правила превентивног карактера којима се предвиђају механизми за спречавање настанка штете, тако да су дате листе опасних ствари, предвиђени су услови под којима се роба мора паковати, обележавати, утоваривати у превозно средство као и правила о техничким условима превозних средстава, дакле мере за остваривање безбедног превоза опасних ствари. Од ових прописа најзначајнији су:

ADR - Европски споразум о превозу опасне робе у друмском саобраћају из 1957, последња измена 2011. (European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road). Извршене су измене правила о превозу опасних материја које се односе на листу опасних ствари, уведен је појам еколошке опасне материје за које постоји обавеза поседовања прецизно дефинисаних писаних упутстава, и низ мера које имају за циљ да се повећавањем обавеза свих учесника у превозу опасних материја повећа општа безбедност у превозу оваквог материјалат друмским саобраћајем.³

RID - Међународни правилник о превозу опасне робе на железницама (International Rule for Transport of Dangerous Substances by Railway) као додатак бр. 1 уз Конвенцију о међународним превозима железницама- COTIF из 1980, измене COTIF-а 1999, а последња измена RID је извршена 2011. Као и ADR садржи листу опасних ствари, као и мере у циљу повећања опште безбедности у превозу.⁴

IATA DGR су Правила за превоз опасне робе (Dangerous Goods Regulation), најновија верзија је из 2011, а користи их око 200 светских авиокомпанија.⁵

IATA Dangerous Goods Regulation 2011. су правила која хармонизују услове за превоз опасног материјала и садрже правила о класификацији, означавању и паковању робе.

³ ECE/TRANS/215, vol I.

⁴ ECE/TRANS/WP. 15/AC. 1/2011/1.

⁵ <http://www.iata.org/cargo/dangerous-goods/documents>

ADN је скраћеница за Међународни споразум о превозу опасне робе у унутрашњој пловидби из 2000. (European Agreement Concerning the International carriage of dangerous Goods by Inland Waterways), најновија измена 2011. Економска комисија УН за Европу - ЕСЕ и Централна комисија за пловидбу Рајном - CCNR заједнички су урадиле ове измене.⁶ Превоз двома великим рекама Дунавом и Рајном довео је до настајања посебних правних правила, као што је Споразум о превозу опасне робе Рајном-ADNR, док за превоз Дунавом не постоје таква правила.

IMDG је скраћеница за Међународни поморски кодекс о превозу опасних ствари, последња ревизија 2010. (International Maritime dangerous Goods Code) у коме су сабрана обичајна правила и поступци у вези превоза опасних ствари. По својој природи ово није обавезујући документ, али се у пракси поштује као морални кодекс за крцатеље, бродаре и осигуравајућа друштва.⁷

У оквиру Економско социјалног савета УН формиран је Комитет експерата за превоз опасне робе који је направио Модел правила за превоз опасне робе 1998, а најновија измена је 2009. Најновија УН Препорука о превозу опасне робе садржи као анекс Модел правила за превоз опасне робе (Recommendations on the Transport of dangerous Goods-Model Regulations on the Transport of Dangerous Goods). Донети су 2009. у оквиру Комитета експерата за превоз опасних ствари и Економско социјалног савета УН. Упућени су владама и међународним организацијама које регулишу превоз опасних ствари. Не односе се на расути терет и танкерски превоз у поморском и саобраћају унутрашњим воденим путевима, што је регулисано специјалним међународним или националним правилима. Пошто су правила врло флексибилна, за очекивати је да принципе прихвате владе и међународне организације у циљу хармонизације ове материје.⁸ RID, ADR и ADN су у највећој мери хармонизовани са Препоруком о превозу опасне робе.⁹

Модел правила садрже листе опасних роба, опште захтеве паковања, поступак тестирања робе, означавање и обележавање робе, превозне исправе и на тај начин се поједностављује посао превоза опасне робе и повећава безбедност. Модел правила дају могућност да се у таквом облику у коме су укључе у национално законодавство или међународне прописе или да се приступи њиховом прилагођавању, при чему би они послужили само као основ и модел за прављење сопствених националних или међународних прописа. На овај начин би се остварила постепена хармонизација правила о превозу опасне робе и то за све врсте превоза. Модел правила су намењена свим гранама превоза и тако се и примењују ако су уговорена, изузев ако није другачије уговорено као нпр. у ваздушном саобраћају.

⁶ ECE/TRANS/15o 2011 <http://www.unecce.org/trans/danger/danger.htm>

⁷ Edgar Gold, Legal Aspects of the Transportation of Dangerous Goods by Sea, Marine Policy, vol 10, бр. 3, 1986. стр. 186.

⁸ <http://www.unecce.org/trans/danger/publi/unrec/>

⁹ Harmonization of RID/ADR/ADN with the UN Recommendations on TDG (WP. 15/AC. 1/HAR)

2. ПРАВИЛА КОЈА РЕГУЛИШУ ОДГОВОРНОСТ И НАКНАДУ ШТЕТЕ

Као што је то уобичајено у саобраћајном праву уопште, без обзира да ли се ради о превозу опасне или “обичне“ робе, питање одговорности за проузроковану штету се регулише међународним конвенцијама и то по правилу императивним нормама.

а) Друмски, железнички и превоз унутрашњим воденим путевима

1) Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану за време превоза опасних ствари друмом, железницом и бродовима унутрашње пловидбе - CRTD 1989. (Convention on civil liability for damage caused during carriage of dangerous goods by, rail and inland navigation vessels).

Влада Холандије је била иницијатор још 1972. да се проблематика копненог превоза опасних ствари стави на дневни ред ECE I UNIDROIT, тако да су те две организације биле укључене у израду Конвенције која би регулисала одговорност превозиоца у друмском, железничком и превозу опасних ствари у унутрашњој пловидби. Тако је донета 1989. Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану за време превоза опасних ствари друмом, железницом и бродовима унутрашње пловидбе - CRTD чији је циљ био одговарајући и брз одштетни механизам.¹⁰

Конвенција се примењује само на превоз опасних ствари друмом, железницом и унутрашњим воденим путевима. Не примењује се када се ради о превозу опасних ствари поморским бродовима и ваздухопловима. Такође није прихваћен предлог да се примењује на превоз цевоводима.

У Конвенцији је предвиђено да се она примењује за све штете настале на територији државе уговорнице и проузроковане инцидентом који је настао на територији државе уговорнице као и за превентивне мере било где да су предузете у циљу спречавања штете или њеног ублажавања. Прихваћен је концепт да је ирелевантно да ли се ради о међународном или националном превозу, јер је по претежном мишљењу, са становишта оштећеног без значаја да ли је штета проузрокован у међународном или националном превозу¹¹, и то је интерес странака којима национални системи пружају боље услове накнаде штета.¹²

У члану 1 CRTD конвенције су дате дефиниције и значења основних појмова који се користе. Тако је (члан 1 став 9.) предвиђено да опасне ствари представљају сваку супстанцу или производ који се налази на листи опасних ствари предвиђених ADR.

¹⁰ Текст Конвенције објављен у: Упоредно поморско право бр 1-2, Загреб 1991, стр. 95.

¹¹ Било је и супротних мишљења да треба примену Конвенције ограничити само на међународне превозе.

¹² Explanatory report on the draft articles for a Convention on civil liability for damage caused during carriage of dangerous goods by road, rail and inland navigation vessels, UNIDROIT 1986, Study LV doc. 80. Roma.

У CRTD конвенцији се користи појам “dangerous goods”- опасне ствари, док се у конвенцији HNS користи појам “hazardous and noxious substances”- опасне и штетне ствари. Општа одредба опасне ствари се везује за класификује опасних ствари у Европском споразуму о међународном превозу опасних ствари друмом- ADR која се примењује као критеријум и за железнички и речни превоз опасне робе.

У погледу подручја примене, конвенција CRTD се примењује само на штете проузроковане за време превоза опасних ствари, при чему се (члан 3 став 3.) предвиђа да превоз укључује период од тренутка започињања процеса утовара опасних ствари до завршетак процеса истовара тих ствари.

У погледу врста штета за које возилац одговара (члан 1 став 10) предвиђа се да су то смрт или телесно оштећење у возилу или ван возила које превози опасну робу, затим губитак или оштећење имовине изван возила које превози опасну робу, као и штете загађивања околине и то разумни трошкови успостављања пређашњег стања као и превентивне мере.

Кључна је одредба о одговорности (члан 5) којом се предвиђа објективна одговорност возилаца.¹³ Уобичајено је у саобраћајним конвенцијама које предвиђају објективну одговорност да постоје две групе основа за ослобођење од одговорности и то тзв. непривилеговани основи а то су виша сила, поступци трећих лица и поступци оштећеног и привилеговани основи за ослобођење који обухватају типичне штете које настају у превозу. Разлика је у терету доказивања. Док је код непривилегованих основа за ослобођење возилац дужан да докаже да је штета стварно настала једним од тих разлога, код посебних основа возилац је дужан да докаже само могућност настанка штете због једног од случаја нарочитих опасности. Права природа објективне одговорности се види анализом разлога за ослобођење од одговорност. У CRTD конвенцији су предвиђени само општи, непривилеговани разлози за ослобођење, што знатно поопштрава одговорност возилаца.¹⁴ Иако се не употребљава појам више силе, набрајањем догађаја који искључују одговорност (члан 5 став 4) јасно је да се ради о класичном појму више силе. У Конвенцији је предвиђено да возилац неће бити одговоран уколико докаже да је штета резултат ратног разарања, непријатељства, грађанског рата, изузетног природног догађаја који је био неизбежан или се није могао предвидети. Идеја *numerus clausus* има недостатке, јер није могуће набројати све догађаје који значе немогућност испуњења уговора, а и кад се наброје, остаје спор о њиховом значењу (нпр. којих размера ратно разарање је релевантно). У већини новијих међународних конвенција које регулишу питање одговорности се не употребљава израз виша сила, већ се даје описна формулација одређивањем елемената из којих се он састоји.

¹³ Бравар, А., Конвенција о грађанској одговорности за штету проузрочену током пријевоза опасних терета цестом, жељезницом и бродовима унутрашње пловидбе, Зборник Правног факултета у Загребу год 52, бр 1, 2002, стр 71-84).

¹⁴ Чл. 5 ст. 4.

Други основ за ослобођење од одговорности је понашање трећег лица (члан 5 став 4). У Конвенцији је предвиђено да се превозилац ослобађа од одговорности ако је штета у потпуности проузрокована чињењем или нечињењем трећег лица с намером да штета наступи. Код овакве формулације су битне две ствари. Прво, да је штета настала поступцима (чињењем или нечињењем) трећег лица и друго, да је постојала намера трећег лица да проузрокује штету. У поређењу са неким другим међународним конвенцијама нпр. СОТIF према којима је довољно да је треће лице допринело својим понашањем да штета настане без обзира да ли је оно скривљено или није, решење у CRTD конвенцији изражава намеру да се више заштите интереси оштећеног лица. Друга ствар на коју треба указати је да је штета у потпуности морала бити проузрокована чињењем или нечињењем трећег лица да би се превозилац ослободио одговорности. То значи да се превозилац ослобађа одговорности само кад је радња трећег лица искључиви узрок штете. Ако је поступак трећег лица само делимично проузроковао штету, то нема за последицу умањење одговорности превозиоца, већ превозилац одговара у потпуности. Оштећено лице је на овај начин заштићено, јер захтев за накнаду штете подноси само превозиоцу, а и евентуалну платежну неспособност трећег лица сноси превозилац.

Сходно члану 24 тачка 1. под б) и на ова два разлога за ослобођење државе приликом ратификације могу да ставе резерву и тако оштећенима пруже ширу заштиту.

Као посебан разлог за ослобођење је предвиђено (члан 5 тачка 4. под ц) да превозилац није одговоран ако докаже да га је пошљалац или било која друго лице пропустило да обавести о опасној природи робе, те да ни он, нити његови службеници или пуномоћници нису знали ни морали знати за ту природу. За разлику од претходна два разлога, код овог се не тражи узрочно последична веза, односно пропуст обавештавања о опасној роби не мора бити директан узрок настанка штете. Овај основ за ослобођење превозиоца од одговорности је уведен да би се ублажила строга објективна одговорност превозиоца. Има мишљења да је овај разлог за ослобођење уведен да се заштите повремени превозиоци опасних ствари који нису знали да морају да имају посебне полисе обавезног осигурања прописане конвенцијом CRTD.

Као трећи разлог за ослобођење (члан 5 тачка 5) предвиђа се да се превозилац може делимично или у потпуности ослободити од одговорности, уколико докаже да је штета у потпуности или делимично проузрокована чињењем или нечињењем лица које је штету претрпело, са намером да проузрокује ту штету или уколико докаже да је штета резултат немара оштећеног лица. У Конвенцији су предвиђени намера и, условно говорећи, немар, непажња (енглеска верзија употребљава “negligence”) као степен кривице.¹⁵

¹⁵ О појму „negligence“ види Mutz G. Die Haftung der Eisenbahn für Totung und Verletzung von Reisenden im Internationalen Eisenbahnpersonenverkehr nach dem Zusatzubereinkommen zur CIV, ВЕс 1977 стр. 155.

Према томе, овај разлог за ослобођење се примењује само тада ако превозилац може да докаже да је штета проузрокована овим степенима кривице и између скривљеног поступка оштећеног и штете мора да постоји узрочна веза. Дата је могућност државама да ставе резерву на члан 5 тачка 5, што пружа могућност примене националног права.¹⁶ Разлог томе је то што поједина национална законодавства предвиђају као степен кривице намеру и грубу непажњу. Општа је оцена да су разлози за ослобођење у овој Конвенцији такви да више штите интересе оштећеног него што је то уобичајено у другим транспортним конвенцијама кад се ради о превозу обичне робе, што је и оправдано, с обзиром на већи ризик настанка опаснијих штета и тежину њихових последица.

У погледу времена за које превозилац одговара, усвојено је широко прихваћено становиште у саобраћајном праву да је то време од пријема па до предаје робе Предвиђена је формулација (члан 3 став 3) да одговорност траје од почетка утовара робе на превоз до завршетка истовара. Било је приговора од стране превозилаца да укрцај и искрцај немају везе са самим послом превоза и да те послове често раде лица над којима превозилац нема контролу. Међутим, проширење времена одговорности за које превозилац одговара је остало уз корекцију (члан 6 став 1) према којој ако превозилац докаже да су опасне ствари укрцаване или искрцаване под искључивом одговорношћу лица које је различито од превозиоца, а да то нису ни превозиочеви службеници и заступници, већ су то пошиљалац или прималац, а превозилац докаже идентитет такве особе, онда је превозилац ослобођен од одговорности за штету насталу у период укрцај односно искрцаја. Пошто је у пракси укрцај, односно искрцај, често заједничка обавеза превозиоца, пошиљалоца и примаоца, предвиђена је солидарна одговорност свих тих лица (члан 6 став 2).

Посебан проблем је било одређивање круга одговорних лица. У Конвенцији је (члан 5 тачка 1, 2 и 3) предвиђен принцип усмеравајуће одговорности (*chanelling liability*) превозиоца, мада су постојала и супротна мишљења о заједничкој и подељеној одговорности учесника посла превозиоца, власника опасне ствари, произвођача опасне ствари и пошиљалоца. Међутим, усвојен је принцип одговорности превозиоца као лица које може да контролише превоз опасне ствари и које је лако идентификовати. Ово решење је највише у интересу оштећеног, али се даје право регреса превозиоцу према трећем лицу које се сматра одговорним према одредбама меродавног националног права.

Уколико превозилац успе да открије идентитет пошиљалоца, примаоца или другог лица које је одговорно за штету, превозилац се ослобађа.

Уколико су, међутим, радње утовара и истовара предузете заједно од стране превозиоца и пошиљалоца, односно примаоца, одговарају по начелима заједничке и појединачне одговорности.

¹⁶ Према члану 24 тачка 1. под ц) CRTD.

Објективна одговорност превозиоца као кључног субјекта у извршењу посла превоза има један изузетак (члан 6) кроз солидарну одговорност превозиоца и крцатеља кад је штета настала током утовара или истовара опасних ствари.

У погледу општеприхваћеног става у међународним конвенцијама којима се регулише питање одговорности превозиоца о ограниченој односно лимитираној одговорности, у току рада на тексту ове Конвенције било је различитих ставова. Систем ограничене одговорности има оправдање, и противтежа је строгој одговорности превозица и обавезном осигурању, јер би обавезно осигурање повезано са пуном износом накнаде штете јако поскупело цео посао превоза. Међу присталицама неограничене одговорности истицало се да је она оправдана кад су настале смрт или телесна повреда.¹⁷

Коначно решење у Конвенцији (члан 9) је помирило опречне ставове. Предвиђена је ограничена одговорност, али се државама потписницама допушта да изјаве резерву на тај члан и то тако да се могу усвојити више границе одговорности.

Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану за време превоза опасних ствари друмом, железницом и бродовима унутрашње пловидбе - CRTD је донета још 1989. и утицала је на доношење међународних конвенција у области поморског права нарочито HNS 1996.¹⁸ CRTD Конвенција иако још није ступила на снагу, имајући у виду активности ЕСЕ, поново добија на значају.¹⁹

Мада је за ступање на снагу CRTD предвиђена ратификација само 5 држава, она није ступила на снагу. Због тога је Одбор за унутрашњи транспорт (Inland Transport Committee ECE)²⁰ упутио упитник државама о разлозима неприхватања Конвенције. Одзив на постављена питања није био велики, а кључне примедбе су се односиле на висину граница одговорности²¹, па је било предлога да се поново преговара о новим износима граница одговорности у које би били укључени и осигуратељи.²² Примедбе су се односиле и на висину обавезног осигурања. Белгија је, на пример, замерала принципу искључиве одговорности превозиоца, с обзиром да произвођачи опасних ствари једини знају прави садржај својих производа, а превозиоци не могу да контролишу хемијски ризик, који је по њима главни узрок одговорности. Осим тога сматрали су да би и учешће крцатеља у одговорности било значајно.

¹⁷ ECE/TRANS/84.

¹⁸ HNS је Међународна конвенција о одговорности и накнади штете у вези превоза опасних и штетних ствари морем 1996.

¹⁹ TRANS/WP. 15/2001/17.

²⁰ TRANS/AC. 8/8, 2003.

²¹ Члан 9. предвиђа лимите изражене у Специјалном праву вучења.

²² TRANS/WP. 15/2001/17/Add. 2 2001.

Примедба на CRTD конвенцију се односи и на њену неусклађеност са Манхајским споразумом о пловидби Рајном, па се сматра да би прихватање CRTD угрозило јединство рајнског пловидбеног система.

Сматра се да ће CRTD конвенција поново добити на значају кад се либерализује железнички саобраћај и створе услови за превоз на страном а не само домаћој инфраструктури и кад ће бити нужна замена националних решења унификованим правилима у виду CRTD конвенције.

Због свега тога Одбор за унутрашњи транспорт одржава континуирано састанке експерата за конвенцију CRTD. Предвиђа се измена појединих одредаба Конвенције које би је учиниле прихватљивијом. Учешће на овим седницама, поред представника држава узимају и представници међународних организација нпр. CCNR - Централна комисија за пловидбу Рајном (Central Commission for the Navigation of the Rhine), OTIF - Међувладина организација за међународне железничке превозе (Intergovernmental Organization for Interantional Carriage by Rail), IRU – Међународне уније друмских транспортера (International Road Transport Union). Смисао заједничког учешћа је био да се направи поређење режима одговорности у CRTD конвенцији са другим правилима о одговорности за превоз опасних ствари садржаним у другим међународним конвенцијама.²³

CCRN је још 2003. обавестила да ради на Европској конвенцији о одговорности и накнади штете за штете настале превозом опасних и штетних (hazardous and noxious) материја у унутрашњој пловидби - CRDNI. Истакнуто је да нацрт CRDNI у многим тачкама подржава CRTD конвенцију (објективна одговорност, лимит одговорности...) али у многим другим решењима више штити оштећеног. Став је да CRTD конвенција не конституише одговарајућу одговорност за катастрофалне штете, па би зато такве велике несреће могле бити предмет других конвенција и њихова накнада би могла бити реализована кроз фондове за накнаду тако великих штета. Мада би се могло поставити питање да ли је добро да постоји већи број конвенција које регулишу сличну материју, ако се анализира поморски превоз опасних ствари, у коме постоји више конвенција које регулишу превозе опасних ствари, при чему су предвиђени различити степени одговорности, чак три нивоа, за штете изузетно великих размера, општи став је да се те конвенције не искључују, већ допуњују.

б) Поморски саобраћај

Бројне су међународне конвенције којима се уређују поједина питања у превозу опасних ствари морем.

1) Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађивањем нафтом 1969, мењана Протоколом 1992. и тако измењена ступила на снагу 1996. - CLC (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage).²⁴

²³ Тако је нпр. представник IRU сматрао да је лимит од 12 милиона SDR у нацрту ревидиране CRTD сувише висок за друмске превозиоце, према TRANS/AC. 8/2003/6.

²⁴ Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори, 3-77, Doc. 92 FUND WGR. 3-5-1 2001; <http://www.imo.org/includes/blastDataOnly>

Циљ ове конвенције је да се обезбеди обештећење у случају изливања нафте са бродова.²⁵

Две велике несреће танкера у Јапану 1997. и Француској 1999. (Накхода и Ерика) подстакле су измене система одговорности који је предвиђен у конвенцији CLC из 1992. Висина штета у тим несрећама је превазишла максималну границу одговорности из конвенције CLC. Зато су предложене измене ишле у правцу повећања граница одговорности. Предвиђено је ограничење одговорности бродара, под условом да бродар положи одговарајућу суму у висини његове одговорности у депозит код суда, а ако се ради о превозу више од 2000 тона нафте, дужан је да закључи уговор о осигурању.

2) Као допуна конвенције CLC донета је Међународна конвенција о оснивању Међународног фонда за накнаду штете од загађивања нафтом 1971. (International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil pollution Damage) која је мењана Протоколом 1992. и тако измењена ступила на снагу 1996.²⁶ Сврха ове Конвенције је била да се жртвама тешких незгода осигура задовољавајућа накнада штете и да одговорно лице делимично растерете од додатних финансијских оптерећења из Конвенције CLC. Протокол о оснивању допунског фонда Конвенцији о фонду из 1992. (задња измена 2003) имао је циљ да обезбеди накнаду штете у случају великих еколошких катастрофа и то тако да највиша граница одговорности бродовласника и Фонда буде повећана за 50%.²⁷

Обе Конвенције су се показале као успешне у обезбеђивању накнаде штете, јер су предвиђале високе лимите одговорности и могућност директне тужбе против осигуравајућих компанија. Иако се још током расправа за измену CLC конвенције истицало да нафта која се превози није једина опасна ствар која прети загађивању мора и да је потребно регулисати одговорност за штете које настају другим опасним стварима, доношењу ових правила се приступило релативно касно тек HNS конвенцијом 1996.

Сматра се да би се ступањем на снагу HNS заокружио и унапредио систем међународне регулативе у области одговорности за штете због загађивања мора опасним и штетним материјама, нарочито изливањем нафте и погонског горива.²⁸

²⁵ Грабовац И. Нека размишљања о одговорности за штету у вези с пријевозом штетних и опасних твари морем, Зборник радова Правног факултета у Спилту, год XVII, 1980.

²⁶ <http://www.imo.org/includes/blastDataOnly>

²⁷ Перичин Љ., Одговорност бродовласника и оснивање фонда у Међународној конвенцији о одговорности и накнади штете у пријевозу опасних и штетних твари морем (Лондон 1996), Поморски зборник 38, 2000.

²⁸ У низу међународних конвенција посебно се истичу Међународна конвенција о спречавању загађивања с бродова MARPOL 1973. и Међународна конвенција о грађанској одговорности у подручју поморског превоза нуклеарног материјала из 1971, тзв. Бриселска конвенција.

3) Међународна конвенција о одговорности и накнади штете у вези превоза опасних и штетних ствари морем - HNS из 1996. (The International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea).

Конвенција је донета на дипломатској конференцији у Лондону 1996. под окриљем ИМО - Међународне поморске организације.²⁹

Циљ Конвенције је био да се обезбеди одговарајућа, брза и ефикасна накнада штете до које дође у превозу опасних и штетних ствари морем.

Ова Конвенција још није ступила на снагу. Због тога је у оквиру ИМО утврђен предлог Протокола за измену HNS конвенције који је усвојен на Дипломатској конференцији у Лондону 2010. Овим Протоколом би требало да се отклоне кључне препреке које су онемогућавале ступање на снагу HNS из 1996. Измене које се предлажу Предлогом из 2010. су значајне, јер разрешавају питања која су била препрека усвајању HNS 1996, па усвајање Протокола 2010. ствара нови међународни документ HNS конвенција из 2010. - Међународна конвенција о одговорности и накнади штете у вези превоза опасних и штетних ствари морем, из 2010. (The International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 2010). Овом Конвенцијом би се унапредило и завршило међународно регулисање одговорности за штете због загађивања мора нафтом и другим штетним и опасним стварима с брода. HNS конвенција из 2010. ће пружити вишу, брзу и сигурнију накнаду штете с обзиром на врло високе износе ограничења одговорности и обавезно осигурање и на врло широк списак ствари на које се Конвенција примењује, а које су обухваћене појмом опасне и штетне свари.³⁰

У току рада на HNS-у, 1996. године, расправљало се о дефинисању терета (расути и паковани), о појму штета, да ли су то само штете од загађења или и штете од експлозије, пожара, токсичности, затим ко је одговорно лице, само бродовласник или бродовласник и крцатељ, које разлоге за ослобођење је оправдано узети.

Неспорно је да треба да остане објективна одговорност, само је питање да ли је оправдана блажа или строжија одговорност, што зависи од тога који се разлози за ослобођење од одговорности предвиде.

²⁹ Марија Посписил Милер, Марија Посписил, Прједлог измена Међународне конвенције о одговорности и накнади штете у вези пријевоза опасних и штетних ствари морем (HNS Конвенције) из 1996. Поредбено поморско право, год 49, број 164, Загреб 2010, стр. 427.

³⁰ У анализи узрока за неуспех неке конвенције утврђено је да су често административни разлози повезани са трошковима у спровођењу неке конвенције који падају на државу, а не на индустрију, као што је нпр. код HNS конвенције, узрок да државе не потврђују те конвенције упркос изразитој користи који би имале; према Grigs, Patrick, Obstacles to Uniformity of Maritime Law, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol 34, No. 2 April, 2003 191-208)

HNS конвенцијом 1996. су обухваћене и поједине врсте уља које нису укључене у CLC конвенцију као и поједине врсте штета које такође нису обухваћене CLC конвенцијом. Тако HNS конвенција 1996. предвиђа штете због смрти и телесне повреде на броду и ван брода које су настале као последица експлозије и пожара.³¹

HNS конвенција 1996. ће се применити на штете које су проузроковане опасним и штетним стварима које се превозе као терет, без обзира да ли су у расутом или пакованом облику. У Конвенцији није наведена потпуна листа опасних и штетних ствари, како се текст не би оптеретио опширним набрајањима, али се према члану 1 тачка 5. под а) HNS позива на листе ствари које су као опасне и штетне дефинисане у другим међународним документима. HNS конвенција се не примењује на штете проузроковане радиоактивним материјалима.

Штете су дефинисане широко и подразумевају губитак живота, телесно оштећење лица на броду и изван брода, имовинске штете, загађење околине и трошкове превентивних мера.

У погледу времена примене HNS конвенције 1996. предвиђено је време од искрцаја до искрцаја или како је прецизирано од тренутка захватања терета било којим делом опреме брода код искрцаја, до момента престанка присутности тог терета у било којем делу опреме брода код искрцаја, односно у моменту преласка терета преко бродске ограде уколико се не употребљава бродска опрема.

У погледу правне природе одговорности, усвојен је исти и то објективни принцип одговорности, али тако да се ризик распоређује на две стране и то бродара и корисника превоза, уосталом као и раније у CLC конвенцији, али су сад та решења садржана у једном тексту, тј. HNS конвенцији 1996.³²

Први ниво одговорности се односи на бродовласника. Разлози за ослобођење од одговорности су различити у односу на решење у CLC и строжије су за бродара.

Бродовласник може ограничити одговорност оснивањем фонда ограничене одговорности до износа који се обрачунавају према тонажи брода (члан 9 HNS). Сматра се да су утврђени износи ограничења одговорности власника брода високо постављени и поставља се питање да ли је ризик настанка штета равномерно распоређен између корисника услуге и бродара. Бродовласник који и стварно превози HNS терет мора имати обавезу осигурање уз могућност директне тужбе против осигуратеља.

³¹ Текст Нацрта HNS 1996. објављен у: Упоредно поморско право бр. 145-148 Загреб 1995 стр. 353.

³² Међународна конвенција о оснивању Међународног фонда за накнаду штете од загађивања нафтом 1971, 1996, Протокол на ову Конвенцију је донет 2003. године и предвиђа оснивање Допунског фонда као трећег нивоа одговорности; види Vaughan, Simon, Shipping Law, Cavendish Publishing Limited, 2001, 341.

Други ниво одговорности је заснован на HNS Фонду.³³ Циљ Фонда је да се обезбеди накнада штете оштећенима који нису добили пуну накнаду штете у првом степену кад је одговарао бродовласник. То је могуће у следећим случајевима: уколико бродовласник није одговоран по овој Конвенцији, уколико бродовласник није у финансијској могућности да надокнади штету, односно уколико осигурање не покрива штету или је недовољно и уколико штета прелази одговорност бродовласника према HNS конвенцији. Максимални износ који се плаћа из Фонда је 250 милиона SDR, што значи да Фонд исплаћује разлику изнад износа исплаћеног од стране бродовласника до максималног износа од 250 милиона SDR. Конвенцијом су предвиђена само два разлога за ослобођење од одговорности.³⁴

Доприносе у Фонд за његово финансирање плаћају лица која су примила у календарској години HNS терет превезен морем у укупним количинама како је предвиђено Конвенцијом. За свако лице које плаћа допринос утврђује се њен пропорционални део према примљеним количинама терета.

HNS конвенција није ступила на снагу, него је мењана Протоколом 2010. године. У односу на друге конвенције као нпр. CLC, она није супротстављена, нити је њихова замена, него чини заједно са њима заокружен систем одговорности.

Протоколом на HNS из 1996. који је усвојен 2010. требало би да се реше неки недостаци у HNS конвенцији у вези са поступком усвајања као и увођењем обавезе држава приликом потврђивања Протокола да доставе доставе извештај о укупној количини робе примљеној претходне године на основу које се утврђује проценат уплате доприноса у Фонд за накнаду штете. Државама које то не учине изјава о прихватању протокола неће бити прихваћена

Такође је повећан лимит одговорности бродовласника за штете проузроковане пакованим теретом за 15%

Сматра се да ће Протокол 2010, односно HNS конвенција из 2010.³⁵ пружити оштећеним вишу, бржу и сигурнију накнаду штете, имајући у виду високе износе лимита одговорности и обавезно осигурање и с обзиром на широку листу ствари које се сматрају опасним или штетним и на које се Конвенција примењује.

³³ По узору на Конвенцију о оснивању Међународног фонда за накнаду штете од загађивања нафтом 197.1, 1996.

³⁴ Чл. 14 (3) HNS Конвенције.

³⁵ The International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 2010.

ЗАКЉУЧАК

Бројна међународна правила која регулишу превоз опасне робе у разним видовима саобраћаја се мењају последњих година, што је последица промењених услова превоза, појаве нових врста опасних материјала и повећаног броја штета изузетно великих размера.

Посебно су значајне међународне конвенције које регулишу одговорност за проузроковану штету и накнаду такве штете. Конвенција CRTD из 1989. године која се односи на друмски, железнички и превоз опасне робе унутрашњим воденим путевима, није ступила на снагу, али је предмет поновног интересовања ЕЦЕ која се бави изменом постојећег текста. Многим добрим решењима Конвенција CRTD је утицала на HNS конвенцију из 1996. године, која се примењује на поморски превоз опасне робе. Ова Конвенција такође није ступила на снагу, па је измењена Протоколом 2010. Заједно са другим бројним конвенцијама које регулишу превоз нафте, нуклеарног и радиоактивног материјала, HNS конвенција измењена Протоколом, чини заокружени систем одговорности у поморском превозу опасних ствари.

THE NEW REGULATIONS OF THE INTERNATIONAL TRANSPORT OF DANGEROUS GOODS

Summary

In this paper the author presents new developments the purpose of which is to explore true reasons why states continue to evade adoption of the CRTD. The CRTD Convention has been undergoing the process of modification. The crucial reasons seem to be limits of liability, capacities of insurance market and channeling liability to the carrier. This paper analyses the reasons preventing HNS Convention 1996. to enter into force as well as possible solutions to remove obstacles for its entering into force which are offered by proposed Protocol of the HNS Convention.

Key words: *dangerous goods, carriage by road, rail, inland navigations and by sea, CRTD Convention 1989, HNS Convention 1996, Protocol of the HNS Convention 2010.*

ZNAČAJ NEKIH BITNIH ODREDBI LISABONSKOG UGOVORA IZ 2009.

Dr Filip Turčinović*

***Apstrakt:** Evropska unija mora imati kapacitet da apsorbuje nove članove bez usporavanja i oštećenja dostignutog stepena evropskih integracija. Osim toga, posebno se naglašava važnost da država kandidat ima tržišnu i konkurentnu privredu, sa slobodnim formiranjem cijena i potreban nivo razvoja finansijskog sektora. U tom pravcu treba da posjeduje odgovarajuće administrativne i pravne kapacitete. Svaka država kandidat mora da prihvati prava i obaveze koje uglavnom proizilaze iz osnovnih vrijednosti komunitarnog sistema, poznatih pod nazivom *aquis communautaire*. Taj proces nesumnjivo bi bio usporen da nije došlo do prilagođavanja institucionalnog okvira, što je naročito vidljivo u Lisabonskom ugovoru iz 2007. godine.*

Politička retorika je bila vidljiva u ovom dokumentu u kome se, između ostalog, kaže da je riječ o epohalnom događaju, jer on stavlja tačku, odnosno prevazilazi podijeljenost Evrope, nastalu na osnovama različitih sukoba.

***Ključne riječi:** podijeljenost, integracija, pravni kapacitet, vrijednost, država kandidat, privreda, konkurentnost, finansijski sektor, cijena.*

* * *

Konvencija o budućnosti EU usvojena je na konferenciji Evropskog savjeta, održanoj 15. decembra 2001. godine. Za predsjednika Konvencije izabran je bivši francuski predsjednik Žiskar d'Esten. Konvencija ima dva potpredsjednika, predstavnike svih država članica, država kandidata, Evropskog Parlamenta i Komisije.

Konvencija 2003. godine zahtijeva donošenje Ustava, kako bi nakon predstojećeg proširenja Institucije EU djelovale efikasnije, sa što više demokratskog kapaciteta i bliže građanima. Ugovor o Ustavu potpisan je 2004. godine. Nakon toga,

* Др Филип Турчиновић, редовни професор Међународног јавног права

bilo je nužno da ga ratifikuju sve države članice. Međutim, Francuska i Holandija su odbile da ratifikuju Ugovor o Ustavu. To je bio početak ozbiljne krize. Ona je potrajala sve do njemačkog predsjedavanja. Predloženo je da se iz Ustava izbace pojedine sporne odredbe. Preostale bi se ratifikovale od strane svih država članica. O tome je potpisana Berlinska deklaracija 25. marta 2007. godine, na pedesetu godišnjicu potpisa Rimskog ugovora.¹

Tokom portugalskog predsjedavanja 2007. godine održana je Međuvladina konferencija na kojoj su države članice prihvatile Sporazum koje se ocjenjivao kao istorijski, jer je sadržao prihvatljivije odredbe. Nakon ratifikacije u svih 27 država Sporazum je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine. Ratifikacija u Irskoj uslijedila je nakon dva održana referenduma. Takođe je bilo nužno da se sačeka odluka Ustavnog suda Njemačke, koja je uslijedila nakon vrlo oštre rasprave o karakteru uloge i mjesta država članica.

Ugovor o Ustavu nije stupio na snagu i nikoga nije obavezivao. Iz njega su bile uklonjene odredbe koje su prema ocjeni učesnika ukazivale da se EU transformiše od međunarodne organizacije ka federaciji.²

To su sljedeće odredbe:

1) Evropska unija koja se uspostavlja Ugovorom o Ustavu bila je nasljednica Evropske unije koja je postojala na osnovu dva Sporazuma jednog o uniji i drugog kojim je stvorena Evropska zajednica. Umjesto njih, predviđeno je da se stvori jedan jedinstveni ustavni tekst u četiri oblasti, i to: a) Osnovna načela i definicije, b) Povelja osnovnih i ljudskih prava, c) Zajedničke politike i Prelazne i Završne odredbe.

2) Simboli su bili predviđeni u Ustavu, i to: a) zastava sa 12 zvjezdica raspoređenih u krug koja je simbol potpunosti i cjelovitosti, b) himna, Betovenova Oda radosti; c) geslo na kome počiva EU, a to je Ujedinjeni u raznolikosti i d) evro kao moneta.

Ovi simboli nijesu preuzeti kao pravna kategorija, ali jesu na početku kao faktičko stanje.

3) koncept evropskog i okvirnog zakona je predviđao da se uredbe preimenuju u evropski zakon, a da direktive budu evropski okvirni zakon.

Na Međuvladinoj konferenciji 2007. godine snažno je istaknuto neslaganje sa tim odredbama. Na kraju su sačuvane uredbe i direktive kao pravni akti Institucija EU.

Na drugoj strani, prihvaćeno je pojednostavljenje pravnih akata u smislu preuzimanja tipologije iz Ustava koja ih dijeli na zakonodavne i na one koji to nijesu.

4) Uvođenje funkcije ministra inostranih poslova sa namjerom da spoljna politika EU što više dobije na prepoznatljivosti i značaju. Kako je to prema mišljenju većine država članica bio element federativnog ustrojstva EU, odredba nije preuze-

¹ Vidjeti potpunije: S. Rodin, Reforme Evropske unije - Lisabonski ugovor, 2009.

² Vidi potpunije: P. Craig, EU law 2008.

ta. U Lisabonskom ugovoru, predviđeno je da se ta funkcija naziva Visoki predstavnik za spoljne poslove i bezbjedonosnu politiku.

5) Odredba o primatu Prava EU bila je sadržana u članovima I-6 u kojem je jasno istaknuto da Ustav zajedno sa pravom koje stvaraju Institucije EU imaju primat nad pravom država članica. Međutim, na Međuvladinoj konferenciji 2007. godine takav član nije prihvaćen. Ocijenjeno je da bi prihvatanje moglo da naruši taj ionako komplikovan pravni sistem. Usljed toga morala se pronaći formula da se načelo o primatu Prava EU nad pravom država članica osnaži. To je postignuto na način što se uz Ugovor o funkcionisanju EU kao prilog uvršćuje Izjava države članice da prihvata primat prava EU i Mišljenje pravne službe Savjeta koja je priznala punovažnost tog načela.³

SUŠTINA NOVINA U LISABONSKOM UGOVORU

Lisabonski ugovor suštinski reformiše Sporazume o Evropskoj uniji i Evropskoj zajednici. Moglo bi se reći da na izvjestan način prati ova dva dokumenta, uprkos činjenici da je drugi preimenovan u Sporazum o funkcionisanju Evropske unije.

U takvom reformskom kontekstu države članice su nastojale da ostvare nekoliko ciljeva i to:

1) Demokratičnost, preglednost i transparentnost pravne strukture i odlučivanja. Radi postizanja tog cilja ukinuta je trostubna struktura EU uvedena Maastritskim sporazumom. Evropska zajednica je takođe ukinuta. Njen pravni sljedbenik je Evropska unija. Stvorena je zajednička spoljna i bezbjedonosna politika. Kada je riječ o pravosudnom i policijskom djelovanju, krivičnim stvarima koje zahvataju područje slobode, pravde i bezbjednosti ostao je nažalost veliki broj nedorečenosti.

Na drugoj strani vidljivo je naglašavanje uloge Parlamenta kroz dodjeljivanje novih nadležnosti posebno u zakonodavnoj oblasti. U pitanjima budžeta i međunarodnih ugovora jača uloga Parlamenta. Postupak saodlučivanja nazvan je redovnim zakonodavnim postupkom. On posebno dolazi do izražaja u politikama EU. Po nekim autorima, Parlament je skoro izjednačen sa Savjetom. Ovakav značaj Evropskog Parlamenta prati i snaženje uloge nacionalnih parlamenata. To je posebno vidljivo kada je riječ o nadzoru upotrebe načela subsidiarnosti.

c) Građanska inicijativa kao nov vid učešća državljana-građana EU u oblikovanju politika EU suštinski bi trebala da da doprinos otklanjanu veoma prisutnog deficita demokratije. Prema odredbama koje regulišu ovu oblast milion državljana – građana EU iz većeg broja država članica mogu da pozovu neposredno Komisiju da ona predloži zakonodavni postupak sa predlogom u interesu podnosilaca inicijative. U vezi sa tim, Komisija, Parlament i Savjet moraju usvojiti uredbu koja bi konkretno zovala taj postupak.⁴

³ Vidi potpunije: D. Chalmers and others, EU law, 2001.

⁴ Vidi potpunije: M. Cuthbert, European union law, 2010.

d) U slučaju konkretnije i jasnije nadležnosti u prvom planu je pravilna podjela nadležnosti između EU i država članica kako bi one bile preglednije. Takav pristup je u izvjesnoj suprotnosti sa principom proklamovanog jedinstva EU, jer očigledno je riječ o podijeljenim nadležnostima. Na taj način države članice ostaju suverene i ne bivaju podređeni entiteti. Ali ne bi se moglo reći da je riječ o federaciji, jer u njoj u nekim nadležnostima federativnoj jedinici prilikom glasanja daje saglasnost.

Nadležnosti se mogu podijeliti na one koje isključivo pripadaju EU, podijeljene nadležnosti EU i država članica i nadležnosti država članica u kojima EU ima ulogu pomagača.

Isključive nadležnosti EU su:

1) djelatnosti u vezi carinske unije, 2) tvrdivanje pravila konkurencije koja su neophodna za funkcionisanje zajedničkog tržišta, 3) konkurencija, 4) monetarna politika za države koje su prihvatile evro, i 5) očuvanje i zaštita bioloških resursa u moru u okviru zajedničke politike u oblasti ribarstva, 6) zajednička trgovinska politika. Osim toga Unija ima isključivu nadležnost da zaključuje međunarodne ugovore.⁵

Podijeljene nadležnosti EU i država članica se odnose na: 1) unutrašnje tržište, 2) socijalnu politiku, 3) ekonomska socijalna i teritorijalna kohezija, 4) poljoprivreda i ribarstvo, sa izuzetkom očuvanja morskih bioloških resursa, 5) zaštitu čovjekove okoline, 6) zaštitu potrošača, 7) transport, 8) transevropske mreže, 9) energija, 10) prostor slobode bezbjednosti i pravde, 11) zajednička pitanja suštinskog kraktera u oblasti javnog zdravlja. Nadležnosti u kojima EU ima ulogu pomagača su brojne i pružaju raznovrsnu pomoć državama članicama. To se posebno odnosi na na tehnološki razvoj, istraživanje svemira i humanitarnu pomoć, jer bi izostanak te pomoći spriječio države članice da u tim oblastima realizuju te aktivnosti.⁶

ISTUPANJE IZ EU

Istupanje iz EU predviđeno je u Lisabonskom ugovoru. Države članice mogu istupiti iz EU. Svi dosadašnji osnovni ugovori nijesu predviđali tu odredbu. Stoga treba reći da je istupanje Grenlanda nastupilo prema međunarodnom javnom pravu.⁷

Prema tome, Lisabonskim ugovorom izričito je predviđeno da država članica može istupiti iz EU. Njena obaveza je da o tome obavijesti Evropski Savjet. Ova institucija je dužna da izda instrukcije i smjernice na osnovu kojih bi EU započela pregovore sa tom državom članicom i zaključila sa njom istupni sporazum. Država članica koja je istupila može ponovo podnijeti zahtjev za prijem u članstvo.

⁵ Vidi: Član tri Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, JO EU C 115 od 9.05.2008.

⁶ Vidi: član, 4 Ugovora o funkcionisanja EU.

⁷ O opštem karakteru dejstva međunarodnih ugovora vidjeti: Henkin i dr. International law 1989, str. 69-73.

2) Efikasnija EU postavljena je kao važan cilj. Radi ostvarenja predviđeno je: a) efikasnije odlučivanje i to posredstvom glasanja kvalifikovanom većinom u Savjetu. Na takav način se glasa u brojnim područjima. To je proizašlo iz potrebe da se ograniči objektivno postojeća mogućnost da pojedine države članice istrajavaju u svojim opstrukcijama donošenjem pojedinih opravdanih odluka.

Nakon 2014. godine egzistirao bi dvojni sistem većine. On bi obuhvatao 55 % država članica i 65 % stanovništva EU.

a) Predsjednik Evropskog savjeta se bira za mandat od 2,5 godine.

Proširenje nadležnosti EU na područja koja neposredno dovode do boljeg života građana kao što su sloboda, bezbjednost i pravda, borba protiv terorizma i kriminala, energetika, javno zdravlje, civilna zaštita, svemir, humanitarna pomoć, sport, turizam i saradnja u poslovima uprave.

3) Evropske vrijednosti i pravda

a) U demokratske vrijednosti Lisabonski ugovor ubraja one na kojima se temelji EU i to: poštovanje čovjekovog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, pravna država, poštovanje ljudskih prava uključujući prava pripadnika nacionalnih manjina.

Lisabonski sporazum osavremenjuje i modernizuje ciljeve EU u pogledu ekonomskog blagostanja, privrženosti miru, postizanju blagostanja naroda, borbi protiv socijalne isključivosti i diskriminacije, poštovanja jezičke i kulturne raznovrsnosti, zaštite i razvoja evropske kulturne baštine i promocije evropskih vrijednosti u svijetu.

Vidljiva je tendencija proširenja ljudskih prava. Lisabonski ugovor proširuje korpus ljudskih prava. Poštuju se sva dosadašnja usvojena prava. Vrlo je važna činjenica da je Povelja postala pravnoobavezujuća i da ima jednaku pravnu snagu kao i Sporazumi o EU i njenom funkcionisanju. Pri tome valja istaći da je Povelja poseban dokument.⁸

Osim toga u Lisabonskom ugovoru sadržan je pravni osnov da EU pristupi Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima.

Princip solidarnosti među državama članicama predviđa mogućnost da one nastupaju skupno i solidarno, ukoliko je neka od njih žrtva terorističkog napada ili prirodne katastrofe. Osim toga modernizovana je solidarnost na području energetike.

4) Da bi prepoznatljivost EU u međunarodnim odnosima i međunarodnoj zajednici bila ostvarljiv cilj, ustanovljena je funkcija Visokog predstavnika za spoljnu politiku. On predsjedava Savjetu EU za spoljnu politiku i ima funkciju potpredsjednika Komisije. Takođe se predviđa formiranje nove evropske službe za spoljnopolitičko djelovanje koja bi radila pod rukovodstvom Visokog predstavnika.⁹

⁸ Ustav je predviđao uključenje Povelje u ustavni tekst.

⁹ Vidjeti čl. 27 Ugovora o Evropskoj uniji.

PRAVNI SUBJEKTIVITET EU

EU do lisabonskog sporazuma nije imala pravni subjektivitet. Posjedovali su ga Evropska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju. Stoga je EU mogla da djeluje samo preko Institucija tih zajednica.

Prema odredbama Lisabonskog sporazuma, EU je dobila međunarodnopravni subjektivitet. On je osnova za potrebni nivo efikasnog djelovanja, pravnu sigurnost, transparentnost pravnih i drugih poslova i sopstvene autonomije. EU može da zaključuje međunarodne ugovore obavezne za sve države članice. Ima poslovnu sposobnost. Može biti tužena i može tužiti. Takođe može biti članica međunarodnih organizacija i može pristupiti međunarodnim konvencijama.

Međunarodnopravni subjektivitet omogućava EU da bude subjekt međunarodnog javnog prava. Praktično to joj omogućava da ima veći uticaj, s obzirom da jedinstveno nastupa po pravilu i u velikom broju slučajeva u ime svih članica.¹⁰

RAST UKUPNOG INTEGRACIONOG POTENCIJALA

Povećanje broja članica od prvih integracija kada ih je bilo samo šest značilo je i sadržajnu geografsku integraciju. Broj članica se povećao na devet 1973. godine kada su primljene: Danska, Velika Britanija i Irska. Nakon toga primljena je Grčka kao deseti član 1981. godine. Španija i Portugalija primljene su 1986. godine. Broj se povećao na 15 članica kada su 1995. godine primljene: Austrija, Finska i Švedska. Deset novih članica i to: Malta, Kipar, Letonija, Litvanija, Estonija, Mađarska, Poljska, Češka, Slovačka i Slovenija pristupile su sredinom 2004. godine, Bugarska i Rumunija pristupile su 2007. godine.

Nekoliko država ima status kandidata za članstvo u EU. To su: Turska, Hrvatska, Crna Gora, Island i Makedonija. Od njih je samo Hrvatska zaključila pregovore i očekuje punopravno članstvo 2013. godine. Države Zapadnog Balkana - Srbija, Albanija i Bosna i Hercegovina, dobile su status kandidata, ali ne i datum početka pregovora.

Ako bi sudili po dosadašnjem trendu u povećanju broja država članica, moglo bi se očekivati povećanje i u narednom periodu. Pri tome valja imati u vidu da se neposredno susjedstvo nalazi na listi spoljnopolitičkih prioriteta EU.¹¹

Članstvo u EU može da zatraži svaka evropska država. Država koja želi da postane član EU podnosi molbu Savjetu. Savjet traži od Komisije da procijeni mogućnosti države podnosioca da li ta država podnosioc molbe ispunjava uslove za dobijanje članstva.

¹⁰ Vidjeti čl. 24 Ugovora o EU.

¹¹ M. Holland, *European Integration from Community to Union*, 2004, p. 13-15.

Osnovni uslovi obuhvataju najprije geografske, odnosno da je riječ o evropskoj državi. Država mora da poštuje ljudska prava, da ima tržišnu privredu i mogućnost da svoj pravni sistem prilagodi pravnom sistemu Evropske unije.

Evropski Savjet je u Kopenhagenu 1993. godine utvrdio uslove koje treba da ispune zemlje kandidati za prijem u članstvo u EU. Komisija je nešto ranije slično izložila u svom izveštaju „Evropa - izazovi proširenja“.

To su poznati Kopenhagenski kriterijumi. Oni su takođe izloženi u saopštenju Komisije 16. jula 1997. godine, pod nazivom AGENDA 2000.¹²

Prvi uslov je evropski identitet države. Prema tome, jedino evropska država može postati članica Unije. Država kandidat mora da ispunjava sledeće uslove iz korpusa demokratije:

1) Mora posedovati stabilne institucije koje mogu garantovati ostvarenje demokratije, vladavinu prava, ljudska prava i poštovanje prava manjina.

2) Mora obezbijediti funkcionisanje tržišne ekonomije i kapacitet učesnika tržišne

utakmice, koji će im obezbijediti mogućnost nadmetanja u konkurenciji sa akterima na unutrašnjem tržištu Evropske unije.

3) Biti sposobna da preuzme obaveze koje proizilaze iz članstva, uključujući pristupanje političkoj, ekonomskoj i monetarnoj uniji.

Proširenje članstva postalo je veoma značajan instrument spoljne pilitike EU. To je naročito vidljivo poslije pozamašnog proširenja 2004. godine. Ranije su prevladavala mišljenja da bi proširenje potkopalo već dostignuti stepen integracije i njegovu dubinu. Veoma su bile sadržajne rasprave na temu da li se treba orijentisati na produbljivanje ili proširivanje integracije. Po nekim mišljenjima, proširenje je skopčano sa brojnim troškovima koji bi mogli bitno opteretiti budžet Evropske unije. Na drugoj strani javila su se mišljenja koja govore da bi proširenje moglo biti jedini instrument i ozbiljna šansa da se stabilizuje Centralna i Istočna Evropa. To takođe ne bi bila samo neka vrsta eksporta stabilnosti već bi to bila i odbrana od navale imigranata i kriminalaca sa Istoka.¹³

Na kraju su se pokazala kao ispravna mišljenja da jedino orijentacija koja forsira uspostavljanje demokartije, slobodnog društva i ekonomskog razvoja u procesima proširenja, ima budućnost.

¹² Vidjeti potpunije B. Košutić, Uvod u pravo EU, 2006.

¹³ M. Holland, op. cit., 23, 45-47.

Summary

*The European Union is due to avail its capacity to absorb new member states without getting the already realized European integration level slowed or damaged. In addition to that, the importance of competitive market economy developed by a candidate state is emphasized, together with both free pricing and the necessary level of its financial sector development realized. In regard of that, a candidate state should have the corresponding administrative and legal capacities. Any of the candidate states are due to accept both rights and obligations arising from the basic values of the communitary system, generally referred to as *aquis communautaire*. The extension process would have certainly been slowed down if the institutional framework had not been customized, which was the fact especially clearly stated in the 2007 Lisbon Agreement. The political rhetoric was obviously present throughout the paper which, among the other things, red that it was about the historical event overcoming partition of Europe generated by collisions. The European Council established, in 1993 in Copenhagen, the conditions the candidate states should fulfill in order to be accepted as the EU member states. The Commission had previously formulated the similar attitude in its *Europe - Challenges of Extension* report. These were the well-known Copenhagen criteria, stated in the Commission Communication, dated July 16, 1997 and titled the AGENDA 2000.*

The novelties stated by the Lisbon Agreement were generated as products of the endeavors aimed at modernization and perfection of both political and contractual instruments, and made for the purpose of getting the EU decision making process more transparent and more efficient. In addition to that, some models of decision making were introduced, getting decision making more complex on one hand, and more acceptable among citizens on the other - such as the increase of the importance of national Parliaments was.

If all changes were made as aimed at elimination of deficiencies of democracy, their implementation in practice would be, at least partly, justified.

ИНТЕРЕСИ И (НЕ)ПРАВДА

Др Оливер Антић*

Апстракт: Овај скромни рад посвећујем др Лазару Марковићу, професору Правног факултета у Београду, народном посланику, министру за Конституанту, министру правде, великом цивилисти (једини је написао систем грађанског права), посебном интелектуалцу, српском и југословенском правом родољубу, који је управо зато невин страдао од Брозовог диктаторског режима. Професор Марковић осуђен је 1946. г. на робију зато што је „написао спис који иде за разбијањем српског и хрватског народа у борби против окупатора“. Тај спис, због кога је осуђен, био је необјављени рукопис (sic!), али се у њему разобличава хрватска политика *vi, sicut et presagio* у њеном вишедеценијском континуитету, која је кулминирала геноцидом који у погледу бруталности и бестијалности није забележен у савременој историји. У затвору је проф. Марковић провео шест година и један дан, јер је одбио да изађе док му не врате рукописе које је сачинио за време робијања. По изласку из затвора ректор Сорбоне му је упутио позив да држи предавања у Паризу и молбу властима да му издају пасош. То је био разлог да поново буде ухапшен и да без суђења проведе још три месеца у Централном затвору у Београду. Убрзо је тешко оболео и пуштен је да би умро „без присуства власти“.

* * *

Савремено право - унутрашње, а нарочито међународно се све више окреће форми, запостављајући суштину, због које форма иначе и постоји. Окривити уз помоћ неверодостојних сведока било кога, од челника „непослушних“ држава до „непослушних“ појединаца у послушним државама, постаје уобичајена пракса. Увести принудне мере читавим народима и то назвати „санкцијама“, како би се у подсвести створила асоцијација да је већ учињен неки деликт, увести „зону забрањеног лета“ да би се потом и непосредно ин-

* Др Оливер Антић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и Универзитета у Источном Сарајеву

тервенисало у корист једне стране у већ режираном грађанском рату, забранити истраживања злочина против мира (да се не би открили стварни господари рата – што је и учињено при формирању надлежности хашког Трибунала) и не ретко произвољно ослобађање или осуђивање „ратних злочинаца“, све је то већ добило „легалитет“, али и „леgitимитет“ у савременом међународном праву. Наравно, све је то *mutatis mutandis* виђено и у унутрашњем праву, у условима неравнотеже власти (у постреволуционарним режимима нарочито), нпр. у париским, московским или београдским процесима. У ствари, узрок политичког и правног насиља, које нужно води у правну дискриминацију једне стране, одн. проузрокује неправду у најширем смислу, увек је исти: монопол силе једне партије (котерије, класе, касте...) у унутрашњем праву или такав монопол једне државе (групе држава, војног савеза...) на међународном плану, које на тај начин остварују своје партикуларне интересе. Ипак, треба истаћи да се циљеви моћних олакшано остварују кроз сукобе и поделе мањих. Тако моћни постају још моћнији, а мали још мањи и безначајнији. Еклататан пример за успешну примену формуле „завади па владај“ су и политичке прилике на просторима бивше Југославије.

Жалосна је чињеница да се данас једно од најтежих кривичних дела, геноцид, (зло)употребљава у дневнополитичке сврхе. То је нови злочин над жртвама правога геноцида нарочито из Другог светскога рата, али и покушај аболирања историјске одговорности за то (не)дело који су спровели Немци, Аустријанци, Мађари, Холанђани, Хрвати, муслимани и др. Такође је жалосна чињеница да су многи злочинци избегли правду и то под заштитом западних држава и католичке цркве (Павелић, Артуковић, Шакићи), а још је жалосније што се то стање продужило све до данас (Кепиро). Битан елемент кривичнога дела геноцида је геноцидна намера, а да ли се она може тако једноставно утврдити као што то данас чине и неке хашке судије? Да ли судија са другог континента из друге културе, који не познаје минимум историјских чињеница може да утврђује геноцидну намеру? Да ли се таква намера уопште може утврђивати без употребе историјскога метода? Наиме, геноцид, као једно од најтежих кривичних дела међународнога кривичнога права, подразумева систематско и циљно уништавање читавих народа, верских група, племена и сл. људских група, управо према објективном критеријуму, само зато што су припадници тих група, а не из разлога неке њихове субјективне, стварне или претпостављене, кривице. Из тога следи да геноцид подразумева свест и вољу, дакле намеру учиниоца тога кривичнога дела да изврши објективно постављени циљ, а то је уништење одређене групе људи: путем убистава, тешких повреда физичкога или психичкога интегритета, подвргавање таквих животним условима који воде физичком или психичком уништењу, спречавањем рађања, променом (националнога, верскога и сл.) идентитета деце. Дакле, суштински елемент дела геноцида јесте геноцидна намера. Уколико овакве намере нема, не може бити спорно, нема геноцида, већ је у питању неко друго кривично дело, нпр. ратни злочин, злочин против човечности, безобзирна освета и сл.

Сви облици кривичног дела геноцида - извршење геноцида, планирање геноцида (које подразумева и одговарајући споразум), покушај геноцида, непосредно и јавно подстрекавање на геноцид, као и сви други облици саучесништва у геноциду – управо потврђују суштствени карактер геноцидне намере за ово тешко кривично дело. И управо се ту јавља главни проблем примене права у материји геноцида. Неодољив је утисак да су хашки процеси својим правно недовољно утемељеним одлукама, управо у вези утврђивања овог суштинског елемента геноцида, допринели да ово дело изгуби своју прецизну физиономију, да буде релативизовано и да постане средство за политичке манипулације и уцене. Оно што треба посебно истаћи јесте да се геноцидна намера не може формирати изненада, на мах или у (историјски) кратком временском интервалу. Геноцидна намера има своју генезу, историјске корене, континуитет одређене политике, где се у дужем временском периоду преплићу мотиви, планирање, споразуми, подстрекавање, покушаји, као и само извршење овог стравичног моралног недела и тешког кривичног дела. Геноцидна намера је нејтешње повезана са верским ратовима и борбом за „животни простор“ (мотив). Дакле да би се утврдило дело геноцида нужно је коришћење историјског метода, што ће у овом тексту бити доказано.

Геноцид над Јеврејима има дубоке корене, чак у антици од стране Римљана, а нарочито у средњем веку у многим европским државама, да би својим застрашујућим размерама кулминирао у нацистичкој Немачкој. Геноцид су, без сумње, претрпели и староседеоци обе Америке од стране европских колонизатора, као што су многи стари европски и ваневропски народи претрпели од отоманске Турске, нпр. Јермени. Грци, Срби. Српски народ при том трпи вишеструки и продужени геноцид како у средњем, тако и у новом веку. Оба светска рата су имала геноцидни ефекат по Србе, а да за то дело није било праве одговорности. Нацистичка Немачка, али и њени савезници (посебно Мађарска и Бугарска) учиниле су геноцид над Србима, а нацистичка Хрватска је, нарочито имајући у виду не само обим, већ и начин извршења (острашћена бестијалност и неупоредива монструозност) геноцида то учинила на беспримерни начин у историји. Али тренутни однос снага у свету омогућио је тотални апсурд: Хрватска која је у Другом светском раду убила, покрстила и протерала преко милион Срба, а у грађанском рату после насилне сецесије протерала и све остале Србе, тужи Србију за геноцид над Хрватима!!! Да постоји минимум морала у свету и минимум примене међународног права то једноставно није смело да се догоди. Али, када чак и угледна правничка имена и институције од међународног значаја ћуте пред чињеницом да хашки трибунал није овлашћен да разматра питање злочина против мира, а то се дело у Ниρνбергу против нацистичких вођа сматрало најтежим, онда ствари постају јасније.

Овом приликом, коришћењем нарочито историјско-политичког и историјско-правног метода, биће извршена одговарајућа анализа српско-хрватских односа, јер су они готово парадигма за све сличне ситуације у свету.

Српско-хрватски односи

Односи Срба и Хрвата имају своје дубоке корене и развијали су се уз успоне и падове, а падови су попримали и вид суноврата. Суштина проблема је блискост Срба и Хрвата у сваком смислу (порекла, обичаја, језика и др.), осим верском. У ствари, блискост постоји и у том смислу, али је верска нетолеранција католичких према православним хришћанима искоришћена на штету ових других, а ради политичких интереса трећих (некад Пеште, Беча, Ватикана, затим Берлина и Лондона, те НАТО-а). Уређење политичких односа, у основи истог народа са две варијанте исте религије, на истом простору могло је да иде у два правца: сарадња или сукоб.

Сарадња

После аустро-угарске нагодбе, дакле споразума Беча и Пеште о формирању двојне монархије, хрватска интелигенција (углавном свештенство и племство) која је у то време била бројно веома слаба, супротставила се оваквој политици Беча. Како није имала упориште у махом необразованом, али и подељеном народу (пре свега по верском питању), елита је покушала да га придобије тако што ће га обухватити на заједничкој словенској основи и то преко тзв. Илирског покрета.¹ То је, дакле био начин, да се шири слојеви како Хрвата, тако и Срба увуку у заједнички отпор према политици Беча и Пеште.

У револуционарној 1848. години политичка сарадња Срба и Хрвата је доживела свој врхунац. Управо се бан Јелачић, који је радо слављен и међу хрватским шовинистима, ослањао на карту слоге и сарадње Хрвата и Срба, те је историјска чињеница да је Јелачић положио своју саборску заклетву пред патријархом Рајачићем.² Хрватски Сабор је 1861. донео одлуку са циљем збацивања мађарске власти, одн. којом се констатује да је 1848. године прекинута државно-политичка веза са Мађарском и треба да се приступи преговорима који би имали за платформу независност Хрватске и право на самоопредељење свих народа који живе под влашћу Аустро-угарске. Овде треба посебно истаћи одлуку Сабора којим је 1867. године донесен закон којим се Срби признају

¹ Било би занимљиво направити паралелу између ове идеје хрватске интелигенције и њене неоригиналне примене у сличном циљу од стране албанских сецесиониста. Међутим, имајући у виду тему и ограничености простора, у раду се нећемо дубље бавити овим поређењима.

² „Хрватска и српска омладина понета највећим одушевљењем када је патријарх инсталирао Бана Јелачића понела је обојицу испод славолука окићеног хрватском и српском заставом као симболом хрватске и српске слоге. – У својој скупштини у Карловцима од 13-V-1848 изабраше Срби Стевана Шуљкица за свог војводу и закључише, да ће са хрватским народом као брат са братом борити се заједнички за своја народна права, а против насиља мађарске владе. „Ваше невоље, јесу наше невоље“, одговараху Хрвати на јаук једнокрвне своје српске браће у Војводини.“ Рибар, И., Хрватско-српски односи у прошлости, Београд 1939, стр. 12.

потпуно равноправним са Хрватима.³

У време, дакле, када је била заоштрена борба за хрватско осамостаљење од мађарске власти (1861-1867) и за проширење на територије изван Хрватске (припајање Далмације), хрватска елита се залагала за најтешњу сарадњу са Србима, јер без њихове помоћи ти циљеви не би могли бити остварени. Са своје стране Срби су, у овом за Хрвате изузетно значајном шестогодишњем периоду, учинили све што је било могуће за побољшање политичког положаја хрватске која је била тек у формирању. Управо таква снажна подршка Срба, омогућила је да се у Хрватско-мађарској нагодби из 1868. (уз измене и допуне из 1873)⁴ могу препознати елементи хрватске државности, јер су хрватском Сабору била препуштена питања политичке управе, судства, школства, вера, пољопривреде, занатства, здравства и социјалног старања. Ипак, питање финансија Мађари су задржали у својој надлежности. То је, наравно, била основа за економску контролу и искоришћавање људских и природних ресурса, као реалне основе за политичку доминацију: мера финансијског капитала је уједно и мера политичке моћи у свакој тржишној привреди. Другим речима, ко контролише финансије, контролише и политику и то су убрзо схватили и Хрвати и Срби, јер је, услед економског израбљивања (посебно од стране немачког и мађарског капитала) дошло до наглог осиромашења најширих слојева народа, тако да су равноправно и Срби и Хрвати напуштали своја огњишта (време интензивног иселјавања у САД и Јужну Америку), давали земљу у бесцење иностраним земљопоседницима, јер им њихова земља више није пружала услове за основну егзистенцију. И поред споразума Мађари су на различите начине избегавали да примене одредбе које им нису одговарале, нпр. посебно о језику, на чему је иначе нарочито инсистирала хрватска страна. Мађари су наметнули и такав изборни систем који је давао фактичку предност партији који су они контролисали, одн. коју је водио бан Куен Хедервари, који је због злоупотреба, корупције, репресије према интелектуалцима и игнорисања чак и позитивног права, постао озлоглашен у Хрватској.

Штросмајерова „Народна странка“ успоставила је, нарочито 1865–1867. тесну сарадњу са Србијом, а оно што треба данас посебно подвући јесте и

³ „Тада је Светозар Милетић, представник Срба у хрватском сабору, који се борио за начело равноправности између Хрвата и Срба, један свој саборски говор завршио речима: „Дај Боже да постанемо по времену један народ. Но дотле пак признајемо да у хрватској држави има један народ који је с Хрватима једне крви, али носи друго име, па зато дајмо том народу његово српско име!“ Исто, стр. 13.

⁴ Пруска је ратом 1866. г. победила Аустрију и од тада Аустрија не представља релевантни чинилац у немачким пословима. Аустрија (Источна-држава) је на тај начин усмерена ка истоку. У том смислу, уз подршку Пруске 1867. г. Аустрија склапа са Мађарском споразум о формирању двојне монархије, што је на извешан начин представљало разочарење за словенске народе, па је одређеним политичким споразумима требало амортизовати ову фундаменталну измену, којом од централизоване немачке државе (дакле од Аустрије), настаје једна мултинационална држава са већином словенског становништва, али са двојном несловенском владајућом нацијом.

чињеница да је „Начертаније“ Илије Гарашанина из 1844, уз сагласност тадашњег српског владара кнеза Александра Карађорђевића, било инспирисано том сарадњом и отуда имало за циљ ослобођење свих Јужних Словена од туђинске власти.⁵ Када је 1867. склопљена аустро-угарска нагодба којом се сва власт дели по принципу дуализма између Немаца и Мађара, „Народна странка“ се обраћала Гарашанину за савете, имајући у виду да је он водио спољну политику Србије управо у духу једне словенске федерације.⁶ Међутим, после промене на престолу Србије, када је кнез Михаило Обреновић отпочео са аустрофилском политиком, Штросмајер је ову сарадњу прекинуо.⁷

Сарадње између Хрвата и Срба у самој Хрватској било је и после 1897. Наиме, после Старчевићеве смрти и поделе његове странке (чему је кумовао злогласни Хедервари), један део чланства на челу са Јозефом Франком (тзв. „Франковци, званично „Чиста странка права“) окренуо се екстремној антисрпској политици, док је „Странка Права (тзв. „Праваши“) заузела сасвим другачији став и окренула се сарадњи са Србима. На изборима те године „Праваши“ су у коалицији са „Обзорашима“ (Штросмајерова „Народна странка“) освојили 28 од 31 опозиционог мандата, чиме се још једном потврдила свест Хрвата да је потребна и корисна управо сарадња и споразум са Србима.⁸

Још једна прилика за сарадњу Срба и Хрвата у Хрватској јавила се после нереди у Загребу из 1902. године, које су организовали „Франковци“, вероватно по наговору Хедерварија, када је уништана српска имовина, а многи Срби су доживели и физичку тортуру. Тада је лидер „Самосталних напредних Срба“ у Хрватској Светозар Прибићевић у том тренутку, тренутку излива готово ирационалне мржње према Србима, позвао на сарадњу Хрвата и Срба у обостраном интересу. Истакао је, том приликом, да је неслога и мржња између Хрвата и Срба противприродна и да представља инструмент у рукама туђинске политике.⁹

После избора из 1901, стање како економско тако и политичко, у Хрватској се константно погоршавало. Већ следеће године су избили студентски про-

⁵ Ово подвлачимо јер се у дневнополитичке сврхе „Начертаније“ проглашава „великосрпским концептом“, не само у Хрватској, већ и од стране светских моћника. Остављајући по страни дубљу расправу о историјским околностима настанка „Начертанија“, констатујемо само да је управо у то време било и других сличних политичких концепата, али ниједан није доживео такво накнадно приписивање негативне конотације.

⁶ Гарашанин је одговорио да Хрвати треба само да се држе својих права, па нека и саму силу дочекају држећи се тих права! Вид. Исто, стр. 19-20.

⁷ У то време Гарашанин одступа из власти и на његово место долази Блазнавац, који следи политику новог владара, удаљава се од Русије и словенофилства и окреће Бечу.

⁸ Вид. Исто, стр. 25.

⁹ Прибићевић је закључио да „мађаронска“ политика, у ствари мађарска инвазија, води пропасти Хрвата, а да после тога на ред долазе Срби. Отуда је у интересу Срба да се заједно са Хрватима боре за хрватску самосталност, што је значило повратак у време политике С. Милетића 1860-1865 године. Вид. Исто, стр. 29-31.

тести у Загребу када је усвојена и резолуција којом се најоштрије протестује против Хедерваријевих злоупотреба и уопште лошег стања у Хрватској и објављује борба против његовог режима све до његовог рушења, што је изазвало жестоку реакцију режима и полицијски и судски прогон великог броја грађана. У овој борби су се нарочито истакли Стјепан Радић, Милан Марјановић, с тим да су врло значајну улогу имали и далматински представници Супило, Трумбић, Чингрија, Смодлака и други, који су истакли потребу измена у хрватској политици и сарадњу са Србима. Далматински представници на челу са Супилом закључили су да нова хрватска политика мора да има у виду две битне чињенице: 1) да „најопаснији противник хрватског народа јесте немачки империјализам изражен у паролу „*Drang nach Osten*“ као и систем који стоји у служби овог империјализма, 2) Хрвати и Срби су један народ са два имена, па стога између њих треба да постоје слога и споразум.“¹⁰ Логички наставак оваквог закључка је био да у сукобу интереса Беча и Пеште, треба стати на страну Мађара, што је и била суштина „Ријечке резолуције“ која је донета октобра 1905. на предлог Супила и то од стране хрватских представника, окупљених највише око новоформиране „Хрватске напредне странке“. Срби су, са своје стране, подржали „Ријечку резолуцију“, заслугом С. Прибићевића, путем своје „Задарске резолуције“ (која предвиђа не само негирање сваке дискриминације, већ и потпуну равноправност Хрвата и Срба), што је отворило могућност уједињавања опозиције ради рушења већ омраженог режима. Међутим препрека тој сарадњи били су преговори око поновног уједињења Хрватске странке права са „Франковцима“, због отворене мржње ових других према Србима. Управо имајући у виду нужност сарадње са српским странкама, Хрватска странка права је прекинула преговоре са „Франковцима“ и окренула се не само сарадњи, већ и преговорима око заједничке коалиције ради смене режима. Ови политички процеси кулминирали су 12. децембра 1905. године када је објављен заједнички проглас хрватских и српских странака и то: Хрватске странке права, Хрватске напредне странке, Српске самосталне странке, Српске радикалне странке и Социјалдемократске странке, у коме поред осталог стоји: „Решење несретног хрватског-српског спора јесте предуслов за правилан развој нашег народног живота. Начела једнакости и равноправности човјечанских, грађанских и политичких права јесу основица народне политике која једино може довести до правилног решења хрватско-српског спора. Удружиле су се све хрватске и српске странке у једну чврсту везу са задатком да нашу отаџбину Хрватску сједињеним силама и уз потпору свега хрватског и српског друштва изведу из досадањег несносног стања.“¹¹

Приликом расписивања избора маја 1905. године објављена је хрватско-српска коалиција и поново констатована равноправност Хрвата и Срба и то тако што је истакнуто *да је извор свеколике народне снаге и свих народних пра-*

¹⁰ Исто, стр. 35-36.

¹¹ Исто, стр. 44.

ва и слобода сам хрватски и српски народ, па се зато и поставља захтев општег, тајног, једнаког и непосредног права гласа.¹²

Могућност сарадње Хрвата и Срба у Хрватској наговештена је јануара 1905. године доношењем програма Хрватске сељачке странке Стјепана Радића. Тај програм не само да је предвиђао сарадњу са Србима, већ и са целокупним словенским народним корпусом.¹³

На изборима из 1905. односи победу хрватско-српска опозиција окупљена око Ријечке и Задарске резолуције. И поред свих тешкоћа, подметања, репресије, хапшења њених активиста, ова је коалиција побеђивала на свим следећим изборима, од 1907. до 1913, па је чак опстала и у време Првог светског рата. После пораза Аустро-угарске, Хрватски сабор је 29. октобра 1918. године поништио сваку држано-правну везу са двојном монархијом, прогласио Хрватску независном и прогласио приступање заједничкој сувереној држави Хрвата, Срба и Словенаца, истичући пуну равноправност ових народа и пуну заштиту од сваког мајоризовања. Одлука Хрватског сабора је одушевљено примљена у свим југословенским крајевима, а у Загребу је „маса одушевљеног света, поздрављала слободу и Југославију“.¹⁴

Може се закључити да у свим случајевима када Срби у Хрватској нису били дискриминисани, одн. кад није било претње дискриминацијом, Срби су били спремни за политичку и сваку другу сарадњу са Хрватима. С друге стране, спремност Хрвата за сарадњу са Србима у Хрватској, па понекад и ван ње (нпр. сарадња са државним органима Србије) по правилу се одиграва у ситуацијама тешких политичких криза које прете нагативним последицама по хрватске интересе.

Сукоби

На први поглед изгледа готово парадоксално да су сукоби између Хрвата и Срба у Хабзбуршкој монархији отпочели падом апсолутизма и увођењем парламентаризма. Тензије полако расту од шездесетих година XIX века и достижу врхунац 1894. када две најјаче опозиционе хрватске партије „Странка права“ и „Неодвисна народна странка“ усвајају заједнички програм. Суштина њихове политике заснивала се на „хрватском државном и историјском праву“

¹² Исто, стр. 45.

¹³ У програму поред осталог стоји: Хрвати и Срби су један народ и зато се морају споразумети и у политичком раду; Словенци и Хрвати су једни другима близу и зато треба да раде сложено за заједничку будућност; сви Јужни Словени су једна народна и господарска целина, „те ми Хрвати држимо Србију, Црну Гору и Бугарску својим народним државама“; напредак у просвети и ослобођење од зависности не може се замислити без политичке слободе западних словена (Чеха и Пољака); словенство вреди у свету највише са Русијом и ради Русије. Вид. Исто, стр. 46-47.

¹⁴ Исто, стр. 52.

да створе велику и етнички чисту хрватску државу. То је, наравно, подразумевало негацију, одн. асимилацију српског националног корпуса. *Ergo*, у основи свих тензија и сукоба Хрвата и Срба лежи ово политичко опредељење у ствари свих хрватских политичких партија, које је само било изражено непосредно или посредно, отворено или делимично скривено.¹⁵ Како је политика вештина стварног и могућег, то су и политички односи Срба и Хрвата у окриљу ове монархије имали своје различите фазе.

Представници Срба у хрватском Сабору, као што је речено, сарађивали су са хрватским представницима, али су веровали да главна опасност долази од германизације, посебно имајући у виду снагу уједињене Немачке и њен отворени план „продора на исток“. Због тога су сматрали да није време за кидање веза са Мађарима. Напротив, мислили су да се словенски корпус може пре сачувати под Мађарима, него под Немцима. То је био и политички *credo* Светозара Милетића. Како је, међутим, режим бана Куена Хедерварија вршио све већу репресију, газећи не ретко и нека стечена или чак основна права Хрвата и Срба, при чему су и велепоседници, као и власници финансијског капитала, дакле немачко-мађарски богаташи, безочно изабљивали осиромашене Хрвате и Србе, незадовољство широких слојева бивало је све веће. У таквој ситуацији избија у први план Странка права др Анте Старчевића („Праваши“), која је повела политичку борбу за кидање веза не само са Бечом, већ и са Пештом, одн. за потпуно осамостаљивање Хрватске. Како ова странка, будући да је њен вођа био „екстремни хрватски националист“,¹⁶ није имала ближе контакте са српским странкама, то је изазвало подозрење код Срба, који су се окренули сарадњи са мађарским политичким представницима. Од тада се хрватска политика поларизује: с једне стране Штросмајерова која тражи федерализовање монархије и савез на основама словенства и, с друге стране, Старчевићева која се заснива на хрватском екстремном национализму.¹⁷ Старчевићеви „Праваши“ су порицали само српско национално биће,¹⁸ изложивши их потпуној дискриминацији, што је изазвало жестоку реакцију Срба, који су се сада отворено определили против хрватске независности. Таква је ситуација у потпуности одговарала Хедерварију који је изигравао заштитника Срба, чинио им уступке и привилегије, нарочито у вези црквене и просветне аутономије, а српски представници су, заузврат, у Сабору помагали Хедерварију.

¹⁵ Вид. Руварац, Д., Ево, шта сте нам криви, (прво издање Земун 1895), Јагодина 2008, са предговором академика В. Крестића.

¹⁶ Рибар, И., наведено дело, стр. 17-18.

¹⁷ Старчевић је захтевао „уједињење свих хрватских земаља“, укључујући Словенце као „планинске Хрвате“ и Србе као „православне Хрвате“. Исто, стр. 18.

¹⁸ Нпр. Вук Караџић је тврдио да Хрвати немају ни своје народне књижевности нити своје народне културе, а Старчевић је негирао Србе као народ. Исто, стр. 22.

Хедервари је успео да подели „Праваше“, тако што је омогућио др Јозефу Франку¹⁹ да од дела Старчевићеве странке направи нову странку – Чисту странку права, тзв. „Франковце“, који су још жешће нападали Србе, а иза кулиса служили Хедерварију. Дискриминаторска мржња према Србима коју су ширили „Франковци“, учинила је да се периоди сарадње Хрвата и Срба готово забораве и да се међусобно гледају као највећи непријатељи.²⁰ После избора за Сабор из 1901, када је Хедервари потукао хрватску опозицију до ногу,²¹ да би већ следеће године дао је миг „Франковцима“ који су изазвали готово погром Срба у Загребу,²² а потом Хедервари намеће Хрватима посебан порез ради нак-

¹⁹ Или Јосип Франк (1844-1911), у ствари Јошуа (Џошуа) Франк – Јеврејин који је прешао у католике. Иначе њему и његовој странци припада „заслуга“ да су већ на самом почетку XX века истакли прву геноцидну паролу: „Смрт свим издајцима Србима и посрбицама“ (под овим другим су се сматрали Хрвати опредељени за југословенску идеју).

²⁰ В. шире о томе код Крестић, В., Историја Срба у Хрватској и Славонији 1848-1914, Београд 1991. и Српско-хрватски односи и југословенска идеја у другој половини XIX века, Београд 1988.

²¹ У Сабор је ушло свега 14 хрватских посланика, на супрот 74 владина (међу којима и 23 представника Срба).

²² „Загреб пружа ужасну слику“...пуна четир дана бесомучно и дивљачки лупало, рушило, пустошило, палило и пљачкало све што је српско. И све се то чинило и на дану и у ноћи. И по сред дана рушени су, паљени и робљени српски дућани. И по сред бела дана извукла је заслепљена руља из куће на улици старца Витаса, и ту га мрцварила и полумртва пљачкала. И све се то чинило пред очима полиције и војске.“ ... „И што још више запрепашћује сваког, у колу тих подивљалих коловођа и аранжера, беше велик број не само загребачких, већ и хрватских свештеника, и из свију ближних и даљих села. Место да проповедају хришћанску љубав према ближњему, дошли су да проповедају пустош и уништење свега оног, што је својина братског народа, што је српско.“...“Хајка против Срба није нова у Хрватској, Славонији и Далмацији. Годинама већ она траје, и из године у годину све је оштрија, све је отворенија бивала. У школама хрватским се поучавало о „великој јединственој Хрватској“. У народу хрватском проповедао је језуитизам то исто. И увек се износило како је „влашки накот“, „грчко источњачки одрод“, највећи непријатељ томе. Тај „влашки накот“ тај „грчко источњачки одрод“, ти Срби, оцепили су се од Хрвата не само вером већ и срцем. И они су изроди, који сметају остварењу свију жеља хрватских, они су хрватски највећи непријатељи.“ Лепљени су плакати по граду у којима се позива на бојкот српских трговаца, Срби се називају „византинцима“ и где стоји „gaeca fides nula fides“. Вид. Брэдваревић, К., Арнаутлук у Загребу, Нови Сад 1902, стр. 3-4 и 10. Занимљиво је да је и у то време пропаганда имала велики утицај. Наиме, у Загреб су позивани Хрвати и из унутрашњости да пљачкају (робе и туку) „Влахе“, а „Хрватска омладина показивала је брзојаве како у Београду секу и пеку Хрвате!“, што је наравно била потпуна измишљотина. Иначе, несретни старац Витас, опљачкан и прербијен, на крају је жив запаљен и „док је овај горео, и образоване госпође хрватске, у белим рукавицама и лакованим ципелама играле су око њега, а хрватска господа и хрватска школска омладина певали су хрватску химну: „Лепа наша домовина!“ Хрватска штампа је потом негирала да је уопште било пљачки српске имовине у Загребу, а једино су „Народне Новине“ објавиле да је то неистина, „при чем нарочито истичемо, да о најгрубљем и најсрамотнијем пустошењу и пљачкању у загребачким улицама нијесмо ништа детаилна известили, јер нам патриотички стид није допуштао, да својим извањским читаоцима прикажемо одурно бјеснило раздраћене загребачке светине“. Разуме се да није било могуће сакрити рушилачке демонстрације, пљачку и злочине таквих размера и то усред Загреба, па је о томе „пишу и мађарске и немачке, и друге светске новине“. Исто, стр. 13-14 и 37-39.

наде штете Србима! Примена древног политичког правила „подели па владај“ достигла је, на задовољство Беча и Пеште, свој врхунац.

Политика сукоба према Србима доследно је гајена од многих Хрватских политичара, а добијала је у време међународних криза екстремне облике. Тако су и пре Првог светског рата, у време тзв. Анексионе кризе 1908, хрватски бан Павао Раух и политичар Јосип Франк („Чиста странка права“) склопили споразум, уз одобрење војног врха у Бечу, да у случају рата са Србијом, „да се изврши покољ и исељавање свих Срба из Хрватске“.²³

Период Првог светског рата и злочини посебно у Мачви, али не само ту, чињени нарочито од стране Хрвата у аустроугарским униформама, имају геноцидни карактер, о чему је, као што је општепознато, научно документовано писао швајцарски професор др Арчибалд Рајс. Хрватски емигранти већ од 1915.²⁴ схватају да ће њихов народ поделити судбину ратних губитника и траже све до окончања Првог светског рата припајање Србији, одн. траже уједињење свих Јужних Словена и стварање заједничке државе. То је био главни разлог због кога су се Хрвати, који су добијали похвале од немачко-аустријске команде за своје ратне заслуге на италијанском фронту, појавили на мировној конференцији у Паризу на страни победника (*sic!*), „па су чак саслушани по питању мирнодопских услова“.²⁵ Хрватско питање је са становишта међународног права тада било непостојеће (били су поданици Аустро-угарске и борили се као такви под заставом Аустро-угарске). То су убрзо схватили и емигранти у Италији и (привремено) одуставши од сепаратистичке политике, преименовали Хрватски одбор у Југословенски одбор. Југословенски одбор је био састављен углавном од Хрвата (!) и он је представио савезничким силама, које су ратовеле против сила Немачке и Аустро-угарске, да су Срби, Хрвати и Словенци једна нација, са истим политичким циљевима, док су у фактичком понашању хрватски политичари, чланови Југословенског одбора тежили да Србе из Србије уклоне у потпуности из политичког вођства југословенске уније.²⁶ То је била само једна у низу

²³ Тада се радило о броју од 800.000 Срба. В. Крстић, В., Србија мора да штити националне интересе („Крушедолска беседа 2010“), Грађански рат у Хрватској 1991-1995, Зборник радова бр. 6, Београд 2010, стр. 10.

²⁴ После величанствене победе српске војске на Колубари над царским аустро-угарским армијама 1915. г. Франо Супило (праваш, у јавном животу екстремни Хрват) пише: „једно чудо и један такав историјски догађај, да све оно што смо у повјести учили – од Термопила унапред – није него играрија (...) Ово је нешто велико, какво повјест не биљежи. Можемо мирне душе рећи: сад какогод буде – Србија је своју учинила! И макар би сутра којом несрећом и подлегла јачој сили, којом јој пријете, то је она ипак овом побједом себи осигурала не само сва права на реинтеграцију, него и на ревандикацију свих југославенских земаља њена језика. Е вала јој!“ В. Марковић, Л., Срби и Хрвати, Београд 1993, прим. 6, стр. 169 и ту наведену ширу литературу.

²⁵ „Хрвати су само искористили прилику да избегну последице аустро-угарског пораза.“ В. Марковић, Л., наведено дело, стр. 14 и прим. 4 на стр. 163.

²⁶ В. Исто, стр. 22. Југословенски одбор је, априла 1918., организовао Конгрес потлачених народа Аустро-угарске у Риму. Анте Трумбић је поставио као услов да том конгресу не присуствују ни као чланови, ни као учесници, Срби из Србије. Дакле, Југословенски одбор, који тражи стварање

превара које ће потом уследити.²⁷ Било би, наравно, неосновано тврдити да су за све ове проблеме криви само хрватски политичари. Напротив, традиционално српско странчарење, неслога чак око главних националних питања, борба око власти као једино и најзначајније политичко питање, знатно су допринели, ако не и одлучујуће, успеху хрватске политике. Чак и коришћење недостојних средстава политичке борбе не би могло имати такве ефекте да су се Срби сложили око фундаменталних питања.²⁸

Ипак, треба истаћи да је Никола Пашић прозreo хрватску политику и у једном енглеском листу дао изјаву да је намера званичне Србије да уједини Србе у једну јединствену и увећану државу, при чему то треба да учине и Хрвати и Словенци. Пашић је одмах био нападнут од стране Хрвата, али и неких српских политичара да је издао југословенство. Под тим политичким притисцима, како се не би протумачило да не жели уједињење Јужних Словена, Пашић је одступио од свог става. То је била „прва победа хрватства над српством“.²⁹ Охрабрени тиме, хрватски политичари су убрзо остварили још једну победу, а Срби доживели још једно понижење. Новембра 1918. г., после пробоја Солунског фронта и напредовања савезника у Италији, хрватски политичари су организовали састанак са председником српске владе у Швајцарској, како би се представило да ни Србија, после окупације, није више суверена држава, већ једнака са другим територијама које су биле под Аустро-угарском. На тај начин би се понизио и председник српске владе Никола Пашић, јер би таквим тумачењем био обичан цивил, а не државни званичник. Овај хрватски став подржао је и део српске опозиције! Цела ова хрватска акција имала је само један циљ: спречавање уједињења Срба изван Србије, са Србима из Србије. Трумбић је отворено тражио да се будућа држава заснива на дуализму: једну државну целину би сачињавао целокупни југословенски простор који је раније држала Аустро-угарска и то са седиштем у Загребу, док би другу целину чинила Србија. Трумбићев предлог су подржали Коросец, Чингрија, али и представници српске опозиције! Уколико би ускратио потпис, Пашић би био окривљен

заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца, који сматра да је то исти народ са три имена, не допушта присуство српских представника из Србије (јер нису потлачени од Аустро-угарске). Ово лицемерје и анимозитет су ишли тако далеко да је Трумбић успео да из специјалног вагона, који је француска влада дала учесницима Конгреса, избаци српске политичаре (нпр. др Косту Куманудија)! В. Исто, прим. 7 стр. 170-171. Са друге стране, изгледа да су Хрвати ангажовали свог „лобисту“, енглеског публицисту Ситон Вотсона, који је тврдио да после немачко-аустро-угарске окупације и повлачења војске и владе Србија више не постоји! В. Исто, стр. 28.

²⁷ Пашић је већ тада сумњао да је у питању хрватско манипулисање, али треба имати у виду да је хрватима тада ишла на руку политика Лондона да треба одржати Аустро-угарску као противтежу Русији. В. Исто, стр. 17-19. Таква политика Лондона (страх од Русије, гледање на Србију као природну савезницу Русије, стах од било каквог уједињавања, чак зближавања православних земаља на било каквим основама) се континуирано спроводи до данас, а јасно се показује у сваком кризном периоду.

²⁸ В. Исто, стр. 29 и даље.

²⁹ Изјава за јавност дата листу „Morning Post“, октобра 1918. г. В. Исто, стр. 31-32.

за распад уније, па је то био разлог што је и он пристао. Ипак, краљ и влада су ускратили потписе, тако да Женевски закључци нису имали правно дејство, али су остали као трајан споменик хрватске превртљивости, али и срамне улоге коју је одиграла тадашња српска опозиција.³⁰

Победа Срба у Првом светском рату и помало брзоплето, а свакако недовољно промишљено (нарочито по начину и правно недовољно утемељеним одлукама) стварање нове државе, прво Краљевине СХС, па Краљевине Југославије, само је привидно умањило већ дубоко укорене политичке тензије, које чекају нову прилику да се поново разбукте. Хрватске политичке партије, уз свесрдну подршку католичког клера, временом све више инсистирају на тзв. „Хрватском питању“. Фашистичка Италија и нацистичка Немачка налазе свој интерес да подстрекавањем хрватског шовинизма слабе Краљевину Југославију. Под великим међународним притисцима, већ окружена и фашистичко-нацистичким сателитима, Краљевина Југославија покушава да уступцима хрватским захтевима умањи политичке тензије и притиске, прво 8. октобра 1937. и најзад 26. августа 1939. године.

Последњи споразум о „привременом решењу Хрватског питања“ сачињен је између Драгише Цветковића и др Влатка Мачека (вође Хрватске Селјачке Странке – ХСС-а). Овај споразум формално не укида важећи Устав (од 3. IX 1931), али фактички укида не само поједине његове одредбе, већ и његову основну концепцију, јер уместо унитарне државе удара темеље федерализма заокружујући и у доброј мери издвајајући Бановину Хрватску као посебни правно-политички ентитет. Споразум из 1939. године уређује територију Бановине Хрватске, њену нову правну организацију, установљава скупштину, „Сабор“, и преношење многих надлежности са централне власти на Хрватску. Многи су у томе видели разбијање и почетак краја државе, али било је и оних српских политичара и интелектуалаца који су не само оправдавали, већ и, са начелних разлога, хвалили овакво решење.³¹

Наравно, ово није било решење проблема. Напротив, само је олакшано постизање оног циља хрватских политичара који је и био основни узрок свим сукобима. То се сасвим јасно показало непуне две године после усвајања „споразума о привременом решењу Хрватског питања“, јер је Други светски рат,³² према становишту већине хрватских политичара и фактичком понашању

³⁰ Исто, стр. 33-34.

³¹ Тако су „федералисти“ Јаша Продановић, др Војислав Вујанац, Војислав Гојковић, Драгољуб Илић, Владимир Симић и др Младен Жујовић 1. II 1940 године објавили апологетску брошуру под насловом „Споразум са Хрватима“.

³² Хрватске политичке игре достижу свој зенит у Другом светском рату. Неоспорни лидер Хрвата у Краљевини Југославији др Мачек, као потпредседник владе, честита председнику владе Цветковићу његову одлуку да 25. марта потпише Тројни пакт, а два дана касније када је Цветковић пучем збачен, заједно са намесником кнезом Павлом, придружује се пучистичкој влади генерала Симовића која срља у рат са Немачком и њеним савезницима. Његова је намера

већине, пружио прилику за дефинитивно решење „Хрватског питања“, преко познатог рецепта челника Независне Државе Хрватске да трећину Срба треба превести у католичанство, трећину протерати, а трећина мора умријети. Та политика донела је геноцид над Србима, који је по начину извршења, и то треба подвући, био знатно гори него холокауст који су Немци спроводили над Јеврејима у својим логорима смрти.³³ Тај острашћени геноцид над Србима у НДХ не може се разумети без анализе улоге дугорочне ватиканске политике, што је и учинио на највишем научном нивоу проф. др Виктор Новак, будући да су му, као научном сараднику Ватиканског архива, били доступни бројни извори до којих други нису могли доћи.³⁴

Како су усташки злочини као део званичне политике НД Хрватске, угрожавали и немачке интересе, јер су Срби, спасавајући се од усташке каме одлазили или у четнике или у партизане, и тиме су објективно доведени у положај непријатеља Врмахта, Нојбахер је предлагао Хитлеру да расформира НД Хрватске, а та идеја се, према Нојбахеру, Хитлеру допала, али није имао поверење у Србе, тако да није узета у дубље разматрање.³⁵ Није незанимљиво, што је готово истоветно неповерење према Србима гајио и Черчил, који у својим мемоарима ламентира над судбином Аустро-угарске, залажући се за

била јасна – уништењем Југославије (којој је дао заклетву), оствариће се независност велике Хрватске. После рушења Краљевине Југославије од стране наци-фашистичких сила Хрвати су спремни за све варијанте: огромна већина приступа Анти Павелићу, друга група (др Хрњивић и др Шутеј) седи као део југословенске владе у Лондону и трећа са др Мачеком која се држи пасивно и чека крај рата. В. Марковић, Л., наведено дело, стр. 116-117.

³³ Према попису из 1890. у Хрватској и Славонији (дакле без Далмације у којој је био висок проценат Срба) било је 25,95% Срба у односу на укупан број становника, а према попису из 1948. и то заједно са Далмацијом, било је 12,2% Срба. Данас у целој Хрватској има око 2% Срба. Вид. предговор В. Крестића наведеној књизи Д. Руварца, стр. XXVII, прим 23. начин истребљивања Срба у Хрватској наишао је на негодовање, чак и згражавање самих немачких официра, који су злочине над српским народом окарактерисали „најгрознијим масовним убиствима у светској историји“, како је то рекао у јесен 1943. године Херман Нојбахер, главна немачка личност (специјални опуномоћеник Министарства спољних послова) за цео Југоисток. Нојбахер је констатовао да је она последња трећина Павелићевог плана која говори о Србима који морају умрети заиста испуњена и констатује да водеће усташе тврде како је заклано милион православних Срба, укључујући одојчад, децу, жене и старце, али сматра да су претерали у броју, јер према немачким извештајима „број закланих је износио три четврти милиона“. Вид. Казимировић, В., Немачки генерал у Загребу, Крагујевац-Београд 1996., стр. 98-99. Против злочина које су усташе починиле према Србима уложио је протест и генерал Глез фон Хорстенау, а о томе је обавестио и Берлин, нпр. септембра 1942. пише: „Ова станишта грозне у Хрватској, под поглавником кога смо ми устолочили, врхунац су ужаса...“. Исто, 97.

³⁴ Вид. Новак, В., *Magnum crimen*, Загреб МСМXLVIII - Београд МСМLXXXIX.

³⁵ Разматрана је могућност смиривања ситуације на Балкану тако што би се укинула НДХ и створила једна „великосрпска“ федерација са М. Недићем на челу. Хитлер је нашао да је идеја занимљива, али је сматрао да Немачка никад не сме допустити да на Балкану један народ са осећајем за политичку мисију постане премоћан. „А Срби су“, како је то рекао Хитлер, „један такав народ. Они су показали да имају велику државотворну снагу...и ја имам озбиљне разлоге да овај народ нарочито не охрабрујем у његовим стремљењима“. Исто, стр. 157, прим. 33.

стварање неке врсте дунавске федерације са седиштем у Бечу.³⁶ Можда је то део део одговора на питање због чега је званични Лондон све време рата, иако је примао из различитих извора извештаје о стравичним злочинима, геноциду над Србима у НДХ, то минимализовао и заташкавао.³⁷ Југословенска влада, премештена у Каиро, трпела је британска понижења (нпр. пуштање искључиво извештаја Брозове пропаганде преко радија „Слободне Југославије“, а вести које су долазиле од стране генерала Михаловића су стављане под ембарго као „могуће узрочнике повреде британских интереса у Југославији“), због наде, подгреване све време трајања рата, да ће искрцавање савезници бити управо на југословенској обали.³⁸

Завршетком Другог светског рата Срби су се поново нашли на страни победника и још једном калкулацијом великих сила прошли горе него други народи који су били на страни сила Осовине. Британска влада је у потпуности издала Владу Краљевине Југославије која је и чинила током рата све што јој је Лондон диктирао и довела на власт Броза, који је фактички аболирао Хрвате (посебно кроз парољу „братство-јединство“ која је спровођена ригорозно, тако да се о усташком геноциду није смело ни говорити, а још мање писати)³⁹ за геноцид над Србима, поделио територију на којој су Срби имали већину и ставио овај страдалнички народ под режим комунистичке диктатуре. Уз то, Броз је упорно радио на изједначавању кривице Анте Павелића и Драже

³⁶ Вид. Черчил, В., Други светски рат, т. I-VI, Београд 1965, нарочито стр. 9-10, 381-382, 659, 667-668, 743-744.

³⁷ Вид. Ђуретић, В., Савезници и југословенска ратна драма, Београд 1985., т. I, стр. 72-107. „Ноћи дугих ножева“ већ су биле почеле у мају 1941. године. У јуну, јулу и августу завладао је мрак у коме су нестајале стотине хиљада људи. До српских матица стизале су вијести, а са доласком избјеглица чули се и јауци – о јамама Херцеговине и крвавим згариштима Босанске и Книнске крајне, Кордуна, Баније, Лике, Славоније, о бјесу муслиманског вјерског фанатизма по источобосанским и средњобосанским касабима – о још једној репризи Косова на Косову.“ Вести о покољима Срба и то само у лето 1941 од око 300.000 стизале су посредством агенција неутралних смештених у Цариграду, Анкари, Берну и Лисабону, али „када су стигле прве потврде, хрватски министри (у југословенској влади у Лондону, *нап. О.А.*) су уз помоћ неких британских пријатеља почели развијати стратегију која је имала за циљ: а) да злочин директно веже за предатну „великосрпску хегемонију“; б) да усташки терор умањи и прикрије окупаторским; ц) да антифашистичком отпору да изразито југословенски карактер; д) да све –жртве сведе око заједничког југословенског страдалачког именоватеља.“ ...“Један од главних пројектаната оваквог курса др Јурај Крњевић, наступао је са инсинуацијама о „старој српској завјери против Хрвата“, настојећи да увјери британске званичнике да је у питању дубље, чак „цивилизацијско разилажење“ са Србима.“ Исто, стр. 74-76.

³⁸ Вид. Ђуретић, В., т. II, стр. 27-29. Није без значаја напоменути да се америчка политика, о овом питању, није слагала са британском, јер је Рузвелт био више за помоћ званичној југословенској влади, па тиме и генералу Михајловићу. Исто, стр.29-32 и даље.

³⁹ Професор Правног факултета у Београду др Лазар Марковић је кажњен вишегодишњом робијом због **необјављеног** рукописа о усташком геноциду над Србима. Умро је непосредно после пуштања из затвора, у коме се, после кратког времена проведеног на слободи, поново нашао, али овај пут чак и без формалног суђења.

Михајловића, што је било и формално и суштински немогуће, али је имало за циљ прикривање стравичног геноцида који је хрватска држава⁴⁰ учинила над Србима, као и основ за злочине над припадницима четничког покрета широм Југославије⁴¹ и тешку репресију над свим идеолошким противницима његовог режима.⁴²

Многе наци-фашистичке политичаре и официре који су спроводили геноцид,⁴³ нарочито над Јеврејима, стигла је по завршетку Другог светског рата заслужена казна. Међутим, Павелића и Артуковића, хрватског Хитлера и Химлера, као на жалост и многе друге усташке злочинце, којима би по свим правилима тога времена, нарочито имајући у виду *Нирнбершки процес* требало судити у нпр. *Јасеновачком процесу*, Запад је заштитио и дао им уточиште (при чему је и Ватикан, преко својих „пацовских канала“ одиграо врло значајну улогу). Све то отвара озбиљно научно питање (правно и политичко, о етичком да и не говорим) због чега су Срби подвргнути једној таквој фаталној дискриминацији и то не само од својих непријатеља, већ и од својих формалних савезника?

Екстремна хрватска политика толерисана је и у време СФРЈ. Тако је 1971, тзв. „Маспок“⁴⁴ ширио антисрпску хистерију због „опасности“ по хрватске националне интересе од стране Србије. У то време су предузећа из Србије била

⁴⁰ Зато се у послератној литератури и инсистира на томе да НД Хрватска и није била права држава, већ нацистички сателит и сл. Међутим, НДХ је, нажалост, по свим атрибутима била држава.

⁴¹ Брозове репресалије су у Србији биле увек теже у односу на оне у Хрватској. „Историчар Миле Бјелајац цитира речи Јаше Продановића 1945. да се казна од 12 година робије у Хрватској претвара у смртну казну у Србији.“ В. Екмечић, М., *Дуго кретање између клања и орања*, Београд 2008., II допуњено изд., стр. 513.

⁴² Врло ефикасно спровођење овог плана, уз велику материјалну (посебно војну) помоћ са Запада, указује на вероватни садржај договора Броза са Черчилем и Ватиканом које је обавио пре но што му је предата власт над Југославијом. Неповерење Запада (у овом случају посебно британске политике) према српском народу због његове вишеструке блискости са Русима, довело је до потпуне негације политике избегличке Владе у Лондону (која је, разуме се, радила управо по инструкцијама Лондона), чак и присиљавања краља Петра II на издају како државе тако и сопствене династије (када је преко радија позвао четнике да се ставе под Брозову команду). Такав став Запада (уз часни изузетак генерала де Гола) омогућио је и егзекуцију над генералом Д. Михајловићем (војним министром у Влади Краљевине Југославије) у форми фарсе од суђења, што је био модел и за остале политичке процесе у време Брозове диктатуре. Ускоро потом, 1948. г., Броз прекида везе са сваком врстом руског (совјетског) утицаја и елиминише Србе, високе функционере и официре његовог режима, кроз голоотичке процесе, и добија енормну помоћ (у храни, новцу и наоружању) Запада, која му омогућава да постане неприкосновени диктатор Југославије.

⁴³ В. и Булајић, М., *Усташки злочин геноцида, I-IV*, Београд 1988-1989; Аврамов, С., *Геноцид у Југославији у светлу међународног права*, Београд 1992.

⁴⁴ Лидери „Маспока“ (тада чланови Комунистичке партије, тј. Савеза комуниста) су се нашли међу оснивачима „ХДЗ“-а, тј. Хрватске демократске заједнице, као екстремно шовинистичке, (про)усташке политичке партије са Фрањом Туђманом на челу, који већ тада истиче да је НДХ била израз историјских (повјесних) тежњи хрватског народа.

знатно успешнија у привредној утакмици у односу на предузећа из других република, па је под политичким притиском извршена тзв. „Оуризација“ предузећа, у ствари отимање имовине српских „фирми“ која се нашла на територији других република, посебно у Хрватској (случај „Генексовог“ хотела „Кроација“ у Цавтату⁴⁵ и др.), да би исте године, били усвојени Амандмани на Устав СФРЈ, који су били правни оквир за разбијање федерације, што је потврдио и појачао Устав из 1974. г., управо када је (Хрват) Броз био на врхунцу моћи. Све те уставне „реформе“ омогућиле су даље погоршавање положаја Срба у целој СФРЈ и увод у даљу дискриминацију. Тако је нпр. хрватски Сабор маја 1989. г. покренуо иницијативу да се Срби избришу као конститутивни народ из Устава (што је касније и учињено), а Законом о језику из исте године избачен је српски језик и хрватски проглашен јединим званичним језиком у Хрватској.

Догађаји у вези рушења Југославије деведесетих година прошлог века, само су били логичан след „свих ових претходних политика“.⁴⁶ Хрватска је 1995. године „учинила одлучан напор да сатре и етнички очисти велики број Срба који су остали на хрватској територији“ (ради се о грађанима Хрватске). „То су прво учинили српским становницима западне Славоније у операцији „Бљесак“, у мају 1995. Касније, и у много већим размерама, Хрватска је, у августу 1995, започела операцију „Олуја“ против Срба који су живели у области Крајине, где Хрватска има веома дугачку границу са Босном и Херцеговином. Ове операције добиле су америчку помоћ у материјалу, као и обавештајну и дипломатску подршку.“⁴⁷ Операција „Олуја“ је, према западним изворима протерала 250.000 Срба из Крајине (у зонама под заштитом Уједињених нација!), убијено је више хиљада Срба, укључујући децу и жене. Када је Савет без-

⁴⁵ Мика Трипало, један од лидера „Маспока“, истиче да се Југославија не може одржати присилно и да је главни извор проблема концентрација капитала у Београду. Броз даје подстрек таквој „маспоковској“ политици изјављујући да треба спречити „Генексу“ улазак у нафтну индустрију, и да хрватски политичари треба да „гурају“ своју политику и на базиру се на њега. В. Диклић, М., Европска унија и српско-хрватски односи, Београд 2010, стр. 138.

⁴⁶ Готово је невероватно да се и даље, нарочито на Западу и у Хрватској (наравно и у албанској и муслиманској пропаганди), подржава очигледна неистина да су Срби и Милошевићева политика криви за распад Југославије и посебно за рат на територији Социјалистичке Републике Хрватске (касније без „Социјалистичке“) и да у томе учествују и неки српски „интелектуалци“. Изгледа да треба непрестано понављати ноторну чињеницу, а то је говор (Брозовог генерала и потоњег председника Хрватске) Фрање Туђмана од 24. марта 1992. г., који је одржао на Тргу бана Јелачића у Загребу и где је дословно рекао: „Рата не би било да га Хрватска није жељела! Али, ми смо проценили да само ратом можемо изборити самосталност Хрватске. Због тога смо водили политичке разговоре, а иза тих преговора формирали оружане постројбе. Да нисмо то урадили не бисмо дошли до циља. Значи: рат је било могуће избјећи само да смо ми одустали од наших циљева, то јест, од самосталности хрватске државе“. Дакле, шеф хрватске државе признаје кривицу за отпочињање рата, јасно открива и мотив, а онда Хрватска тужи Србију за агресију и геноцид! Заста, да није трагично било би потпуно комично. Да је такву, или сличну изјаву дао Слободан Милошевић, убеђени смо да би то била прва тачка оптужнице против њега у хашким процесима.

⁴⁷ Вид. Herman, S. – Peterson, D., Политика геноцида, Београд 2010., стр. 81-82.

бедности УН разматрао ситуацију у БиХ и Хрватској, амерички амбасадор М. Олбрајт је истакла да је врло важно да се „пажња међународне заједнице усредсреди на лош положај избеглица из Сребренице и Жепе“, не помињући етничко чишћење огромних размера у Хрватској.⁴⁸ Да ствар буде гора, у хашким процесима су примењени тзв. двоструки стандарди, што је само друго име за дискриминациону неправду. Наиме, у случају против Србина Радослава Крстића, Трибунал је у вези Сребренице прихватио геноцидну квалификацију, ако би постојала намера да се искорени група у оквиру ограничене географске области као покрајина или чак општина,⁴⁹ а хрватско етничко чишћење четврт милиона Срба, са хиљадама убијених и рањених, укључујући одојчад, децу, жене, старце, није квалификован као геноцид! Амерички амбасадор Питер Галбрајт је чак негирао квалификацију „етничко чишћење“, иако је она доминирала у извештајима средстава информација: у изјави за радио Би-Би-Си, рекао је, а то није етничко чишћење, јер је „етничко чишћење ако га врше Срби против Хрвата и Муслимана, али није ако га спроводе муслиманско-хрватске снаге против Срба“ (*sic!*).⁵⁰

Начело непроменљивости граница у Европи није поштовано само у односу на Југославију и Србију и то на штету српског народа. Прихватање Републике Кипар у Европску унију као целине иако постоји факт окупираног северног дела од стране Турске, а одбијање истог тог модела за Републику Србију чији је један део био под управом УН (дакле лакше решив проблем него што је кипарски), па признавање независности (сецесије) јужној српској Покрајини, све то указује на грубу правну дискриминацију од стране ЕУ и САД према српском народу и Републици Србији. Журба Хрватске да призна независност тзв. „Републике Косово“, не може се сврстати у лекове којима се превијају старе ране, напротив.

Закључак

Заједнички именилац односа западних зараћених страна у оба светска рата према Србима, али и у време мира, као и у време политичких тензија све до грађанског рата у самој Југославији, али и нарочито после тог рата, може се свести на једну реч: ДИСКРИМИНАЦИЈА. Корен и константа ове дискриминације имају три узрока. У погледу оцене важности, дакле и редоследа узрока који следе, аутор ових редова није сасвим сигуран. Могуће је да је неки доминантан, али није немогуће да су у основи равноправни, па оцену препушта читаоцу.

⁴⁸ Исто.

⁴⁹ Пресуда IT-09-33-T, од 2.08.2001., пас. 589.

⁵⁰ Вид. Herman, S. – Peterson, D., наведено дело, стр. 83.

Први је геополитички који се огледа у неповерењу западних сила (традиционално под вођством Велике Британије) према српском народу, јер сматрају да су Срби у ствари „мали Руси“ и да ће се, када то допусте међународне прилике, окренути најближем савезништву са Русијом.

Други је такође геополитички, а то је историјски сукоб Немаца са Србима у оба светска рата у коме су Срби, барем формално, изашли као победници, при чему је уништена једна моћна (у суштини) немачка држава – Аустроугарска, а Трећи Рајх је због непланираног сукоба, условљеног српским пучем у Краљевини Југославији, изгубио повољне климатске услове за рат против СССР-а, што је, уз непланирано држање бројних дивизија на територији окупираних Краљевине Југославије, знатно отупело ударну моћ Хитлерове ратне машине и чинило један од фактора који је одлучио исход Другог светског рата. Доказ зато су и огромни притисци, апсолутно непримерени савременим међународним односима и међународном праву (неодољиво подсећају на притиске Трећег Рајха у предвечерје Другог светског рата) Немачке да се призна сецесија њихових хрватских верних савезника (из светских ратова) од државе оснивача Уједињених нација, са међународно признатим и гарантованим границама (УН и ОЕБС). Отуда и острашћене изјаве немачких државних и квазидржавних челника, које су се могле чути само пред Други светски рат и које се могу сврстати и у категорију подстрекавања на геноцид!⁵¹

Трећи је верска искључивост, фанатизам, острашћеност католичке цркве према православним хришћанима.⁵² Верска дискриминација, произашла из ове

⁵¹ Хелмут Кол, у својству канцелара Немачке, изјавио је почетком 1998.: „Нека се Срби подаде у сопственом смраду“, а априла исте године у интервјуу келнском радију „Пред читавом међународном заједницом је задатак да обузда Србе“. Клаус Кинкел, министар спољних послова Немачке, изјавио је маја 1992.: „Србе треба натерати да клече!“. Војна ревија „Бундесвер 2000“ у издању за 1994.: „Да, јунаштво! Већ смо једном успели да Југославију учинимо послушном: 7. априла 1941. Ми смо у блицкригу против Југославије разорили део Београда у подухвату ‘Суд кажњава’. У тој традицији ми видимо како се рађа учешће летовима АВАКС изнад Босне и у мисији НАТО... Друштво Народа зна колико је мир важан за Немачку. Ми смо то доказали већ два пута у овом веку. Јунаштво је опет данас, као пре 50 година, врлина наших војника. Ми смо поново ту!“ Алоиз Мок, бив. министар иностраних послова Аустрије, рекао је у интервјуу загребачком „Вјеснику“ 1994.: Србија није примерено кажњена за све што је проузроковала на просторима бивше Југославије“. Андреас Кол, аустријски политичар, изјавио је августа 1992.: „У интересу је Срба да терорису цивиле. То је део и парцела плана за Велику Србију“. Ото фон Хабзбург, несудјени наследник аустроугарске круне, изјавио је маја 1994.: „Шефови бандита као што су Аидид у Сомалији и Милошевић у Србији имају исту идеологију и делују на исти начин. Ако Запад буде изгубио у бившој Југославији, то ће бити победа не само тоталитарне власти Београда, већ и свих бандита на свету“. Управник концлагора Јасеновац Динко Шакић, не само да је избегао сусрет са правдом, захваљујући западним менторима, већ је у хрватском „Магазину“ за јануар 1995. изјавио: „Жао ми је што нисмо учинили све оно што нам се приписује, јер да смо то тада учинили, данас Хрватска не би имала проблема, не би имао тко писати измишљотине“. Ове и многе друге сличне изјаве објављене у у књизи Зорана Петровића Пирочанца „Избрисати српски вирус“, друго изд., Београд 2002. г.

⁵² Треба увек имати у виду значај клерикалне политике која је у свим кризним ситуацијама, у

нетолеранције, прерасла је у правну дискриминацију, а она је пак предуслов свих злочина који су тако тешко оптеретили српско-хрватске односе.

Продужена геноцидна политика над српским народом није некакав догађај који је донела случајност прилика, нити безумни акт шачице злочинаца, којих има у сваком народу и то како у редовним тако и нарочито у ратним приликама. Не може се заборавити чињеница да хрватски политичари нису тражили самосталну етничку Хрватску, већ тзв. велику Хрватску која захвата и велики етнички српски простор са неколико милиона Срба, са планом етничког чишћења тог простора и то путем геноцида. Отуда се узроци, појавни облици и мере такве политике морају научно, дакле непристрасно, објективно анализирати и истинито представити како домаћој, тако и међународној јавности. То је, према нашем мишљењу, *conditio sine qua non* трајног помирења, јер оно подразумева како правду (за жртве, за њихове потомке али и за њихов народни колективитет) тако и милосрђе (једна од хришћанских врлина која, уверени смо, треба да спаја православне и католичке хришћане), али засноване на стварним чињеницама. Ковачи лажне историје могу само, нажалост, да кују оружје до следеће прилике.

Иако забрањена у свим релевантним изворима међународног права, нарочито после Другог светског рата, **дискриминација** и даље прати српски народ и све облике остваривања његове државности и политичког деловања. А онај ко је дискриминисан, он је и понижен, а понижење није добар основ за сарадњу, разумевање и помирење. Управо је та дискриминација давала полета хрватској политици да повремено добија екстремне облике, све до најгрубљих повреда људских права српског народа (у Другом светском рату и јеврејског народа) који су ишли до геноцида и то у његовом најстравичнијем облику и са трајним последицама. У оквир дискриминације спада и негирање стеченог права Срба и то још у XIX веку да буду потпуно равноправни (конститутивни народ) са Хрватима, које је потврђивано неколико пута у историји, да би тзв. децембарским Уставом Хрватске било нелегитимно одузето.⁵³ При-

којима је спољни фактор био повољан за хрватску страну, изазивала тешки последице по српски национални корпус. У ствари, на етичке границе „хрватства“ нису одлучујуће утицале политичке партије, већ католички покрети. Тако је за Штросмајерову Народну странку после 1860. г. ова граница била на Врбасу и Пливи, али је Први католички еухаристички конгрес 1900. г. у Загребу граници померио чак на Дрину! Од тада све хрватске странке гледају на Дрину као хрватску етничку границу. В. Екмечић, М., наведено дело, стр. 301. Беч је за своју балканску политику тражио подршку Ватикана и добио је. У папској посланици од 28. XII 1878. г. је оптужена православна црква (као најнепријатељскији елемент који се супротставља католичкој цркви на Истоку) за све словенске покрете на чијем је челу Русија. Тај западни стереотип русофобије из кога произлази и србофобија, константа је политике западних великих сила, због кога су Срби у својој историји пропатили небројено пута. Тај стереотип влада и данас и даје ветар у једра хрватске политике на штету Срба. В. Исто, стр. 306-308.

⁵³ Не треба заборавити ритуално-варварско спаљивање ћириличних књига у Хрватској 1991. године, које у потпуности одговара свом нацистичком узору, а да је притом само један једини хрватски интелектуалац подигао свој глас протеста - др Милан Кангрга. Треба се запитати како

кривати отворену дискриминацију коју чини Хрватска према Србима са тог подручја (тајне оптужнице, монтирани процеси, немогућност повратка отете имовине, проблем станова, ометање фактичко али и правно повратка избеглица, избегавање суђења или извршавања правноснажних кривичних пресуда када су жртве Срби и сл.), али и према Србији (тужба за геноцид, признање сецесије Косова и Метохије, непрекидна антисрпска пропаганда у средствима информисања, привредна дискриминација, наговештаји хрватских званичника о повратку на изворне принципе Туђманове политике)⁵⁴ није пут ка стварном и трајном помирењу. При томе мора се увек имати на уму да хрватска политика у последњих век и по показује екстремне амплитуде: када су угрожени хрватски политички интереси од трећих, сарадња са Србима досеже и висок степен,⁵⁵ али када такве претње нема, сукоби са Србима се појачавају до границе толеранције одлучујућих фактора у међународним односима. Са друге стране, српска политика, у најширем смислу те речи, према другим народима, укључујући и Хрвате, није попримала екстремне облике, и та чињеница и Србима и српским државама служи на част.⁵⁶

Разуме се да треба да буде поздрављен сваки покушај побољшања међуљудских и међународних односа, али путем неправде и даље дискриминације, тај покушај ће, на дуже стазе, бити осуђен на неуспех. Кључ правде и једнакости није, нажалост, у рукама Срба, он је у власти светских моћника и непосредно зависи од тренутног распореда снага у међународним односима.

је могуће да је у Немачкој и Италији, нпр., забрањено истицање фашистичких и нацистичких симбола (застава, грбова и других инсигнија), а у Хрватској није? Повод побуне крајишких Срба је било истицање хрватске заставе која је неодољиво подсећала на заставу НД Хрватске под којом се одигравао четворогодишњи геноцид и насилно уклањање двојезичних табли са именима места у којима су претежно живели Срби (тзв. балван револуција).

⁵⁴ Да ли је то наслањање на Туђманов политички програм чији је део изложио и на Конференцији одржаној у Немачкој 1989. г. када је рекао да када он буде председник Хрватске тло у Крајни ће бити црвено од крви? Али и политике побољшања односа са Србијом, уз уста шефа кабинета председника Хрватске, „чим буде мање Срба у Хрватској“. В. Крстић, В., наведено дело, стр. 11-12.

⁵⁵ Како се ближи пријем Хрватске у Европску Унију треба очекивати њихов предлог о поравнању у вези тужбе Хрватске за геноцид и противтужбе Србије пред Међународним судом правде у Хагу. Може се чути и из стручних кругова да би поравнање било у интересу Хрвата и Срба... Нама се чини да поравнање није, на жалост, у нашем националном интересу. Брзова диктатура је једном аболирала Хрватску за стравични геноцид над Србима и ако би се то учинило и сада, то би био нови злочин над несумњивим жртвама геноцида, признање свих користи које је Хрватска постигла понављањем геноцида (који пак злочин није подложен застарелости) и нови подстрек за старо понашање. Право помирење се мора заснивати на истини.

⁵⁶ „Неспорно је, и Србима у целини служи на част, што никад нико међу њима није стварао онакве крволочне планове какве су стварали поменути Хрвати и какве је намеравао да спроведе Фрањо Туђман. Међутим, ми смо дужни, после свега кроз шта смо прошли, како у време Другог светског рата, тако и у време разбијања Југославије, да се суочимо са чињеницама, да схватимо ко нам је и зашто нанео зло, да зло никад не заборавимо, али и да не дозволимо да се оно било кад понови.“ Крстић, В., наведено дело, стр. 11.

Када би мали народи били свесни свих консеквенци промена ових односа и чешће се упитали, као што је то чинио најбољи римски судија Луције Касије – *Qui bono* – можда би било мање сукоба и, тиме, мање разлога за мање или више основана или искрена извињена. Међутим, и 15 и 20 и 30 и тд. година касније, извињења морају бити праћена сасвим конкретним делима, нарочито у сфери права и правде, али и медија који могу да и саму правду обесмисле или јој дају пуни смисао. Оно што је до сада долазило из Хрватске нажалост није охрабрујуће. Нама остаје нада да ће једнога дана и на овим просторима разум домаћих надвладати над интересима странаца, јер све док се то не догоди правда ће stradати под чизмом интереса и најнеправеднији ће извлачити профит из сопствених злочина, а неподношљива неправда је само увод у нове сукобе и неизбежне злочине.

ОБАВЕЗЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У ПРОВОЂЕЊУ ЧЛАНА 8 ОКВИРНЕ КОНВЕНЦИЈИ О КОНТРОЛИ ДУВАНА СВЈЕТСКЕ ЗДРАВСТВЕНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Проф. др Станка Стјепановић*

Апстракт: Доносећи Оквирну конвенцију о контроли дувана, Свјетска здравствена организација је утврдила циљ конвенције и њених протокола. Полазећи од тога да је епидемија дувана у успону и да је годишњи трагични биланс шест милиона мртвих, Свјетска здравствена организација, као главни циљ доношења Оквирне конвенције, одређује заштиту становништва од изложености дуванском диму. Босна и Херцеговина је 10.07.2009. године ратификовала ту конвенцију. Република Српска и Федерација БиХ су у обавези да своје законодавство ускладе са обавезама које за Босну и Херцеговину проистичу из те Конвенције. Ауторка у овом раду указује на обавезе Републике Српске у вези примјене члана 8 Оквирне конвенције, којом је предвиђена заштита становништва од изложености дуванском диму. Полази од чињенице да у Републици Српској постоје закони који дјелимично регулишу ову област забране пушења на јавним мјестима, али се они практично не проводе. Јавна мјеста су углавном задимљена. Који су начини да законодавство у Републици Српској ријешити проблем штетних посљедица дуванског дима, у складу са препорукама Конвенције СЗО? Ауторка предлаже да се, у циљу заштите од изложености дуванском диму, у Републици Српској донесе закон о забрани пушења не само на јавним мјестима, већ и на улици, свим превозним средствима и свим просторима у којима бораве дјеца, укључујући и базене и паркове. Користећи праксу у примјени забране пушења у неким земљама, које већ неколико година имају тоталну забрану пушења на јавним мјестима, она врши анализу могућих крахова у угоститељству и туризму усљед увођења тоталне забране пушења. Долази до закључка да би тај пад посјећености угоститељских објеката био привремен, а да би се постигло оно што је најважније, добила би се здрава

* Проф. др Станка Стјепановић, редовни професор, Правни факултет Универзитета Источно Сарајево

животна средина и смањило одлив новца у здравствене фондове за лијечење од болести које изазива пушење дувана. Према званичној статистици, бројно стање пушача у Републици Српској и у Федерацији Босне и Херцеговине је алармантно, а још угроженост је будућност наше дјеце, која су у 90% случајева изложена дуванском диму.

Кључне ријечи: *контрола дувана, угроженост, живот, здравље, забрана, заштита.*

1. УВОД

Опасности од дуванског дима су велике. Он годишње убије 6 000 000 људи. У производњи дувана троше се хиљаде кубика плућа наше планете - дрва. Свјетска здравствена организација је у Преамбули Оквирне конвенције о контроли дувана констатовала да је ширење епидемије дувана глобални проблем, с озбиљним посљедицама за јавно здравље и да то захтијева најширу могућу међународну сарадњу и учешће свих земаља у ефикасној, одговарајућој и свеобухватној међународној акцији. Скупштина Свјетске здравствене организације је Оквирну конвенцију усвојила 21.05.2003. године, а она је ступила на снагу 27.02.2005. године. До данас су тој Конвенцији приступиле 173 земље.

У другом дијелу, у члану 3 конвенције, описује се који су циљеви конвенције: „Циљ ове конвенције и њених протокола је да се садашње и будуће генерације заштите од погубних здравствених, социјалних, еколошких и економских посљедица потрошње дувана и излагања дуванском диму, тако што ће се створити оквир за мјере контроле дувана, које ће стране примјењивати на националном, регионалном и међународном нивоу, како би се трајно и значајно смањила доминација дувана и излагање дуванском диму.“

Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине је 10. јула 2009. године ратификовала Оквирну конвенцију о контроли дувана СЗО и обавезала се да ће оба ентитета у свом законодавству проводити препоруке прописане Конвенцијом. Самим тим, Босна и Херцеговина је пристала на испуњење свих обавеза које се налажу у овој конвенцији земљама потписницама. Које обавезе из тога произлазе за Републику Српску? Она има раније донесене законе, којима је био циљ забрана пушења и рекламирања дуванских производа, и то: забрана продаје дувана и дуванских производа особама млађим од 18 година¹, забрана рекламирања дувана и дуванских производа² и забрана пушења дуванских производа на јавним мјестима³. За контролу провођења Закона о забрани пушења

¹ Службени Гласник Републике Српске, бр.46/04,74/04,96/05,92/09.

² Службени Гласник Републике Српске, бр.46/04,74/04,96/05,92/09.

³ Службени гласник Републике Српске, бр. 46 /2004,74/04,92/09.

дуванских производа на јавним мјестима надлежна је здравствено-санитарна инспекција, инспекција рада, комунална полиција и полиција.⁴ Здравствено-санитарна инспекција врши надзор у „*васпитно-образовним установама*, као што су: јаслице, вртићи, основне и средње школе, факултети и универзитети и друге образовне установе; *установе за смјештај и боравак ученика и студената*, као што су: студентски домови, хостели за младе и друге установе гдје се примају или смјештају малољетна лица; *здравствене установе одређене Законом о здравственој заштити и социјалне установе*, као што су: болнице, амбуланте, рехабилитациони центри, домови за незбринуту дјецу, домови за лица са менталним и физичким поремећајима, старачки домови, укључујући и чекаонице у оквиру ових објеката и других установа гдје се пружају услуге здравствене или социјалне заштите; ресторани, роштиљнице, посластичарнице и други објекти у којима се припремају, продају и послужују јела“. Инспекција рада је надлежна за вршење надзора у „*државним, административним, правосудним установама*, као што су: институције Републике Српске, градски и општински органи, судови и друге установе у којим се пружају државне, административне и правне услуге; *радна мјеста*, као што су: у фабрикама, предузећима, у правним лицима и другим мјестима гдје се обавља процес рада. Комунална полиција врши надзор у банкама, пошти, продавницама, јавним тоалетима и објектима у којима се организују игре на срећу (томболе, аутомати и кладионице), *мјестима привремено доступним јавности*, као што су: објекти за јавне презентације, телевизијске преносе, *културне установе*, као што су: позоришта, биоскопи, спортске установе, радио и телевизијски студији и друге установе у којим се одржавају културне и спортске манифестације, такмичења, рекреативне или забавне активности и ресторани, роштиљнице, посластичарнице и други објекти у којима се припремају, продају и послужују јела“. Полиција је надлежна да контролише примјену закона у *средствима јавног превоза*, као што су: возови, аутобуси, службена возила, авиони, такси, лифтови, кабине жичара и друга средства јавног превоза, *мјеста привремено доступна јавности*, као што су: објекти за јавне презентације, телевизијске преносе, *културне установе*, као што су: позоришта, биоскопи, спортске установе, радио и телевизијски студији и друге установе у којим се одржавају културне и спортске манифестације, такмичења, рекреативне или забавне активности. Види се да се у неким просторима преклапају надлежности, што би теоретски могло бити добро, али практично не, јер би могло доћи до ублажавања одговорности за неизвршење задатака надлежног органа, услед очекивања да то учини онај други. Задимљене радне просторије школа, факултета и осталих јавних мјеста, указују на то да се у оквиру своје надлежности не поступа по закону и да се закон досљедно не спроводи. Анализом постојећег законодавства у Републици Српској и обавеза преузетих ратификацијом оквирне конвенције о контроли дувана, покушаћемо указати који су приоритети у измјенама постојећег закона,

⁴ Чл. 4 Закона.

када је у питању обавеза из члана 8 Оквирне конвенције о контроли дувана. Користићемо и искуство у примјени заштите становништва од изложености дуванском диму у Републици Србији, која је прошле године донијела Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму.⁵ Тај закон доноси одређене резултате, али се виде и недостаци у практичној примјени. Да ли је могућа тотална забрана пушења на јавним мјестима у Републици Српској, као што су то учиниле неке европске државе, или није? Покушаћемо дати аргумен-тован одговор на ово питање у овом раду, користећи прије свега историјски и компаративни метод.

2. ИСТОРИЈАТ ЗАБРАНЕ ПУШЕЊА

За народе Европе је први званични сусрет са биљком дувана био у току Колумбовог сусрета са америчким тлом, за кога је он вјеровао да је Индија. Вјерујући да су својства дима, који су домаћи становници пуштали на нос и уста, љековита, шпански војници су постепено почели да пуше. Њима су се придружили и они који су се досељавали у ту нову земљу. У самој Шпанији почело је средином шеснаестог вијека узгајање дувана. У седамнаестом вијеку дуван је био заступљен у цијелој Европи. Први есеј против пушења написао је енглески краљ Џејмс I, 1604. године.⁶ Он је, као заклети непушач, писао о штетности дувана за људе, доказујући да ова биљка, која потиче од варвара Индијанаца, не може никако бити љековита. У то вријеме се сматрало да је дуван љековита биљка, па су га преписивали и љекари у мањим количинама својим пацијентима. Он је дуван упоређивао са ријеком Стикс у подземном свијету.⁷ Писао је да је „ова лоша навика узимања дувана обичај гадан за очи, мрзак за нос, одвратно смрди и опасно је за плућа и штетан за мозак.“ Тако можемо сматрати овог енглеског краља првим владарем који је видовито гледао три вијека испред себе. Сада је медицинска наука доказала прогнозу овог краља о штетним посљедицама пушења дувана. Он је по много чему био посебан. Већ као тринаестомјесечна беба је био проглашен за краља. Послије је постао најобразованији владар који је говорио и грчки и латински, познавао одлично историју и теологију. Његова заинтересованост за проучавање Библије и његови преводи сигурно су, поред познавања штетности дувана, утицали на његов став против пушења.⁸ Он је мислио да ће моћи спријечити потрошњу дувана повећањем увозних такси. Повећао је увозну таксу на дуван четири хиљаде пута, али то није допринијело да се смањи број пушача и број трговаца дуваном. У то

⁵ *Службени гласник РС*, бр. 30 /2010.

⁶ A Counter Blast to Tobacco, www.stopsmokingsteps.com 11.06.2011.

⁷ По вјеровању старих Грка, то је била ријека у подземном свијету преко које је Харон превозио душе умрлих и вода у тој ријеци је била смртоносно отровна.

⁸ King James I Biography www.jesus-is-lord.com 10.06.2011.

вријеме је у Лондону већ било седам хиљада трговаца дуваном. Његови службеници су вредно убирали таксу и савјетовали краљу да је то лијеп приход, да мало смањи таксу и да се државна благајна пуни. Насљедници на пријестолу су одустали од те борбе против дувана, уочавајући могућност пуњења државне касе преузимањем државног монопола на дуван. У осамнаестом вијеку Енглеска је била трговачки центар за продају дувана из Вирџиније. Дуван је постао уносан посао за енглеске трговце. Хиљаде тона „смеђег злата“ се сливало у Енглеску из Вирџиније и доносило огроман профит. У то вријеме на плантажама у Вирџинији радило је на хиљаде робова из Африке и тако су омогућили још већу зараду трговцима. Истина, дуван као биљка осиромашује земљу, али у пољопривредном смислу, али онима који су управљали државама доносио је огроман профит. Јапанци су у то вријеме сматрали да је садња дувана гријех према земљи, јер се може посадити на земљишту биљка која служи људској исхрани. Католичка црква је у то вријеме сматрала пушење ђаволском забавом. Први је инквизицији предан Колумбов морнар Родриго де Херез, кога су његови мјештани предали, када се вратио с пута у Кубу, јер је кроз уста и ноздрве пуштао ђаволски дим. Папа Урбан VII је у својој були 1642. године забранио пушење. Он је наложио да се од цркве искључе вјерници који пуше и миришу на дуван. Нарочито су сурово кажњавани свештеници и монаси. Када су у Сантјагу те године ухваћени у пушењу петорица монаха драстично су кажњени, зазидани су у зид манастира као примјер другима. Али тако драстичне казне нису утицале на то да се смањи пушење. Слична ситуација је била и у Турској, гдје је најприје султан Ахмед IV забранио пушење. Сваком ко се ухвати у пушењу требало је да се тим чибуком пробију ноздрве. Султан Мурат IV је забранио пушење, кафу и опијум, прописујући сурове казне, одсецање главе, дијелова тијела и конфискацију имовине. Дневно се по двадесетак глава пушача откотрљало са тијела, али ни то није довело до тога да се престане пушити у Отоманској империји, већ се пушење повећавало.⁹ И у Француској је Луј XIII забранио пушење, али је већ Луј XIV 1674. године основао државни монопол над дуваном. Практично свака влада је начелно била против дувана, али јој је било пријатно да има државни монопол на дуван.

Царска породица Романових, на престолу Русије, почела је своју владавину родоначелником Михаилом Фјодоровичем Романовим¹⁰. Цар Михаило је донио 1633. године указ којим забрањује пушење дувана. За прекршиоце забране је предвидио веома оштре казне. Најблажа казна је била шибање. Слиједила је тежа, одрезивање носева, па могућност да се прогнају у Сибир. Војводе су биле дужне да пазе на своје војнике и да не дозволе да они жваћу дуван, увлаче кроз нос или пуше и да их упозоравају први пут и уништавају дуван, а за други прекршај да их шаљу у тамницу. Али, овај указ поштован је дјелимично још за владавине његовог сина Алексеја¹¹ и унука Фјодора III и Ивана

⁹ Владао од 1620. до 1640. год.

¹⁰ Цар Русије 1613-1645. год.

¹¹ Цар Русије 1645-1676. год.

V, а када је дошао на власт чувени његов унук Петар Велики, ситуација се потпуно измијенила.¹² Петар Велики није само премјестио престоницу Русије из Москве и промијенио календар, већ је у потпуности промијенио и однос према дувану. То сигурно потиче од тога што је боравећи у Холандији постао један од многобројних овисника о дувану. Вративши се у Русију ставио је ван снаге Указ свога дједа Михаила и наставио да ужива у благодати прихода од дувана. Писци и сликари су често заступали пушачку страну, али било је и неких, попут Толстоја, који су критиковали државу због тога што је на челу продаје дувана и алкохола, сматрајући да је самим тим себе легитимисала да се не брине за душу и тијело својих поданика.¹³ Прве љекарске студије о штетности дувана у двадесетом вијеку потичу од Нијемца Фрица Ликинта, који је 1929. године у Дрездену објавио статистичке податке о повезаности пушења и рака плућа. Иначе, и нацисти на челу са Хитлером, забрањивали су пушење, јер су сматрали да је то бацање новца и да жене нису способне за квалитетно потомство ако пуше. Та кампања је била доста успјешна у Њемачкој, али су њезини ефекти брзо поништени одмах после рата, добијањем 1948. Године бесплатне помоћи по Маршаловом плану од Америке: 24000 тона дувана. Интересантно је да је Хитлер 1942. године изнио план за уништавање становништва истока Европе, укључујући и Русију, управо подстицањем пушења и вотке. Хитлер је доживљавао дуван као средство за уништавање оних народа који по његовом мишљењу нису требали постојати. Можемо закључити да је борба против пушења кренула одмах када су дуван пренијели морнари из његове постојбине у Европу и Азију. Али свака борба је била површна, јер се сваком облику уређења државе било тешко одрећи позамашних прихода који су се продајом овог отрова сливали у државну благајну. Интересантно је да је, упркос свим забранама, производња и потрошња дувана расла. И сада је, упркос забранама, у свијету број потрошача дувана у порасту, само је несразмјеран однос.

3. СРАЗМЈЕРНОСТ СИРОМАШТВА И ПУШЕЊА

Према подацима Свјетске здравствене организације, број пушача у посљедњих десет година повећао се за 20%. Данас у свијету има око једна и по милијарда пушача, а према процјенама требало би да се тај број повећа на готово двије милијарде до 2025. године. Тежак је податак да је 70% пушача у сиромашним земљама, а 30% у развијеним земљама. У развијеним земљама број пушача опада, али расте број жена које пуше, али у укупном скору углавном

¹² 1682-1725. год.

¹³ “Правителство берет на себя обязанность поставлять, с выгодой для себя, развращающие и убивающие душу и тело людей вещества: алкоголь, табак, самым очевидным образом показывает, если бы и не было других доказательств, что правительства не только не заботятся, как они утверждают, о нравственности и благе народа, а напротив, соблазняют его, вредят ему для целей людей, составляющих правит ельства.” www.orthomed.ru 10.06.2011.

стагнира. Примјер је Аустралија, у којој је 1988. године број пушача био 30%, а 2007. године 16%. У сиромашним земљама број пушача расте по годишњој стопи од 3,4 %. То значи да ће број смртних исхода због пушења дувана бити највећи управо у сиромашним земљама. Аустралија је такве ефекте постигла великим порезима и забранама пушења на готово свим мјестима. У Европи су драстичне казне за прекршиоце забране пушења, али су и протести угоститеља у Грчкој и Баварској против таквих забрана, јер им упропаштавају посао. У сиромашним земљама се удио пушача у становништву креће око 40 %.

Босна и Херцеговина је сиромашна земља. Према подацима које је изнио др Дарко Марковић, национални координатор за контролу дувана Републике Српске, пушење је најзаступљеније код одрасле популације и креће се између 35 и 45%, а међу младима између 13 и 15 година, има чак 11,7 % пушача.¹⁴ Према изјави федералног координатора за контролу дувана, др Аиде Рамић-Чатак, 37,6% одраслих пуши у Федерацији БиХ. То је број који указује да је стање алармантно и због тога су нереална очекивања да ће се број пушача кроз десет година смањити за половину, очекујући да ће се смањивати по стопи од 2% годишње. Чак се може очекивати да се уз драстичне мјере првих година по оштријој примјени закона у слиједећем раздобљу, тај проценат поново врати на почетни ниво.

У богатим земљама број пушача се незнатно смањило, али због тога се у сиромашним земљама вишеструко повећао. То даље значи да сиромашне земље могу очекивати далеко већу смртност свога становништва, као посљедицу конзумирања дувана, него што ће то бити у богатим земљама.

4. ОБАВЕЗЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ У ПРОВОЂЕЊУ ЧЛАНА 8 ОКВИРНЕ КОНВЕНЦИЈЕ О КОНТРОЛИ ДУВАНА

У члану 8, под насловом „Заштита од излагања дуванском диму“, најприје се констатује да научни докази недвосмислено потврђују да дувански дим узрокује смрт, болест и инвалидност и да свака страна усваја и примењује, у оквиру постојеће националне правне надлежности дефинисане националним законима, и активно промовише на другим јурисдикционим нивоима, усвајање и примену ефикасних законских, извршних, административних и/или других мера, којима ће се предвидети заштита од излагања дуванском диму у затвореном радном простору, јавном превозу, на затвореним јавним местима, и по потреби, на другим јавним местима.

Да ли Закон о забрани пушења на јавним мјестима Републике Српске покрива све обавезе преузете овом Оквирном конвенцијом?

¹⁴ www.ezdravlje.org 8.06.2011.

Да би могли одговорити на ово постављено питање, упоредићемо одредбе Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму, који је од 11.11.2010. године у примјени у Републици Србији са одредбама Закона Републике Српске.

4.1. Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму

Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму¹⁵ штити све становништво. Не прави разлику између пушача и непушача, већ има намјеру да заштити све становништво од излагања дуванском диму. Намјера законодавца је да ту заштиту постигне на тај начин што ће прописати мјере ограничења употребе дуванских производа и контролу забране пушења.

Закон врши селекцију и у неким дјелатностима не дозвољава пушење ни у посебној просторији за пушење.

То су државна управа и локална самоуправа, здравствена заштита, васпитање и образовање, друштвена брига о дјечи, социјална заштита, култура, спорт и рекреација, производња, контрола и промет лијекова, производња, смјештај и промет животних намирница и друштвена исхрана, као и медији и простор у коме се обавља снимање и јавно емитовање. На састанцима и јавном окупљању грађана пушење је исто забрањено.

Наизглед, овај закон је имао заиста намјеру да заштити и пушаче од њих самих и непушаче од пушача, али се детаљнијом анализом његових одредаба може закључити да неке од њих указују на то да је у питању козметичка заштита, а не стварна.

Закон је дозволио пушачима, право на кориштење здравственог осигурања приликом одвикавања од пушења, чиме је приближио ову зависност алкохолизму и наркоманији. Ипак није дефинисао пушење дувана као наркоманију.

Једини прави назив за никотинску зависност је наркоманија. Никотин се врло брзо излучује из организма и због тога се код пушача ствара потреба да „нахрани“ организам новом количином никотина и брзо пали цигарету и трује себе и околину.

Кад закон дозвољава пушење у просторијама у којима бораве: корисници установа социјалне заштите за смјештај непокретних и тешко покретних лица, особа са инвалидитетом, душевно оболелих лица, као и лица која су ометена у развоју; пацијенти специјалних болница за лијечење психијатријских болести, односно пацијенти психијатријских одјељења и корисници установа и одјељења за палијативну његу, онда слободно можемо констатовати да је оваквом одредбом законодавац дао знак да пушење у овим случајевима сматра као лијек.

¹⁵ Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму, *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

Тако долазимо до закључка да поједине законске одредбе, као што је цитирани чл. 9 Закона, потпуно одударују од самог назива закона и не штите становништво од изложености дуванском диму. Непокретна лица су немоћна да се старају о себи, као и пацијенти психијатријских одјељења, а тамо гдје они бораве - пушење је дозвољено. Кроз призму оваквих одредаба, може се видјети да нема стварне жеље да се пушење дувана и дуванских производа у Закону Србије назове правим именом наркоманија и да се предузму све мјере како би се одвикли зависници од дувана.

Не можемо се отети утиску да су пушачи овом нормом из задимљених просторија упућени на улице да их се види и да опет нормално загађују околину.

4.1.1. Продуктивност на раду и забрана пушења

У истраживањима о узрочној вези између забране пушења и продуктивности у фирмама, дошло се до закључка да запослени пушачи све чешће користе паузе за удовољавање овој страсти или да их чак и сами измишљају.¹⁶ Према резултатима анкете, многи пушачи прибјегавају „креативним“ начинима да се заштите од пушачке инспекције. Из задимљених просторија прешли су на улицу. Самим тим, непушачи који су одахнули схватају да би и они требали да себи узму неку паузу, јер су израчунали да пушачи користе бар пола сата више времена од њих на паузи, па некада сами себи одређују ту додатну паузу. Због високих казни, смишља се начин како да се на вријеме открије да ли долази инспекција или не. У томе се види слабост Закона, јер не предвиђа санкцију за онога који није извршио пријављивање пушача. Нити запослени, а ни лице које се пословно или случајно нашло у затвореном јавном или радном простору, нису дужни извршити пријављивање пушења. Једино ће лице које је одговорно за контролу пушења бити кажњено, ако не изврши пријављивање пушача, а други не. Не можемо се отети утиску да су пушачи овом нормом из задимљених просторија премјештени на улице да их се види и да опет нормално загађују околину. А количину непопушених цигарета за вријеме радног времена надокнађују у својим стамбеним просторијама трујући себе, дјецу и све чланове породице. Негативно дјелују и на непушаче који траже за себе додатне паузе, да би били у раду равноправни са пушачима.

4.1.2. Пријава пушача

Навели смо да нико нема обавезу, осим контролора забране пушења, да пријави пушача који крши забрану пушења. Контролор забране пушења нема

¹⁶ М. Дукић *Бизнис и финансије*, www.bifonline.rs 11.04.2011.

законска овлаштења да пушача физички избаци из простора, већ само да предложи покретање дисциплинског поступка директору предузећа или установе. И ту се надлежност контролора завршава.

Инспектори надлежни за контролу забране пушења су: санитарни, здравствени, просвјетни, туристички, тржишни, радни и инспектори за превентивну заштиту.

Ако инспектори затекну пушача са упаљеном цигаретом или виде опушке у пепељари, они су овлаштени да пушача казне на лицу мјеста и наплате 5000 динара (100 КМ). Ако пушач нема код себе новац, уручује му се позив да плати тај износ у року од 8 дана. У случају да пушач то не учини, онда слиједи поступак у прекршајном суду. Лице задужено за контролу забране пушења може бити кажњено новчаном казном 30 000-50 000 динара, а предузеће, установа или организација, износом од 500 000 до 1000 000 динара и то се рјешава пред судом за прекршаје.

У инспекцијском надзору над спровођењем Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму, у извјештају о захтјевима за покретање прекршајног поступка за период од почетка примјене закона 11.11.2010. до 30.4.2011. види се да је санитарна инспекција прослиједила 88 захтјева за прекршај, а да су ријешена само два, и то у Бечеју и Лозници.¹⁷ У Прекршајном суду у Београду до сада су примљена само два захтјева за провођење прекршајног поступка која нису окончана. Тржишна инспекција је поднијела 21 захтјев, туристичка 17, а Инспекција рада и безбједности на раду - 8 захтјева за прекршај. То указује да се прекршајним кажњавањем неће постићи заштита становништва од изложености дуванском диму. Па чак да се пушење дувана и дуванских производа забрани и у свим предузећима, установама, у сваком превозном средству, а не само у јавном превозу, улицама и друмовима, спортским и другим приредбама, да се забрани и у свим ресторанима, без одређивања било какве пушачке просторије или простора, опет ће се наћи начин да се регистрацијом пушачких клубова, као што је то учињено прошле године у Баварској, избјегне намјера заштите од опасног дуванског отрова. У Европи се већ годинама врло строго, изрицањим великих казни, санкционишу кршења забране пушења на јавним мјестима, али и даље пуши више од 30% становника Европе.

Према објављеним подацима Трећег истраживања о ефектима примјене Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму, које је проводила Комисија за превенцију употребе дувана Министарства здравља Републике Србије од 13. до 19. маја 2011. године, значајно је смањена изложеност становништва дуванском диму и то: на радним мјестима са 45% на 35%, у школама са 44% на 24%, у кући пријатеља са 83% на 76%.¹⁸

¹⁷ Извјештај подијелен 31. маја 2011. на конференцији за штампу.

¹⁸ Материјал подијелен на конференцији за штампу 31. маја у Медијацентру Београд.

5. НЕДОСТАЦИ ПОСТОЈЕЋЕГ ЗАКОНА О ЗАБРАНИ ПУШЕЊА ДУВАНСКИХ ПРОИЗВОДА НА ЈАВНИМ МЈЕСТИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

У члану првом одређено је шта је циљ закона и каже се да је то заштита непушача и ризичних група, као што су малолетна лица, труднице и старије особе, од пасивног пушења, утврђује се забрана пушења дувана и дуванских производа на јавним мјестима. Управо водич за примјену члана 8 Оквирне конвенције указује да би се требао избјегавати термин пасивно пушење.¹⁹ Указује се на негативно искуство које је имала Француска, гдје је дуванска индустрија искористила тај термин и термин невољно пушење, да би изградила термин прихватљивости добровољне изложености дуванском диму. Водич користи термин „секундарни дувански дим“, с тим да употребљава и термин дувански дим из окружења. Због тога предлажемо да Закон као свој циљ одреди заштиту цјелокупног становништва од секундарног дуванског дима, јер је према другом принципу Водича обавеза државе да заштити све људе од изложености дуванском диму. Сва затворена радна и јавна мјеста требало би да буду без дуванског дима. Дефиницију секундарног дуванског дима треба преузети из Оквирне конвенције, која каже да је то „дим који се емитује из упаљеног краја цигарете или из других дуванских производа, обично у комбинацији са димом који издише пушач.“

5.1. Шта се сматра јавним мјестом?

Према важећем Закону, јавним мјестима сматрају се: установе гдје се пружају услуге за јавност и мјеста гдје се окупља више људи, укључујући: васпитно-образовне установе, установе за смјештај и боравак ученика и студената, здравствене установе одређене Законом о здравственој заштити и социјалне установе, државне, административне, правосудне установе, културне установе, ресторани, роштиљнице, посластичарнице и други објекти у којима се припремају, продају и послужују јела, средства јавног превоза, радна мјеста, мјеста привремено доступна јавности, банке, поште, продавнице, јавни тоалети и објекти у којима се организују игре на срећу (томболе, аутомати и кладионице), те објекти за пружање хигијенских услуга, његу и уљепшавање лица и тијела.

Предлажемо да се потпуно измијени ова дефиниција јавних мјеста и усклади са препорукама из Водича СЗО. Потребна је веома широка дефиниција, јер ова садашња, у члану 4, гдје се наводе, нпр. мјеста, не пружа довољ-

¹⁹ Водич за заштиту од изложености дуванском диму чл. 8 Оквирне конвенције о контроли дувана Свјетске здравствене организације.

но основа за праву заштиту од изложености дуванском диму на сваком јавном мјесту. Ту би требало да се у Закон Републике Српске угради члан 2 Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму Републике Србије. Јавна мјеста би могли дефинисати као мјеста која су доступна грађанима, а намијењена су заједничкој употреби. Затим их треба навести онако како је то учинио поменути Закон.²⁰

Да би се потпуно обезбиједио простор без дуванског дима, што је коначни циљ Оквирне конвенције о контроли дувана Свјетске здравствене организације, не смије се у Закону наћи одредба каква је у члану 4 Закона Републике Српске: „Пушење је дозвољено у здравственим установама, за пацијенте, ако и када могу бити успостављене просторије за пушење одвојене од непушачке зоне и ако медицинске и психолошке индикације указују на потребу пацијента за пушењем. Одлуку о томе доноси одговорно лице здравствене установе (директор) на приједлог одговорног доктора медицине, приликом чега се таква одлука такође мора одмјерити у односу на интересе и здравствене потребе пацијената непушача.“ Из овог се може закључити да законодавац сматра дуван за лијек, па је онда промашена сврха закона.

Треба једноставно забранити пушење, без одређивања било какве пушачке просторије. Све друго указује на дјелимичну, а не 100% заштиту од дуванског дима, како се то очекује по ратификованој Оквирној конвенцији. Свако друго рјешење води до изигравања Закона и не рјешава питање алармантног броја дјецe и младих који су изложени дуванском диму. У Републици Српској је закон о забрани пушења на снази већ седам година, али се примјена Закона уопште не осјећа. Ђацима су и даље дуванским димом напуњени ходници и тоалети, а студентима ходници и просторије управе. У аутобусима нема пушења за путнике, али за возаче то углавном не вриједи. Потребна је одлучност у примјени закона и његовом провођењу. Наравно да је потребна медијска подршка, али тешкоће стварају недоумице да ли је борба против пушења искрена или није. Ако је искрена борба, онда се не може очекивати да се само кажњавањем пушача драстичним новчаним казнама добије резултат 100% простора без дуванског дима. Нису у ранијим вијековима чак и смртне казне за пушаче довеле до престанка пушења. Треба да се донесу мјере и против произвођача дуванских производа. Има Република Српска и Закон о забрани рекламирања дуванских производа, али увијек се нађе могућност да се производ рекламира софистицирано, тако што ће поставити назив *lait*, женска цигарета и сл. Контрола садржаја дуванског производа је чудна, ако већ на кутији пише да је пушење штетно и да дувански дим убија човјека. Шта би се то произвођачу дувана тре-

²⁰ Према овом Закону: Радни простор је сваки затворени простор који служи за обављање послова, као и сваки затворени простор који служи за обављање послова, као и сваки повезани и други припадајући затворени простор...

Јавни простор је сваки затворени простор доступан грађанима, односно намијењен заједничкој употреби, без обзира на власништво над тим простором...

бало написати да дуван не смије садржавати? Па сам га произвођач обиљежава као отров. Значи ли то да дозвољеном куповином таквог производа осуђујемо пушача на самоубиство у стицају са кривичним дјелом убиства непушача са умишљајем? Прије 6 година произвођачи су у цигарете убацили и амонијум хлорид, да би се пушачи што теже могли одвикнути од зависности од никотина.

6. ДУВАНСКИ ПРОИЗВОДИ У БРОЈЕВИМА

Тешко је замислити колико би то кубика простора заузело девет билиона долара, а толико износи профит дуванске индустрије у свијету годишње. Није мало и милијарду и двјеста милиона долара колико је у прошлој години потрошено у САД на средства за одвикавање од пушења, са врло slabим резултатом, јер је од пет пушача само један успио да се одвикне од пушења. Али знамо да се плућа планете, шуме, одавно пустоше због дувана. Сваког сата машина која производи цигарете употреби 6 километара папира. Колико је таквих машина у свијету које „једу“ дрвеће? А сушење дувана колико односи дрвећа? Пушач који попуши 20 цигарета дневно, попуши 140 цигарета недјељно, 520 цигарета мјесечно и 7280 цигарета годишње. Годишње спали најмање 21 000 КМ, а за 10 година 210.000 КМ. За тај износ могао би ријешити стамбено питање и отворити мало предузеће. Један милион пушача који просјечно пуше 20 цигарета дневно остави 20.000.000 опушака и запали дневно 3 милиона КМ. Колико отрова у ријекама и језерима, какво загађење животне средине. Једна трећина пожара у току године изазвана је баченим опушком цигарете. Да ли ће сиромашне земље бити још сиромашније, ако се предвиђа да ће се број пушача у њима повећати? Пушачи спаљују новац и одузимају себи, а нарочито дјечи и младима, право на здравље. У Босни и Херцеговини су алармантни подаци о изложености дуванском диму, пасивном пушењу. На радном мјесту изложеност дуванском диму је чак 60%. Школска дјеца и млади од 13 до 15 година су у 93% случаја изложени пасивном пушењу од стране родитеља, брата или сестре, а на јавним мјестима их је изложено чак 87,80%

7. ЗАКЉУЧАК

Оквирна конвенција о контроли дувана обавезује. Прошло је двије године од када ју је Босна и Херцеговина прихватила, дакле преостало је још три године да се све норме ускладе са њом. Међутим, не би требало одлагати и шире рјешење, па кренути путем животне средине 100% без дуванског дима. Пета европска конференција о пушењу или здрављу одржана од 28. до 30. марта у Амстердаму је донијела Резолуцију са важним препорукама у вези са чланом 8 ОККД СЗО. Према тој Резолуцији, све европске земље до краја 2012.

године треба да имају усвојен закон у складу са смјерницама члана 8 ОККД СЗО- средина 100% без дуванског дима у затвореном простору, јавним и радним мјестима, укључујући барове и ресторане без одредбе одређене за непущаче. Контрола дувана треба да постане главни приоритет у развоју програма на националном, европском и глобалном нивоу. Све европске земље требају обезбиједити најмање 2 евра по глави становника годишње за контролу дувана и за финансирање пројеката и истраживања у контроли дувана. Много новца ће се улагати у пројекте, јер су одлуке Амстердамске резолуције доста наређујуће.

Наравно, требамо размотрити и другу страну, заговорнике ограничене забране пушења на јавним мјестима, нарочито угоститеље који ће уложити протесте, јер ће изгубити пушачку клијентелу. У томе можемо погледати какво је искуство скандинавских земаља и Велике Британије и Ирске која је 2003. године донијела тоталну забрану пушења, и Словеније. Истина да је у првој години примјене закона промет у угоститељским објектима опао готово за трећину. Мањи објекти су морали бити затворени. У Словенији су мањи ресторани углавном затварани и држава је с основа неплаћеног ПДВ-а изгубила око 100 милиона евра годишње. У Италији су у првој години примјене закона угоститељски објекти изгубили првобитну клијентелу, али се сљедеће године појавила нова клијентела која годинама није могла излазити у барове и ресторане јер није жељела да гута дим. Дакле, не треба Република Српска ни Федерација БиХ бити „пушачки рај“ за оне који не желе да се придржавају прописа у својим земљама. Мало статистике указује шта добијамо, а шта губимо од „пушачког туризма“. Добијамо тоне бачених паклица дневно и милионе опушача. Колико то изазове пожара и болести? Ако је пушач дошао овдје да се слободно понаша, уништавајући тако станиште биљних и животињских врста, себе и друге који су изложени секундарном диму, онда сигурно у укупном збиру он није допринио повећању републичког буџета већ његовом смањењу, када се израчунају одливи из буџета у здравствени фонд и уништавање будућности дјете.

Оно што је забрињавајуће у земљама које су увеле тоталну забрану пушења на јавним мјестима је чињеница да дуванска индустрија није претрпјела значајне губитке, већ да је губитке забиљежио само угоститељски сектор. Значи, не смањује се битно број пушача, али остаје несклад међу законодавствима. Водич Свјетске здравствене организације за примјену члана 8 Конвенције упућује на сајтове земаља које су ријешиле задовољавајући забране пушења дуванских производа.²¹

²¹ (a) United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Health Act 2006, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/20060028.htm>

(b) New Zealand, Smoke-free Environments Amendment Act 2003, http://www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes

(c) Norway, Act No. 14 of 9 March 1973 relating to Prevention of the Harmful Effects of Tobacco,

<http://odin.dep.no/hod/engelsk/regelverk/p20042245/042041-990030/dok-bn.html>

Чак да се пушење дувана и дуванских производа забрани и у свим предузећима, установама, у сваком превозном средству, а не само у јавном превозу, улицама и друмовима, спортским и другим приредбама, да се забрани и у свим ресторанима, без одређивања било какве пушачке просторије или простора, опет ће се наћи начин да се избјегне намјера заштите од опасног дуванског отрова. У Европи се већ годинама врло строго, изрицањим великих казни, санкционишу кршења забране пушења на јавним местима, али и даље пуши више од 30% становника Европе. И да нам мјере не би биле aberatio iktus, па да забраном пушења казним само крајњег у ланцу -пушача, требало би донијети забрану за произвођаче цигарета. Требало би угасити дуванске индустрије у свијету и то би једино било рјешење за 100% простор без дуванског дима. Тешко се држави одрећи зараде од опорезивања дуванских производа. И да ли је уопште зарада, ако се одрачуна колико новца се мора издвојити у здравствене фондове за лијечење болесног становништва, што се разбољело од дуванског дима? Оно што је рекао Толстој вриједи и данас. Ако доиста држава жели да заштити становништво од изложености дуванском диму онда треба забранити његову производњу и продају. Овако можемо уприличити законске одредбе о спречавању епидемије дувана које не отклањају извор епидемије, већ само спречавају казном да се она шири по одређеним просторима, и тиме удовољити оно што од нас тражи члан 8 Оквирне конвенције о контроли дувана СЗО. Ако Република Српска жели здраву будућност дјецe и омладине и цјелокупног свог становништва, онда треба искрено кренути у свим пољима у обезбјеђење простора без дуванског дима на свим мјестима и свим законом дозвољеним средствима, укључујући сваког свог становника да буде носилац борбе за искорјенjвање овисности од дувана.

(d) Scotland, Smoking, Health and Social Care (Scotland) Act 2005,
<http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2005/20050013.htm>

Regulations: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20061115.htm>

(e) Uruguay, Decreto 40/006,

<http://www.globalsmokefreepartnership.org/files/132.doc>

(f) Ireland, Public Health (Tobacco) (Amendment) Act 2004,

<http://193.178.1.79/2004/en/act/pub/0006/index.html>

(g) Bermuda, Tobacco Products (Public Health) Amendment Act 2005,

<http://www.globalsmokefreepartnership.org/files/139.DOC>

Summary

Bringing the Framework Convention on Tobacco Control World Health Organization has established the goal of the Convention and its Protocols. Starting from the fact that the tobacco epidemic is rising and that annual income of six million tragic deaths, the World Health Organization defines as its main objective the protection of population from exposure to tobacco smoke. Since Bosnia and Herzegovina 10.07.2009.godine ratified the convention, and the Serbian Republic and the Federation are obliged to harmonize their legislation with these obligations. The author of this paper indicates the obligations of the Republic of Serbian concerning the application of Article 8 framework convention that envisions protecting people from exposure to tobacco smoke. Based on the fact that the Serbian Republic, there are laws that regulate this area, partly prohibit smoking and advertising tobacco products that are not implemented effectively. Public places are usually full of smoke, and on billboards were nested messages of greeting. What are the ways that legislation in the Republic of Serbian tackle the harmful effects of tobacco smoke in accordance with the recommendations of the WHO Convention? The author suggests that, in order to protect against exposure to tobacco smoke in the Republic of Serbian pass a law banning smoking not only in public places, but also on the streets, all vehicles and all areas where children reside. With practice in the application of the smoking ban in some countries for several years with a total ban on smoking in public places she performed an analysis of possible breakdowns in the hospitality and tourism due to the introduction of total smoking ban, but come to the conclusion that this was a temporary drop in attendance, and to to achieve what is most important to obtain a healthy environment and reduce the outflow of money in health care funds for the treatment of diseases caused by smoking. According to official statistics state of smokers is alarming, and even jeopardized the future of our children who are 90% of cases exposed to tobacco smoke.

Keywords: *tobacco control, vulnerability, life, health, prohibition, protection.*

UGOVOR O TRANSFERU IGRAČA KAO OBLIK MEĐUNARODNE TRGOVINE

Dr Marijana Đukić-Mijatović*

***Apstrakt:** Sport je u savremenom društvu postao izuzetno profitabilna privredna grana, a ugovor o transferu igrača se sve više determiniše kao oblik međunarodne trgovine, usled čega je i zakonska regulativa u ovoj oblasti od velikog značaja. Sportsko pravo, posebno u oblasti ugovora u sportu ima tendenciju razvoja, koja se manifestuje novim vrstama obligacionih i privrednih ugovora, potom specifičnom regulativom krivične i odštetne odgovornosti, ali i razvojem specifičnih klauzula, karakterističnih samo za ovu vrstu ugovora. Ugovor o transferu igrača predstavlja sui generis ugovor koji je definisan sportskim pravom, ugovornim pravom, ali i osnovnim ekonomskim zakonitostima ponude i tražnje. Da bi shvatili principe, koji se odnose na zaključenje ugovora o transferu igrača i njihov značaj sa privrednog aspekta, ovim radom autor je definisao ovaj ugovor, njegove bitne elemente, kao i neke tipične odredbe koje se mogu naći u svakom ugovoru o transferu igrača i značaj ovih ugovora kao oblika međunarodne trgovine na globalnom nivou kroz komparativni pregled.*

***Ključne reči:** transfer igrača, sportsko ugovorno pravo, privredni značaj ugovora u sportu.*

1. UGOVORI U SPORTU, OPŠTI POJMOVI

1. 1. Pregled aktuelnih izvora prava kod nas.

Na globalnom nivou sport je značajna privredna grana, a sport je “delatnost od posebnog značaja”, propisuje domaći zakonodavac odredbama člana 2. Zakona

* Др Маријана Дукић-Мијатовић, доцент и Продекан за науку и међународну сарадњу Правног факултета Универзитета Привредна академија Нови Сад

o sportu,¹ čime promoviraju sport kao delatnost sa više različitih aspekata. Zakonodavac propisuje članom 3. stav 1. tačka 2. Zakona da su sportske delatnosti, delatnosti kojima se obezbeđuju uslovi za obavljanje sportskih aktivnosti, odnosno omogućava njihovo obavljanje, a naročito: organizovanje učešća i vođenje sportskih takmičenja, uključujući i međunarodna takmičenja, obučavanje za bavljenje sportskim aktivnostima i planiranje i vođenje sportskih aktivnosti; sportsko suđenje; organizovanje sportskih priprema i sportskih priredaba; obezbeđenje i upravljanje sportskom opremom i objektima; stručno obrazovanje, osposobljavanje, usavršavanje i informisanje u oblasti sporta; naučnoistraživački i istraživačko-razvojni rad u sportu; propaganda i marketing u sportu; savetodavne i stručne usluge u sportu; te sportsko posredovanje, čime daje sportskim delatnostima, posebno ugovorima o transferu igrača značaj privredne delatnosti, kako na domaćem tržištu, ali još značajniji i zastupljeniji oblik ovih ugovora je da predstavljaju oblik međunarodne trgovine.

Međunarodni element kod ugovora o transferu igrača je prisutan prvenstveno iz razloga, koje je nametnulo tržište, jer kako su inostrane lige u skoro svim sportovima finansijski dominantnije od domaćih, kod ugovora o transferu igrača uglavnom je u pitanju njihov transfer u inostranstvo, a u manjem broju to su transferi ka Srbiji, posebno posmatramo li statističke podatke o vrednosti tih ugovora. Zakonom o obligacionim odnosima² regulisana su opšta pravila i norme, za zaključivanje ugovora i njihovo izvršenje. Aktuelnim zakonom, koji reguliše spoljnotrgovinsko poslovanje kod nas³, izvršena je harmonizacija sa normama Svetske trgovinske organizacije i Evropske unije i podignuta je na još viši nivo, nego što je to bio slučaj sa prethodnim zakonom.⁴ Analizom odredbi člana 1. Zakona uočava se insistiranje zakonodavca na poštovanju normi i standarda svetske i evropske legislative u ovoj oblasti⁵, ali i utemeljenje i nadležnost Agencije za strana ulaganja i promociju izvoza, koja bi

¹ Zakon o sportu "Sl.glasnik RS" br. 24/2011.

² Zakon o obligacionim odnosima "Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/1993 i „Sl. list SCG“, br. 1/2003 - Ustavna povelja/

³ Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju ("Sl. glasnik RS", br. 36/2009) stupio je na snagu 23.5.2009. godine.

⁴ Vidi: Šoškić D., Živković B., Finansijska tržišta i institucije, Beograd, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta, 2007.; Kozomara J., Spoljnotrgovinsko poslovanje, Ars Libri, Beograd i Besjeda, Banja Luka, 2001." Međunarodni problemi 54.1-2 (2002): 14-14.; Zarić, V.: Komercijalno i spoljnotrgovinsko poslovanje Poljoprivredni fakultet. Beograd – Zemun. 2008. str. 1-334.; Lovreća, S., Janičević, N., Petković, G.: Prodaja i menadžment prodaje. Savremena administracija. 2001. str. 1-553; Ćirić A., Unapređenje regulative i prakse spoljnotrgovinskog poslovanja, Pravo i privreda, Beograd: Udruženje pravnika u privredi SR Jugoslavije, 1997. - Br. 5-8 (1997) i Regulativa i praksa spoljnotrgovinskog poslovanja Jugoslavije u uslovima ekonomskih sankcija međunarodne zajednice, Jugoslovenska kriza: pouke za međunarodno pravo: zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa održanog 19. i 20. maja 2000. godine na Pravnom fakultetu u Nišu, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta, 2001, str. 225-24.

⁵ Ćirić A., Globalizacija kao ambijentalni uslov spoljnotrgovinskog poslovanja i privatizacije, Pravo i privreda. – Beograd : Udruženje pravnika u privredi SR Jugoslavije, 2004. - Br. 5-8 (2004), str. 1093-1111.

tom cilju i boljitku trebala da doprinese. U oblasti sporta to su svakako različita sportska udruženja. Izvori prava, koji regulišu ugovore o transferu igrača, posmatrano sa aspekta da su ti ugovori i oblici međunarodne trgovine, jesu i ostali izvori međunarodnog privrednog prava, kao što su međunarodni ugovori i konvencije, kao i formularni ugovori, opšti uslovi poslovanja, te poslovni običaji.

1. 2. Pojam i karakteristike ugovora u sportu

Ugovor predstavlja jednu od osnova pravnog sistema i kod nas regulisan je odredbama člana 26. Zakona o obligacionim odnosima, te je kao takav zastupljen u svim aspektima poslovanja, pa tako i u sportu. Osim ugovora o transferu igrača, ugovorno sportsko pravo čine i ugovori koji se zaključuju radi angažovanja trenera, menadžera, različitog osoblja osoblja, kao i radi kupovine opreme, te zaključivanja ugovora o sponzorstvu.⁶

Za ugovore u sportu važe opšte odredbe ugovornog prava, a to je prvenstveno da je saglasnost volja prvi i najvažniji element ugovora. Ugovor može nastati samo na platformi i postulatima o kojim su se ugovorne strane saglasile, te je nužno da saglasnost volja bude postignuta o bitnim elementima ugovora, koji su kod ugovora u sportu specifični, posebno kod ugovora o transferu igrača. Sadržina ugovora je određena voljom strana, te dispozitivnim zakonskim odredbama, uz poštovanje i imperativnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja. Saglasnost volja postoji samo kada su izjave volje ugovornih strana punovažne, a ne kada sadrže nedostatke. Ne postoji saglasnost volja i ugovor ne može punovažno da nastane kad strane veruju da su saglasne, a u stvari među njima postoji nesporazum o prirodi ugovora, o osnovu ili o predmetu obaveze. Kako je ugovor dvostrani pravni posao, da bi punovažno nastao nužno je aktivno angažovanje i jedne i druge strane. Najčešći način postizanja saglasnosti volja se vrši putem ponude i njenog prihvatanja. Volja za zaključenje ugovora može se izjaviti rečima, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju. Izjava volje mora da bude učinjena slobodno i ozbiljno. Kad je za zaključenje ugovora potrebna saglasnost trećeg lica, ova saglasnost može biti data pre zaključenja ugovora, kao dozvola, ili posle njegovog zaključenja, kao odobrenje, ako zakonom nije propisano nešto drugo. Dozvola, odnosno odobrenje, moraju biti dati u obliku propisanom za ugovore za čije se zaključenje daju. Pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće. Ali strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor, odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora. Odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa odustane od te namere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu. Ako se druk-

⁶ Scott R. Rosner and William T. Conroy Copyright (c) 2009 University of Pennsylvania School University of Pennsylvania Journal of Business Law Article: *The Impact of the Flat World On Player Transfers in Major League Baseball* Fall, 2009 12 U. Pa. J. Bus. L. 79

чије не споразумеју, свака страна сноси своје трошкове око припрема за закључење уговора, а заједничке трошкове сnose на једнаке делове.⁷ Понуда према одредбама члана 32. Закона о облигационим односима представља условно обећање понуђача, које се даје другој страни на разматрање. Понуда најчешће садржи детаље обећања које се даје (цена, количина, време за приhvatanje, итд.). Када једна страна достави понуду другој страни, уговор постаје важећи само уколико друга страна приhvати услове обећања која су дефинисана уговором.⁸

Уговори у спорту су веома разноврсни, садрже битне елементе, о којима је било речи, али сви садрже и елементе који су препознатљиви само за ову врсту уговора. Уговором се морају јасно идентификовати уговорне стране, обично пуним именом појединца или организације која је укључена у уговор. Друга важна одређба коју сваки спортски уговор треба да садржи jeste, рок уговора који временски дефинише до када је уговор правно важећи. Одредбе о обавезама и дужностима уговорних страна, које су прописане уговором, суштинске су за уговоре у спорту. Ове одредбе требало би да прецизирају све специфичне дужности за сваку уговорну страну, као и временски период до када се те дужности морају по уговору извршити. Уговор у спорту треба да обухвати ситуације и околности под којима свака од уговорних страна има право да раскине уговор, као и да добије одговарајућу надокнаду. Ова одређба требало би да дефинише права уговорних страна у ситуацијама када дође до истека уговора или када се нека од страна не придржава договорених правила из уговора.⁹

Најчешће заступљени облици уговора у спорту су билатерални уговор и unilateralни уговор, с тим да су билатерални уговори двоstrано обавезујући уговори, који садрже две обавезе, прво обавезу представља понуда која се гарантује, док другу обавезу представља обавеза о приhvatanju понуде. Уколико обе стране приhvате понуду и обавезу се потписом да ће извршити обећање из уговора сматра се да је постигнут билатерални споразум. Код unilateralног уговора (jednostrani уговор) само једна страна се обавезује да ће испунити обавезе (обећања) из уговора. Док се друга страна обавезује да ће поштовати правила која су дефинисана уговором.¹⁰ Примарна улога уговора у спорту је да правно обавезе уговорне стране на извршавање својих обавеза и дужности по правилима која су прописана уговором и imperativnom и dispozitivnom regulativom.

⁷ Види члан 27-29 Закона о облигационим односима.

⁸ Види више: Шупут Дејан, *Казненоправна заштита спорта*, Београд 2011.

⁹ Види више: John O. Spengler, Paul Anderson, Daniel P. Connaughton, Thomas A. Baker, Deborah Healey, *Introduction to Sport Law, HumanKinetics*, 2009.

¹⁰ Види више: Шупут Дејан, *Казненоправна заштита спорта*, Београд 2011.

2. UGOVOR O TRANSFERU IGRAČA, KARAKTERISTIKE I PRIVREDNI ZNAČAJ

2.1. Karakteristike ugovora o transferu igrača, hronološki i komparativni pregled

U profesionalnom sportu ugovor o transferu igrača zaključuje se onda kada igrač, koji je već sa nekim klubom u govornim odnosima, menja klub. To znači pre-registraciju igrača iz jednog kluba u drugi. Načelno, igrači mogu zaključivati ove ugovore za vreme trajanja prelaznog roka i u skladu sa pravilima ustanovljenim od strane asocijacija kojima pripadaju klubovi koji vrše transfer. Uobičajeno je da se plaća i odšteta, ukoliko se ugovor ranije završava u prethodnom klubu, nego što je predviđeno prethodnim ugovorom o transferu igrača. Kada se igrač transferiše iz kluba u klub, njegov prethodno važeći ugovor se raskida, što nije praksa u SAD-u, Kanadi i Australiji, gde se vrši otkup ugovora.¹¹

Hronološki posmatrano ugovori o transferu igrača pojavili su se prvo u Engleskoj, nakon što je *the Football Association* (FA) započela sa registracijom igrača 1885. godine. Pre toga, igrač je mogao postići dogovor da igra jednu ili više utakmica za bilo koji fudbalski klub. Nakon prepoznavanja profesionalizma u ovoj oblasti, sistem je usavršen. Igrači su morali da se registruju u klubu svake sezone, čak iako su nastupali za isti klub i prethodne sezone. Kada bi igrač bio registrovan, ne bi bez dozvole *the Football Association* (FA) mogao da u istoj sezoni nastupa za drugi tim. Igrači su bili slobodni da u prelaznom roku promene tim, iako je prethodni klub hteo da ih zadrži. Nakon što je formirana *Football League* u Engleskoj 1888, odlučeno je da se uvedu restrikcije na mogućnosti da bogatiji klubovi kupuju veći broj igrača, jer bi na taj način postali dominantniji u Ligi. Od početka sezone 1893-1894. igrač koji je bio registrovan u klubu kod *Football League* nije mogao da se registruje u nekom drugom klubu, sem u prelaznom roku i to sa dozvolom prethodnog kluba. To se odnosilo čak na jednogodišnje ugovore po njihovom isteku. Klub nije bio obavezan da ga angažuje bez ugovora. Čak i ukoliko bi klub odbio njegovu registraciju, igrač nije mogao da igra za neki drugi klub. *Football League clubs* su shvatili da im ovakav sistem može omogućiti veliku zaradu, te je izvršena korekcija odlukom *the High Court* od 1963. u predmetu *Eastham vs. Newcastle Unite*. Sistem nije menjan nakon *the Bosman ruling*. U tom pravcu jedna od metoda kažnjavanja klubova od strane FIFE bila je zabrana transfera.

Evropski fudbal je, na primer, imao iskustvo sa velikim uvećanjem prodaje prava televizijskih prenosa, što je, marketinški posmatrano, bio preduslov enormnih transfera, koji su nastajali baš nakon tog vremenskog intervala sa početka 2000. godine, o čemu je već bilo reči kod osvrtu na ekonomsku dimenziju ovih ugovora.¹² Tri

¹¹ Vidi više Kenneth L. Shropshire, Scott R. Rosner, *The Business of Sports*, Jones and Bartlett Learning 2010.

¹² Vidi više Gil Fried, Tymohty D. Deschriner, *Sport Finance*, Human Kinetics, 2007.

najskuplja transfera od tada su postigli španski klubovi u 2009, dva Real Madrid i jedan Barselona. U junu 2009, Real Madrid zaključio je ugovor o transferu igrača sa fudbalerom Kaka iz Milana za naknadu od £ 56 miliona evra, zatim ubrzo za iznos od £ 80 miliona prešao je Kristijano Ronaldo iz Manchester Uniteda.¹³

Prenosne naknade nisu uvek zvanično potvrđene od strane klubova. Klauzule o učinku koje sadrže ugovori o transferu igrača su postale češće u poslednjih nekoliko godina, što znači da je teže napraviti makro pregled najvećih transfera sada, nego što je to bilo ranije.¹⁴

Za ugovor o transferu igrača je karakteristično da klub može da potpiše predugovor sa igračem, dok je on još uvek u ugovoru sa drugim klubom, po kome igrač pristaje da se preseli u novi klub u budućnosti, na primer, posle isteka roka ugovora sa sadašnjim klubom. Druga situacija koja se javlja u praksi je da je aktuelni klub u kome igrač igra takođe potpisnik predugovora, a prenos je uslovan, na primer, naknada će biti dogovorena između klubova ili uslova koji će dogovoriti igrač i novi klub, ili prenos ima za cilj da stupi na snagu tek kada igrač dostigne određene godine starosti. Predugovor ima za cilj da spreči treći klub da potpiše ugovor sa igračem dok se detalji ugovora u potpunosti ne potvrde ili kada se odredi datum njegovog stupanja na snagu. Kako igrač ostaje sa aktuelnim klubom još izvesno vreme, postojanje predugovora može biti nepoznato drugim klubovima koji žele da potpišu ugovor o transferu sa tim igračem.¹⁵

2.2. Ugovor o transferu igrača kao oblik međunarodne trgovine

U profesionalnim sportovima, zaključivanje ugovora o transferu igrača odvija se u okviru sportskih liga i transakcije uključuju razmenu ugovora i igrača na globalnom nivou. Ovi ugovori su povezani sa velikim novčanim svotama, te je ovaj ugovor i kao oblik međunarodne trgovine izuzetno regulisan kako zakonskom regulativom, tako i institucionalnim, vaninstitucionalnim metodama, specifičnim klauzulama, mehanizmima zaštite i naravno ekonomskim zakonitostima. Uobičajeno, ugovori se zaključuju između dva tima, ali postoje slučajevi gde se u lancu pojavljuju tri ili više timova. Postoji i takozvana „trgovina mamac“, karakteristična po tome da se igrač jednog tima koristi da bi izazvao drugi tim radi iniciranja trgovine sa njima. Na primer, *John Wockenfuss* je korišćen kao mamac 1984, kada ga je *the Detroit*

¹³ Vidi više Stedman Graham Lisa Delpy Neuroth, Joe Jeff Goldblatt, *Ultimate Guide to Sports Marketing*, Mc Grow Hill, 2001; “Kaka completes Real Madrid switch”. BBC Sport. 2009-06-09. <http://news.bbc.co.uk/sport2/hi/football/europe/8082147.stm>. Retrieved 2009-08-06; UK CPI inflation numbers based on data available from Lawrence H. Officer (2010) “What Were the UK Earnings and Prices Then?” *MeasuringWorth*. “BBC Gossip Column”. BBC. 2009-06-12.

¹⁴ Vidi više Carol A.Barr, Mary A.Hums, Lisa Pike Masteralexis, *Principles and Practice of Sports Management*, Jones and bertlett Learninig, 2008.

¹⁵ Vidi više Gil Fried, *managing Sport Facilities*, HumanKinetics, 2009.

Tigers poslao zajedno sa *Glennom Wilsonom* u *the Philadelphia Phillies* sa *William Hernandezom* i *Daveom Bergmanom*.¹⁶

Klauzula o budućoj nemogućnosti transferisanja karakteristična je za američki sport. U mnogim slučajevima, ove klauzule su ograničene, važe samo na određeno vreme, ili samo za određeni tim ili geografsku oblast.¹⁷ U jednom dramatičnom slučaju u 2001, *Tampa Bay Devil Rays* odriče se prava iz svog ugovora skoro mesec dana pre nego konačno prihvati posao, koji mu je ponudio *the Chicago Cubs*. Godine 2007, *Kobe Bryant* je bio voljan da se odrekne svojih prava prema *the Los Angeles Lakers* da bi mogao da pregovara sa *the Phoenix Suns* ili *the Chicago Bulls*, ali u ovom slučaju *Kobe Bryant* je bio izuzetno ograničen od *the Los Angeles Lakers*.¹⁸

Klauzule o nemogućnosti transfera nalaze se u većini ugovora o transferu igrača u Sjedinjenim Državama, uključujući i *Major League Baseball*, *the National Football League*, *the National Basketball Association*, *the National Hockey League*, *Major League Soccer*, a i neke manje lige širom zemlje. Mnoge evropske lige, najviše profesionalne u oblasti fudbala i košarke, takođe koriste ove klauzule. Naš zakonodavac uglavnom recipira rešenja koja su u drugim državama u praksi dala pozitivne rezultate.

Svaka liga obično ima svoja pravila u vezi sa tim, na primer u NBA ligi može se pregovarati o novim ugovorima o transferima igrača kada igrač ima četiri godina radnog staža u klubu. Na primer "Deset i pet" pravila daju skoro svakom igraču ograničenu kontrolu na svom transferisanju, jer ispuniti deset i pet kriterijuma znači da igrač igra u ligi deset sezona i sa aktuelnim timom najmanje pet godina, a potom stiže veće mogućnosti pregovaranja radi transferisanja.

Postoji utvrđeni rok za zaključivanje ugovora o transferu igrača, kada se ovaj oblik međunarodne trgovine intenzivira.¹⁹ Obično se igrači ne transferišu u sezoni, osim ako postoje pravila u određenoj ligi koja im dozvoljavaju da zamene povređenog igrača na spisku. U nekim ligama, posle prelaznog roka, trgovina može biti u potpunosti zabranjena. Takav način transferisanja igrača se uglavnom koristi u Severnoj Americi. U prelaznom roku, postoji povećana aktivnost i interesovanje za trgovinu. Na primer u *The Major League Baseball* ne transferiše se do 31. jula. Posle *All-Star break*, timovi će odlučiti da li su ili nisu u poziciji da zaključuju nove ugovore o transferu igrača. Većina bejzbol igrača su u poslednjoj godini svog ugovora često stavljeni na transfer listu. Manji timovi neće - ili ne mogu priuštiti da - plate visoke plate ovim svojevrsnim veteranima, tako da će pokušati da ih transferišu, u

¹⁶ Vidi više Sarah Young, A.T. Pittman, John O. Spengler, Case studies in Sport Law, Human Kinetics, 2007.

¹⁷ Vidi više John O. Spengler, Paul Anderson, Daniel P. Connaughton, Thomas A. Baker, Deborah Healey, Introduction to Sport Law, Human Kinetics, 2009.

¹⁸ Vidi više Sarah Young, A.T. Pittman, John O. Spengler, Case studies in Sport Law, Human Kinetics, 2007.

¹⁹ Vidi više, Stephen Hardy, Bernard James Mulin, William Anthony Sutton, Sport Marketing, Human Kinetics, 2007.

zamenu za neke manje afirmisane igrače. Udruženje fudbalskih klubova imaju dva prelazna roka godišnje. U većini zemalja, jedan se događa u sred sezone, a drugi krajem sezone (u Evropi) ili van sezone (u Severnoj Americi). Za one zemlje sa godišnjim dobima prelazni rok počinje u avgustu / septembru, kao što je većina evropskih zemalja. Pojam prelaznog roka je inicijalno predstavljen u Evropi, a potom usvojen od strane FIFA i još jedna je bitna karakteristika ugovora o transferu igrača, jer se njihovo zaključivanje vezuje za određene dozvoljene i uobičajene vremenske intervale i rokove.

3. ZAKLJUČAK

Ugovor o transferu igrača predstavlja *sui generis* ugovor koji je definisan sportskim pravom, ugovornim pravom, ali i osnovnim ekonomskim zakonitostima ponude i tražnje. Međunarodni element kod ugovora o transferu igrača je prisutan prvenstveno iz razloga, koje je nametnulo tržište. Zakonom o obligacionim odnosima regulisana su opšta pravila i norme za zaključivanje ugovora i njihovo izvršenje. Izvori prava, koji regulišu ugovore o transferu igrača, posmatrano sa aspekta da su ti ugovori i oblici međunarodne trgovine su i ostali izvori međunarodnog privrednog prava, kao što su međunarodni ugovori i konvencije, kao i formularni ugovori, opšti uslovi poslovanja, te poslovni običaji. Ovi ugovori su povezani sa velikim novčanim svotama, te su kao oblici međunarodne trgovine izuzetno regulisani kako zakonskom regulativom, tako i institucionalnim, vaninstitucionalnim metodama, specifičnim klauzulama, mehanizmima zaštite i naravno ekonomskim zakonitostima. Ugovori u sportu su veoma raznovrsni, svi sadrže i elemente koji su prepoznatljivi samo za ovu vrstu ugovora. Karakteristična je klauzula o budućoj nemogućnosti transferisanja i postoji utvrđeni rok za zaključivanje ugovora o transferu igrača, kada se ovaj oblik međunarodne trgovine intenzivira. Klauzule o učinku koje sadrže ugovori o transferu igrača su postale češće u poslednjih nekoliko godina, što znači da je teže napraviti makro pregled najvećih transfera sada, nego što je to bilo ranije. U profesionalnim sportovima, zaključivanje ugovora o transferu igrača odvija se u okviru sportskih liga i transakcije uključuju razmenu ugovora i igrača na globalnom nivou, te je međunarodna trgovina u ovoj oblasti izuzetno dinamična.

THE CONTRACT ON THE TRANSFER OF PLAYERS AS A FORM OF INTERNATIONAL TRADE

Summary

Sport in contemporary society has become extremely profitable industry and contract on the transfer of players is more determined as a form of international trade, due to the legislation in this area is legislation of great importance. Sports law, particularly in the areas of contract in sports has a tendency of development, which is manifested by new types of contractual relations and commercial contracts, then specific regulations and criminal liability damages, and the development of specific clauses, which are typical for these type of contracts. Contract on the transfer of players is a contract sui generis which is defined by sports law, contract law, and basic economic laws of supply and demand. In this article author explained this contract, its essential elements, as well as some typical provisions that can be found in any contract on the transfer of players. Author point out the importance of these contracts as a form of international trade on a global scale through a comparative review.

Keywords: *transfer of the player, sports contract law, economic importance of contracts in sport.*

ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У МЕЂУНАРОДНОМ, ЕВРОПСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

Др Јелена Ћеранић*

Апстракт: У раду се анализира заштита ознака географског порекла у међународном, европском и српском праву. Заштита ознака географског порекла еволуирала је на различите начине у складу са развојем националних и међународних законодавстава. Оснивањем и развојем Европске уније, појавио се посебан систем заштите ознака географског порекла унутар саме Уније. Након уводних напомена о пореклу и развоју идеје о заштити ознака географског порекла производа, у првом делу рада представљени су међународни правни инструменти којима се гарантује заштита ознакама географског порекла, донетим од краја 19. века до данас. У оквиру другог дела рада размотрена је заштита ознака географског порекла у Европској унији. Посебна пажња посвећена је Уредби Савета 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехрамбене производе. У трећем делу рада испитане су одредбе новог Закона о географским ознакама порекла производа који је усвојен 2010. године у Србији.

Кључне речи: географска ознака, име порекла, право индустријске својине, Европска унија, међународни уговори.

І. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Право индустријске својине обухвата правне норме којима се регулишу три групе појава и односа у друштву. Прву групу чине оне норме које се односе на резултате стваралачког рада (проналасци у најширем смислу речи); другу групу чине норме које се односе на знаке који се називају заједничким именом знаци разликовања; и трећу групу чине норме које се односе на исту-

* Др Јелена Ћеранић, научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

пања и односе привредних субјеката на тржишту поводом обављања одређене привредне делатности (право о заштити конкуренције и сузбијању нелојалне конкуренције).¹

Што се тиче знакова разликовања², они обухватају две врсте знакова: знаке који служе за разликовање једне робе или услуга од друге, исте или сличне врсте робе и услуга – робни и услужни знаци, и знаке за обележавања порекла производа - називе за обележавање географског порекла производа. Правну заштиту уживају робни и услужни жигови (знаци за обележавање роба и услуга) и ознаке порекла производа (називи за обележавање географског порекла производа).³

У ознаке географског порекла спадају ознаке порекла (имена порекла) и географске ознаке. Ове две категорије географских ознака порекла уживају различит степен правне заштите.

Географско порекло појединих врста робе побуђује код потрошача одређене представе о квалитету робе. Када географско порекло робе препоручују ту робу потрошачима (нпр. његушки пршут, швајцарски сат, цејлонски чај и др.), она се лакше, скупље и масовније продаје. То је основни разлог заинтересованости учесника у привредном промету за ознаке географског порекла.⁴

Бројни извори указују да су још у античко доба производи који потичу из одређених региона уживали посебну репутацију и били предмет престижа, посебно када је реч о винама. Херодот, Аристотел и Платон писали су да Грци цене вина са Накоса, Родоса и Коринта. И класична литература богата је примерима производа који су захваљујући пореклу имали одређени квалитет или специфична својства: у *Хамлету*, Шекспир алудира на вина из долине Рајне уз која краљеви држе здравице, итд.⁵

Занимљиво је да се у неким страним изворима наилази на податак да се прва кодификација везе између производа и његовог порекла као знака квалитета везује за средњовековну Србију, тачније за 13. век.⁶ Иако се не може говорити о ознакама географског порекла у данашњем значењу, Повељом Стефана Првовенчаног из 1222. године установљава се спецификација за локална вина, која према неким тумачењима, представља претечу ознака географског поре-

¹ В. Бесаровић, *Интелектуална својина, Индустријска својина и ауторско право*, Београд, 2005, стр. 17.

² Сам израз знаци разликовања преузет је из француског језика (*signes distinctives*) и употребљава се као генерички назив за жигове и ознаке порекла.

³ В. Бесаровић, стр. 17.

⁴ С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2007, стр. 163.

⁵ С. Le Goffic, *La protection internationale des indications géographiques*, Litec, Paris 2010, стр. 15.

⁶ В. O'Connor, „Origine et cadre juridique pour la protection des indications géographiques“, www.tradecom-acpeu.org/LinkClick.aspx?fileticket...tabid=4382...fr, 20. јуни 2011.

кла. Из историје гајења винове лозе познато је да је у доба Немањића виноградарство било у експанзији. У то време је у Србији донет и Закон о винарству којим се забрањивало доливање воде у вино о чему говори и Повеља и запис из те повеље коју је написао Стефан Првовенчани.

Дакле, веза између производа и његовог порекла као знака квалитета има дугу традицију. У прошлости су прописи о заштити географских ознака већином били локални или регионални. Ознаке којима се прецизирано географско порекло производа су били први типови трговачких жигова. Услед специфичног квалитета, производи из одређених региона продавали су се боље него други слични производи који потичу из других региона. У циљу заштите пословног угледа и добре репутације ових производа, локалне власти су доносиле законе којима се спречава фалсификовање или преварно представљање. Тако су ознаке географског порекла постале битан саставни део пословне праксе.

Правна заштита ознака порекла робе, онаква какву је данас познајемо, потиче из француског права. Званично је први закон против злоупотребе трговачког имена (фирме и ознаке порекла робе) донет 1844. године у Француској. Одредбе овог закона су касније преузете у већини земаља које су биле под утицајем романског права.

Данас географске ознаке порекла морају да испуњавају неколико услова да би добиле правну заштиту. Неки од тих услова односе се само на име порекла (ознаку порекла), а неки на географску ознаку.

Први услов је заједнички и односи се на постојање географског порекла одређеног производа. Свака географска ознака порекла мора да садржи назнаку одређеног локалитета. Тај локалитет може да буде назив земље (што је веома ретко и користи се само у случају малих земаља које имају јединствену географску средину) или име региона (подручја) или места. Веома је битно да тај назив буде довољно дистинктиван, како би се разликовао од других географских назива. Да би географски назив могао да ужива правну заштиту потребно је да између њега и производа који је означен тим називом постоји одређена веза. Та веза је у ствари порекло производа из географског локалитета који је означен на производу. Други услов односи се само на ознаку порекла, а састоји се у томе што производ који носи заштићену ознаку порекла мора да има специфична својства и квалитет по којима се разликује од осталих истих или сличних производа који не потичу са тог географског локалитета.⁷

Производи који носе географску ознаку порекла, заштићени производи, уживају одређену предност на тржишту у односу на исту врсту производа који немају овакву ознаку. Репутација стечена захваљујући природним условима и вештини људи одређеног краја, утиче на повећану тражњу за овим производима односно им снажан економски утицај. Самим тим, заштићене ознаке

⁷ В. Бесаровић, стр. 178-179.

порекла постају значајно конкурентско средство између производа истих или сличних врста.⁸

Географска ознака порекла представља колективно право свих лица, који припадају одређеном географском подручју, а који могу бити физичка или правна лица која се баве неком привредном делатношћу.⁹ Дакле, једна од кључних карактеристика географских ознака је тзв. колективни елемент, који данас представља суштинску разлику између географских ознака и пословних жигова.¹⁰

Корисници географске ознаке порекла нису унапред одређена лица. То може бити само једно или више лица која испуњавају услове предвиђене законом. За стицање права на одређену географску ознаку порекла, битно је да на одређеном географском подручју обављају производњу или прераду производа који носи такву географску ознаку порекла.¹¹

Ознаке географског порекла углавном су географска имена, као што су: Парма (*Parma*), Бордо (*Bordeaux*), Рокфор (*Roqufort*), итд. Ипак, и традиционални и историјски називи који нису географски могу бити заштићени, под условом да су везани за једно специфично место. Најпознатији пример тако заштићеног назива порекла је фета који није место у Грчкој, али чије је име до те мере уско повезано са Грчком, да се идентификује као типично грчки производ.

Будући да је географско име јавно име (нпр. Парма је град у Италији), поставља се питање да ли и зашто употреба тог имена треба да буде ограничена? Сигурно је да име овог града може да употребљава свако. Међутим, поред тог општег права употребе имена, постоји интерес локалних произвођача шунке и сира - пармезана који желе да репутација у производњи, стварана генерацијама, буде заштићена. Доношењем прописа о географским ознакама порекла требало би да се успостави фина равнотежа између ова два супротстављена интереса.

Опште је правило је да јавно име мора остати јавно за употребу. Ипак, јавне власти могу да одлуче да, у одређеним специфичним случајевима, ограниче употребу јавних имена на један специфичан производ. Тако, у примеру Парме, сам назив града остаје јавно име које може свако употребљавати, осим када је употреба назива повезана са два специфична производа, а то су шунка и сир. Наиме, законодавац је одлучио да се употреба јавног имена ограничи само

⁸ W. Tilmann, *Die Geographische Herkunftsangabe*, 1976, str. 47. (Наведено према В. Бесаровић, стр. 176-177).

⁹ В. Бесаровић, стр. 175.

¹⁰ Жигови су знаци индивидуалног означавања одређеног предузећа или појединца или специфичног производа како би се разликовали од осталих (нпр. Кола Кола за врсту газираниог пића, Мерцедес као тип аутомобила, итд.). Понекад повезаност између производа и жига постане толико јака да имена жигова замењују производ генерално (нпр. нес кафа за све типове инстант кафе).

¹¹ В. Бесаровић, стр. 175.

онда када је његова употреба у вези са ова два производа. Произвођачи шунке и сира који се налазе у специфичној зони и производе у складу са специфичним критеријумима имају ексклузивно право да користе јавно име на одређени квази-приватан начин.¹²

Будући да је општи интерес да се очува употреба јавних имена колико год је могуће слободно и да је употреба географских ознака изузетак од тог општег правила често се поставља питање да ли би употреба имена треба да буде дозвољена у односу на одређена добра и онда када је име постало синоним једног посебног типа производа тако да више нема јавног интереса да се штити. Реч је о имену које је постало генеричко једном специфичном типу добра. Правило је да генерички називи не могу да буду заштићени као географске ознаке.¹³

Заштита ознаке географског порекла еволуирала је на различите начине у складу са развојем националних и међународних законодавстава. Са развојем Европске уније, појавио се и посебан систем заштите географских ознака у Европској унији. Најпре ће бити представљени међународни инструменти, тј. међународни уговори за заштиту географских ознака. Након тога биће анализирана развој система заштите ознака географског порекла у Европској унији. На крају ће бити размотрена најновија решења српског законодавства предвиђена Законом о ознакама географског порекла.

II. МЕЂУНАРОДНИ УГОВОРИ ЗА ЗАШТИТУ ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА ПОРЕКЛА

До средине 19. века већина независних држава донела је националне законе о индустријској својини. Међутим, испоставило се да правна заштита коју су предвиђали национални прописи није задовољавала потребе међународног технолошког и робног промета, јер је била везана искључиво за домаћа физич-

¹² В. О'Connor, „Origine et cadre juridique pour la protection des indications géographiques“, www.tradecom-acpeu.org/LinkClick.aspx?fileticket...tabid=4382...ft, 20. јуни 2011.

¹³ Класичан пример дебате о генеричком имену јесте она у вези са фета сиром. У Европској унији постоји велики број произвођача фета сира који су настањени изван Грчке и који не производе у складу са традиционалним грчким методама. Када се појавио захтев једног произвођача фета сира из Грчке да региструје фету као географску ознаку грчког порекла, немачки, дански и француски произвођачи фете су се побунили. Тврдили су да је реч фета постала генеричка и да дефинише врсту белог сира која се прави у расолу, истичући да специфичан квалитет тог сира више није везан за његово грчко порекло. Да би разрешила ову расправу, Европска комисија је спровела анкету о поимању просечног потрошача у вези са фета сиром. Постављено је питање да ли потрошач сматра да је име фета постало заједничко име за један тип производа или сматра да је фета посебан сир из Грчке који садржи специфичне особине? На основу детаљног испитивања историјата назива, мишљења произвођача, мишљења потрошача, начин на који се сир ставља у промет, Комисија је закључила да име није постало генеричко и дакле да име може описивати један специфичан производ специфичног порекла и може бити регистрован као географска ознака.

ка и правна лица. Ово је посебно дошло до изражаја у случају знакова разликовања (модел, жигови, ознаке порекла робе) који су уживали правну заштиту само на домаћој територији и тиме отежавали међународну робну размену. Наиме, домаћи производи нису уживали правну заштиту у иностранству, као што нису ни страни на домаћем тржишту. Дакле, било је потребно донети међународну конвенцију којом би се успоставили темељи међународне заштите индустријске својине и која би гарантовала правну заштиту, под истим условима, за све припаднике чланица конвенције. Тако је на дипломатској конференцији у Паризу 1883. донета Конвенција о заштити индустријске својине.

Овом конвенцијом је основана Међународна унија за заштиту индустријске својине, која је отвореног карактера, слободна за приступање на основу једностране изјаве воље сваке заинтересоване земље. Уколико се изузме Поштанска унија (која је била превасходно техничке природе), успостављање Уније за заштиту права индустријске својине представља први корак ка стварању супранационалног права индустријске својине.

Након ступања на снагу Париске конвенције, појавила се потреба за доношењем међународних споразума којима се ближе регулишу поједина спорна питања материјалног права. Најважнија група таквих споразума донета је са циљем да се припадницима Париске уније омогући стицање појединих права индустријске својине за подручје више земаља, на основу једне међународне пријаве. Уместо да припадник Уније подноси пријаву за право индустријске својине у свакој земљи појединачно, он подношењем једне јединствене пријаве, стиче правну заштиту у више земаља.¹⁴

У области заштите ознака географског порекла, то су следећи споразуми: Мадридски споразум о из 1891. о сузбијању лажних и преварних ознака порекла на производима, Лисабонски аранжман из 1958. о заштити ознака порекла и њиховом међународном регистровању¹⁵ и Мадридски аранжман из 1891. о међународном регистровању жигова. Када је реч о међународним правним инструментима којима се штите ознаке географског порекла, мора се поменути и Споразум СТО о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС споразуми) из 1994. године.

Занимљиво је да терминологија у вези са заштитом ознака географског порекла није јединствена, у смислу да се у различитим међународним инструментима користе различити термини: „ознака порекла“, „име порекла“, „географска ознака“, који су притом дефинисани на различите начине.

У свету данас постоје различити концепти заштите ознака географског порекла. Ова хетерогеност система заштите представља извор бројних неслагања и спорова на међународном плану. Различитости су нарочито велике из-

¹⁴ В. Бесаровић, стр. 60.

¹⁵ У неким преводима користи се и термин Лисабонски споразум о заштити ознака порекла и њиховом међународном регистровању.

међу европског приступа, с једне стране, и америчког, с друге стране. Наиме, први предност даје инструменту *sui generis* заштите ознака географског порекла, док други заштиту обезбеђује путем колективних жигова.¹⁶ У овом раду предмет истраживања биће ограничен на европски модел заштите ознака географског порекла.

1. Париска конвенција из 1883. о заштити индустријске својине

Напори у правцу усвајања заједничког приступа у области индустријске својине на међународном плану довели су до доношења Париске конвенције о заштити индустријске својине из 1883. године.¹⁷ Ова конвенција односи се на патенте, моделе, цртеже или индустријске моделе, фабричке или пословне жигове, услужне жигове, пословно име и ознаке порекла или имена порекла, као и на сузбијање нелојалне конкуренције.¹⁸

Иако Париска конвенција одређује географске ознаке као посебно право индустријске својине, равноправно са свим осталим правима, Конвенцијом није јасно дефинисан концепт географске ознаке. Париском конвенцијом су предвиђене одређене санкције у случају недозвољене употребе ознака порекла на производима, у смислу да ниједна ознака порекла не може да се користи уколико се односи на географску област из које тај производ не потиче.¹⁹

Конвенцијом су предвиђене основе заштите против лажних ознака порекла, укључујући имена порекла. Чланице конвенције су обавезне да пруже заштиту против нелојалне конкуренције. Конвенција такође садржи листу аката (која није коначна) који се морају санкционисати. Ипак, Париска конвенција из 1883. године о заштити индустријске својине не садржи посебне санкције у случају повреде ове одредбе.

Будући да је Париском Конвенцијом предвиђено да чланице могу, између себе, да предузимају посебне аранжмане за заштиту индустријске својине, усвојена су два међународна уговора о географским ознакама: Мадридски споразум из 1891. и Лисабонски акт из 1958.

2. Мадридски споразум из 1891. о сузбијању лажних и преварних ознака порекла на производима

Мадридским споразумом²⁰ из 1891. године о сузбијању лажних и преварних ознака порекла производа предвиђено је да сви производи који носе лажну

¹⁶ С. Le Goffic., str. 40-60.

¹⁷ Детаљније на интернет адреси: <http://www.zis.gov.rs/sr/pdf/pariz.pdf>, 20. јун 2011.

¹⁸ Чл. 1, ст. 2. Париске конвенције.

¹⁹ Чл. 10, ст. 1 Париске конвенције.

²⁰ Детаљније на интернет адреси: http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_ogp/madrid.pdf, 20. јун 2011.

или преварну ознаку којом се једна земља на коју се овај споразум примењује, или место које се у једној од њих налази, директно или индиректно означава као земља или место порекла, биће заплењени при увозу у сваку од поменутих земаља.²¹

Мадридски споразум био је први међународни уговор који је предвиђао посебне прописе у области сузбијања лажних или преварних ознака порекла. Међутим, сам Мадридски споразум није пружао додатну заштиту у односу на ону из Париске конвенције из 1883. године, већ је поменута заштита само проширена на преварне ознаке порекла, као и на лажне ознаке.

3. Лисабонски аранжман из 1958. о заштити ознака порекла и њиховом међународном регистровању

Циљ Лисабонског аранжмана из 1958. године²² је управо заштита ознака порекла. Земље на које се овај аранжман примењује конституишу Посебну унију у оквиру Уније за заштиту индустријске својине.²³ Оне преузимају на себе да на својој територији, у складу са условима овог аранжмана, штите ознаке порекла производа других земаља Посебне уније, признате и заштићене као такве у земљи порекла и регистроване код Међународног бироа за интелектуалну својину поменутог у Конвенцији о оснивању Светске организације за интелектуалну својину.²⁴

У овом аранжману ознака порекла значи географско име земље, региона или локалитета, које служи да се означи производ који оданде потиче, и чији су квалитет и карактеристике искључиво или битно проузроковани географском околином, укључујући и природне и људске факторе.²⁵

Лисабонски аранжман садржи адекватну дефиницију и проширује је у смислу да се заштита обезбеђује против било какве узурпације или лимитације, чак и ако је назначено истинито порекло производа, или ако је ознака коришћена у преведеној форми, или праћена терминима као што су: „врста“, „тип“, „начин“, „имитација“ или слично.²⁶

У складу са Лисабонским аранжманом, два основна захтева морају бити испуњена да би једна ознака порекла уживала заштиту. Прво, ознака порекла мора бити заштићена у земљи порекла производа, а друго, ознака порекла мора бити регистрована код Међународног бироа за интелектуалну својину.

²¹ Чл. 1, ст. 1 Мадридског споразума.

²² Детаљније на интернет адреси: http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_ogp/lisabon.pdf, 20. јун 2011.

²³ Чл. 1, ст. 1 Лисабонског аранжмана.

²⁴ Чл. 1, ст. 2 Лисабонског аранжмана.

²⁵ Чл. 2, ст. 1 Лисабонског аранжмана.

²⁶ Чл. 3 Лисабонског аранжмана.

Одредбе овог аранжмана ни на који начин не искључују заштиту ознакама порекла у свакој земљи Посебне уније, већ признату у складу са другим међународним инструментима, као што су Париска конвенција о заштити индустријске својине и њене накнадне измене и допуне, Мадридски споразум о сузбијању лажних и преварних ознака порекла и његове накнадне измене, или у складу са националним законодавством и његовим судским одлукама.²⁷

Регистрација ознака порекла врши се код Међународног бироа, на захтев Завода земље Посебне уније, у име сваког физичког и правног лица, јавног или приватног, које, у складу са својим националним законодавством, има право да користи такву ознаку.²⁸ Међународни биро ће, без оклевања, обавестити заводе земаља Посебне уније о таквим регистрацијама. Завод сваке земље може изјавити да не може осигурати заштиту ознаке порекла о чијој је регистрацији обавештен, али само ако достави изјаву Међународном бироу, заједно са назначењем разлога за то, у року од годину дана од пријема обавештења о регистрацији. Једном када је регистрована, ознака порекла је заштићена у свим осталим земљама чланицама. Иначе, у Лисабонском аранжману се не помињу прецизни мотиви за одбијање заштите ознаке порекла.

Веома је битно нагласити да се трајање заштите поверене међународном регистру поклапа са заштитом ознаке порекла у земљи порекла. Према томе, није потребно међународно обнављање.

4. Мадридски аранжман из 1891. о међународном регистровању жигова

У неким земљама, географске ознаке могу бити заштићене само као пословни жигови. Сходно томе, мадридски систем о међународном регистровању жигова као колективних жигова, сертификационих жигова или гарантних жигова представља значајан акт зато што обезбеђује географским ознакама важну заштиту на другачији начин. Када постоји посебан закон о географским ознакама, *sui generis* закон, користе се прописи који се односе на пословне жигове. Међутим, у недостатку закона о географским ознакама, може се користити општи закон о пословним жиговима.

Мадридски систем међународне регистрације жигова садржи два акта: Мадридски аранжман о међународном регистровању жигова из 1891.²⁹ и Протокол уз Мадридски аранжман из 1989.³⁰ Овај систем омогућава носиоцу пословног жига могућност да заштити свој жиг у више земаља подношењем јед-

²⁷ Чл. 4 Лисабонског аранжмана.

²⁸ Чл. 5 Лисабонског аранжмана.

²⁹ Детаљније на интернет адреси: http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_zigovi/madrid.pdf, 22. јун 2011.

³⁰ Детаљније на интернет адреси: http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_zigovi/madridpr.pdf, 22. јун 2011.

ног захтева код Бироа за пословне жигове, на једном језику и плаћањем једне серије такси у истој валути.

У складу са Протоколом, међународна регистрација има исто дејство као и захтев за регистрацију жига поднет у свакој земљи појединачно коју изабере депозитар. Уколико заштиту није одбио Биро за жигове једне земље у оквиру посебног рока (дванаест или осамнаест месеци), заштита је иста као да је жиг био регистрован у том Бироу.

Мадридски систем поједностављује управљање жигом омогућавајући касније регистровање промена или обнову регистрације путем једноставног покретања поступка код Међународног бироа Међународне организације за интелектуалну својину. За сада не постоји систем за прекограничну заштиту географских ознака који функционише као Мадридски систем за пословне жигове.

5. Споразум СТО о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС споразум)³¹

У оквиру Споразума СТО о трговинским аспектима права интелектуалне својине³² посебан део посвећен је географским ознакама. Овај споразум представља први пример да се један мултилатерални уговор бави географским ознакама као таквим.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине садржи одредбе о заштити географских ознака, као и одредбе којима се предвиђа додатна заштита: за вина и алкохолна пића.

У складу са овим споразумом, географске ознаке су ознаке које идентификују одређену робу као робу пореклом са територије чланице, или региона или локалитета са те територије, где се дати квалитет, репутацију или друге карактеристике робе суштински могу приписати њеном географском пореклу.³³

Ова дефиниција проширује концепт ознаке порекла из члана 2 Лисабонског аранжмана, како би се заштитили производи чија репутација је везана за само место порекла, али без обавезе да поседују квалитет или други карактер који дугују том месту. Да би добили заштиту, географска ознака мора бити индикација, али не обавезно и име неког географског места.

³¹ Споразум СТО о трговинским аспектима права интелектуалне својине, укључујући и трговину кривотвореном робом (ТРИПС споразум) чини Анекс 1Ц споразума из Маракеша којим се установљава Светска трговинска организација. ТРИПС споразум обавезује све чланице СТО.

³² Детаљније на интернет адреси: <http://www.arsetnorma.com/documents/TRIPS%20Sporazum.pdf>, 21. јун 2011.

³³ Чл. 22, ст. 1 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

Овим споразумом су предвиђена три нивоа заштите: најпре, заштита за све географске ознаке, затим додатна заштита за географске ознаке вина и алкохолних пића, и на крају допунска заштита само за вина.

У односу на географску ознаку, чланице ће обезбедити правна средства заинтересованим страна да би се спречило: с једне стране, коришћење било ког средства за означавање или презентирање робе која указује или сугерише да дата роба потиче из географског региона који није стварно место порекла, на начин који обмањује јавност у односу на географско порекло робе, и с друге стране, да би се спречило било какво коришћење које представља дело нелојалне конкуренције.³⁴

Када је реч о додатној заштити за вина и алкохолна пића, предвиђено је да ће свака држава чланица обезбедити правна средства заинтересованим странама да спрече употребу географске ознаке која означава да вино или алкохолно пиће потиче са места назначеног на предметној географској ознаци и ако оно не потиче са тог места, чак и када се стварно порекло робе наведе или се користи географска ознака у преводу или праћена изразима као што су: „врста“, „тип“, „стил“, „имитација“ или слично.³⁵

Затим, регистрација жига за вина који садржи или се састоји од географске ознаке која означава порекло вина или за алкохолна пића која садржи или се састоји од географске ознаке која означава порекло алкохолних пића ће се одбити или поништи, *ex officio*, ако национално законодавство то допушта, или на захтев заинтересоване чланице, у односу на таква вина или алкохолна пића која немају то порекло.³⁶

И на крају, додатна заштита за вина подразумева да ће се у случају хомонимне географске ознаке за вина, обезбедити заштита свакој ознаци. Свака чланица ће утврдити практичне услове под којима ће се хомонимне ознаке у питању међусобно разликовати, узимајући у обзир потребу да се обезбеди равноправан третман односних произвођача и да се не обману потрошачи.³⁷

Такође је предвиђено да ће се, у циљу олакшања заштите географских ознака за вина, иницирати преговори у Савету за ТРИПС у вези са успостављањем мултилатералног система обавештења и регистрације географских ознака за вина које испуњавају услове заштите у оним чланицама које учествују у систему.³⁸

³⁴ Чл. 22, ст. 2 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

³⁵ Чл. 23, ст. 1 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

³⁶ Чл. 23, ст. 2 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

³⁷ Чл. 23, ст. 3 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

³⁸ Чл. 23, ст. 4 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

III. ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Ознакама географског порекла се повећава производња, стварају нова радна места на локалном нивоу и развијају рурална подручја. Осим тога, ознаке географског порекла омогућавају произвођачима да добију боље цене за квалитетне намирнице произведене према традиционалним рецептима на специфичним подручјима. Стога се данас заштити ознака географског порекла посвећује велика пажња у оквиру заједничке пољопривредне и трговинске политике Европске уније.³⁹

1. Развој политике ЕУ у области ознака географског порекла

Будући да све до 1992. године није постајао ниједан заједнички пропис Европске заједнице у области заштите географских ознака порекла, државе чланице имале су могућност да изаберу приступ који им одговара. На нивоу Европске заједнице, донето је више прописа само у вези са одређивањем порекла вина и алкохолних пића, али до почетка деведесетих година није било заједничких прописа о прехранбеним производима.

Први акт у вези са географским ознакама за пољопривредне производе била је Уредба 2081/92 о заштити географских ознака и ознака порекла за пољопривредне и прехранбене производе. Међутим, ова уредба није садржала одредбе о заштити индустријских производа одређених њиховим географским пореклом. Иначе, Уредба Савета 2081/92 изазвала је оштру расправу у оквиру Светске трговинске организације. Против ње су биле САД и Аустралија, сматрајући је некохерентном у односу на обавезе које је ЕУ преузела Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине и Уговором ГАТТ из 1994.⁴⁰

Доношењем Уредбе Савета министара ЕУ 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе, као и Уредбе Европске комисије 1898/2006 којим се установљавају детаљна правила за примену Уредбе Савета министара ЕУ 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе обезбеђује се заштита ознака географског порекла на основу законодавства ЕУ. Једна од основних карактеристика овог новог законодавства је да омогућава једноставнију реги-

³⁹ В. О'Коннор, "Origine et cadre juridique pour la protection des indications géographiques", www.tradecom-acpeu.org/LinkClick.aspx?fileticket...tabid=4382...ft, 20. јуни 2011.

⁴⁰ Постојала су два спорна елемента, тј. две замерке на Уредбу 2081/92. Прва се односила на повреду националног третмана, уредбом је добијање заштите условљено обавезом реципроцитета и једнакости. Друга се односила на заштиту пословних жигова, када конкурентна употреба сличне географске ознаке може довести до конфузије, она би морала одмах бити спречена

страцију географских ознака трећих земаља у Европској унији. Тако је регистрована колумбијска кафа или цејлонски чај, као и десетине других ознака порекла за производе из трећих земаља.

2. Уредба 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе

Поље примене Уредбе савета 510/2006 се ограничава на одређене пољопривредне производе намењене за људску прехрану и прехранбене производе⁴¹, и пољопривредне производе⁴² и то само када постоји веза између производа или прехранбене намирнице и његовог географског порекла.

У складу са овом уредбом, већина прехранбених производа може бити регистрована као заштићена географска ознака или заштићена ознака порекла. Ипак, припремљена јела, сосови, супе и чорбе, сладоледи, чоколада (и други прехранбени производи који садрже какао) не могу бити регистровани као заштићена географска ознака или заштићена ознака порекла.

Не могу се регистровати ни имена индустријских производа, алкохола (за које су утврђена специфични прописи Уредбом 1576/89), производа из сектора вина, осим винског сирћета и минералних вода.

На основу уредбе, сматрају се ознаком порекла, традиционални географски или негеографски називи, који означавају пољопривредни или прехранбени производ који испуњава услове регистрације.

Назив не може бити регистрован као ознака порекла или географска ознака у три случаја: прво, када је у колизији са називом неке биљне сорте или животињске расе, што би потрошача могло довести у заблуду у вези са истинским пореклом производа; друго, када је постао генерички; и треће, када, имајући у виду реноме жига, општу познатост и трајање употребе робног жига, може довести потрошача у заблуду у вези са истинским идентитетом производа.

Уредба 510/2006 успоставља разлику између ознаке порекла и географске ознаке.⁴³ У смислу ове уредбе:

(а) **ознака порекла** је назив регије, специфичног места или у изузетним случајевима државе, који се користи да би се описао пољопривредни или прехранбени производ:

⁴¹ У прилогу I одређени су прехранбени производи на које се односи ова уредба и то су: пиво; напаци израђени од биљних екстракта; хлеб, пециво, колачи послатице и други пекарски производи; природне гуме и смоле; сенф; тестенина.

⁴² У Прилогу II одређени су пољопривредни производи на које се односи ова уредба и то су: сено, есенцијална уља, плута, цвеће и украсне биљке, вуна, плетива и лан.

⁴³ Чл. 2 Уредбе 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе.

- Пореклом из те регије, специфичног места или државе;
- Чије су особине и квалитет суштински или искључиво последица одређеног географског окружења са његовим својственим природним и људским карактеристикама; и
- Чија се производња, прерада и припрема изводи на дефинисаном географском подручју;

(б) **географска ознака** је назив регије, специфичног места или у изузетним случајевима државе, који се користи да би се описао пољопривредни или прехранбени производ:

- Пореклом из те регије, специфичног места или државе;
- Који има специфичан квалитет, углед или друге особине које се могу приписати само том географском окружењу; и
- Чија се производња и/или прерада и/или припрема изводи на дефинисаном географској подручју.

Дакле, из ових дефиниција произилазе три разлике између ознаке порекла и географске ознаке:

- Да би се један производ сматрао заштићеном ознаком порекла, сировине морају потицати са географског подручја у питању;
- Веза између заштићене ознаке порекла и места порекла мора бити објективнија, док у случају заштићене географске ознаке веза између производа и места порекла јесте потребна, али није суштинска ни ексклузивна;
- За заштићене ознаке порекла, све етапе у производњи од материјала за припрему до финалног производа морају бити из дефинисане географске зоне, а што се тиче заштићене географске ознаке, само једна од три етапе - припрема, производња или прерада - мора да се одвија у дефинисаној географској регији.

Како би се заштитили називи заштићене географске ознаке или заштићене ознаке порекла, производ мора да задовољи услове који прате захтев за регистрацију, који мора садржати следеће елементе, а то су: назив и опис производа; дефиницију географске зоне; методе припремања; фактуре које се односе на географско окружење; инспекцијско тело; детаље о етикетирању и све трајне законске захтеве.⁴⁴

Свака група произвођача, каква год да је правна форма њеног састава, или под одређеним условима који се морају усвојити, физичко или правно лице, може поднети захтев за регистрацију заштићене географске ознаке или заштићене ознаке порекла. Захтев се подноси држави чланици у којој се налази географска регија одакле потиче производ. Држава чланица проверава да захтев у складу са уредбом и прослеђује га другим државама чланицама и Комисији. Комисија поново испитује захтев и објављује га Службеном гласнику

⁴⁴ Чл. 5 Уредбе 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе.

ЕУ. Уколико се у року од три месеца од објављивања не појави ниједан приговор, Комисија уписује заштићену географску ознаку или заштићену ознаку пореклу јавни регистар који чува.

Регистровани називи су заштићени од⁴⁵:

- Било какве директне или индиректне комерцијалне употребе регистрованог назива за производе који нису обухваћени регистрацијом, уколико су ти производи упоредиви с производима регистрованим под тим називом, или уколико се употребом тога назива искоришћава углед заштићеног производа;

- Било какве злоупотребе, опонашања или подсећања, чак и ако је означено истинско порекло производа, или ако је заштићени назив преведен или га прати израз као што је „врста“, „тип“, „метод“, „начин“, „имитација“ или неки сличан израз;

- Било какве друге лажне ознаке или ознаке која доводи у заблуду у вези са пореклом, природом или битним особинама производа на унутрашњој или спољној амбалажи, на рекламним материјалима или документима који се односе на дотични производ, као и од паковања производа у амбалажу која ствара погрешну импресију о пореклу;

- Било какве друге праксе која може довести у заблуду у вези са правим пореклом производа.

IV. ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У СРБИЈИ

Примена Споразума о стабилизацији и придруживању и Прелазног трговинског споразума између Европске уније и Републике Србије захтевала је хармонизацију Закона о ознакама географског порекла са директивама и уредбама ЕУ (Уредба Савета министара ЕУ 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе, као и Уредба Европске комисије 1898/2006 којим се установљавају детаљна правила за примену Уредбе Савета министара ЕУ 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе).

1. Закон о ознакама географског порекла

Република Србија је 2010. године донела нови Закон о ознакама географског порекла, који је у потпуности усклађен са релевантним прописима ЕУ и захтевима ССП-а и Прелазног трговинског споразума. Закон о ознакама географског порекла такође је усклађен и са Мадридским споразумом о сузбијању

⁴⁵ Чл. 13 Уредбе 510/2006 о заштити географских ознака и ознака за пољопривредне и прехранбене производе.

лажних и преварних ознака порекла на производима и Лисабонским аранжманом о заштити имена порекла и њиховом међународном регистровању.

Захваљујући овом закону, створена је могућност да Србија пласира своје производе на светско тржиште, као и да те брендове у правном смислу заштити. Вредност географске ознаке порекла почива на свести и убеђењу потрошача да су производи обележени географском ознаком порекла, производи посебних својстава и квалитета. То утиче на повећану тражњу и има значајан економски учинак.

Нека од нових решења овог закона су: уређење поступка за стицање међународне заштите домаћих ознака географског порекла, уређење система контроле квалитета и посебних својстава производа, увођење права жалбе (претходним законом није била предвиђена могућност изјављивања жалбе против управних аката завода за интелектуалну својину донетих у првом степену), могућност регистровања ознаке географског порекла на нивоу ЕУ и др.

Овим законом уређује се начин стицања и правна заштита ознака географског порекла. Одредбе овог закона не примењују се на вино и ракију и друга алкохолна пића и у делу у коме су стицање и систем заштите, као и остваривање права коришћења ознаке географског порекла на тим производима уређеним посебним прописима.⁴⁶

Ознаке географског порекла употребљавају се за обележавање природних, пољопривредних, прехрамбених и индустријских производа, производа домаће радиности и услуга.

Закон о ознакама географског порекла, у складу са релевантним прописима ЕУ, пре свега Уредбом 510/2006, познаје име порекла и географску ознаку и дефинише их на исти начин како је то учињено у законодавству ЕУ.⁴⁷

Име порекла је географски назив земље, региона, или локалитета, којим се означава производ који одатле потиче, чији су квалитет и посебна својства искључиво или битно условљени географском средином, укључујући природне и људске факторе и чија се производња, прерада и припрема у целини одвијају на одређеном ограниченом подручју.⁴⁸

Географска ознака је ознака која идентификује одређени производ као производ пореклом са територије одређене земље, региона или локалитета са те територије, где се одређени квалитет, репутација или друге карактеристике производа суштински могу приписати његовом географском пореклу и чија се производња и/или, прерада и/или припрема одвијају на одређеном ограниченом подручју.⁴⁹

⁴⁶ Чл. 1 Закона о ознакама географског порекла (Сл. гласник РС, бр. 18/2020).

⁴⁷ Закон о географским ознакама порекла и 1995. године правио је разлику између ознака порекла и географских ознака, док Закон из 2010. године разликује име порекла и географске ознаке. Међутим, реч је само о терминолошкој, формалној разлици јер су ознака порекла и име порекла дефинисане на готово идентичан начин.

⁴⁸ Чл. 3 Закона о ознакама географског порекла (Сл. гласник РС, бр. 18/2020).

⁴⁹ Чл. 4 Закона о ознакама географског порекла (Сл. гласник РС, бр. 18/2020).

Такође, ознака географског порекла је и назив који није географски назив одређене земље, региона или локалитета, а који је дугом употребом у промету постао општепознат као традиционални назив производа који потиче са тог подручја, или је у питању историјски назив тог подручја.⁵⁰

Законом је предвиђена и заштита хомонимних назива. Ако су називи два или више места одакле производ потиче идентични, или готово идентични у писаном или изговореном облику (хомонимни називи), заштита таквих географских назива биће призната свим заинтересованим лицима која испуњавају услове прописане овим законом, на основу принципа праведног и равноправног третирања произвођача на тржишту и истинитог обавештавања потрошача, осим када то може да изазове забуну у јавности о тачном географском пореклу производа.⁵¹

У складу са Уредбом 510/2006 и овим законом су предвиђени називи који се не могу заштитити. Ознаком географског порекла не може се заштити назив:⁵²

- чије је објављивање или употреба противна јавном поретку или прихваћеним моралним принципима;
- који представља име заштићене биљне сорте или животињске врсте, уколико може да створи забуну код потрошача у погледу стварног порекла производа;
- чији изглед или садржај може да створи забуну код потрошача у погледу природе, порекла, квалитета, начина производње или других карактеристика производа;
- који је истоветан или сличан раније регистрованом жигу, уколико с обзиром на репутацију, познатост и дужину употребе тог жига постоји могућност настанка забуне код потрошача у погледу произвођачког порекла производа;
- који представља тачан назив земље, региона или локалитета са кога производ потиче, али који код потрошача изазива лажну представу да производ потиче из друге земље, региона или локалитета;
- који је услед дуготрајне употребе постао генеричан, односно уобичајени назив за означавање одређеног производа;
- који није заштићен, или је престао да буде заштићен у земљу порекла, или који је престао да се користи у тој земљи.

⁵⁰ Чл. 5 Закона о ознакама географског порекла (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).

⁵¹ Чл. 6 Закона о ознакама географског порекла (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).

⁵² Чл. 8 Закона о ознакама географског порекла (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).

2. Употреба ознака географског порекла у пракси

Будући да ознака географског порекла представља значајно маркетиншко средство, доприноси комерцијалној вредности производа и олакшава његов пласман на тржишту. Правна заштита ознака географског порекла доприноси тржишном развоју производа. Стога адекватан систем заштите ознаке географског порекла, који је усаглашен са европским и светским стандардима, представља значајан економски и привредни потенцијал за развој руралних подручја Републике Србије.

Дакле, ознаке географског порекла представљају вектор економског развоја и уређења простора у држави. Ове предности ознака географског порекла врло брзо су схваћене у Европској унији. Ипак, за разлику од произвођача хране у ЕУ који су економски интерес препознали у заштити својих производа ознаком географског порекла, српски произвођачи много мање користе овај вид заштите. Чини се да се у Србији и не зна довољно о предностима заштите производа ознакама географског порекла.⁵³

Занимљиво је да у Србији ознаку географског порекла тренутно има 56 производа⁵⁴, с тим што поједини производи (нпр. говеђа ужичка пршута, сремска кобасица, ртањски чај, хомољски овчији и крављи сир итд.) још увек немају овлашћеног корисника.⁵⁵

V. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Заштита географске ознаке порекла постепено се развијала како на међународном, тако и на унутрашњем, тј. националном нивоу држава. Од краја 19. века па до данас, усвојено је више међународних инструмената којима се штите ознаке географског порекла. Осим тога, оснивањем и развојем Европске уније, успостављен је посебан систем заштите географских ознака у оквиру Европске уније.

Ознаке географског порекла представљају предмет истраживања који се налази на раскршћу између географије, агрономије, економије, међународне трговине и права. Економска вредност везана за овај тип ознаке као и информација коју пружа потрошачима оправдавају његову правну заштиту.⁵⁶

⁵³ О томе сведочи и податак да је Србији прошле године стигло обавештење из ЕУ да ће овдашње млекаре три године по ступању ССП на снагу, из употребе морати да избаци назив фета сир, јер га је заштитила Грчка. Уколико га не избаци, и држава и сами произвођачи могу бити кажњени.

⁵⁴ Међу производима који су од скоро добили ознаку географског порекла је и ајвар (25. маја 2011.). Наиме, у заводу за заштиту интелектуалне својине регистрован је по називом „лесковачки домаћи ајвар“. Од сада ће он моћи да се пласира и на тржиште ЕУ.

⁵⁵ Детаљније на интернет адреси: <http://www.market-srbija.com/rubrike-u-asopisu/propisi/756-zatita-proizvoda-oznakama-geografskog-porekla-u-srbiji/>, 23. јун 2011.

⁵⁶ С. Le Goffic., str. 25.

Обележавање производа ознаком географског порекла за произвођаче значи већу тржишну вредност, јер их потрошач препознаје као производе посебног квалитета и својстава и спреман је да за њих плати више. Географска ознака порекла представља значајан потенцијал за развој руралних подручја која уживају репутацију у складу са одређеним производом, јер доприноси очувању традиционалног и јединственог начина производње тих производа.

На основу Споразума о стабилизацији и придруживању и Прелазног трговинског споразума, Република Србија је обавезна са усклади домаће прописе с правом ЕУ у области заштите ознака географског порекла. Србија је то учинила доношењем Закона о ознакама географског порекла 2010. године, који је у потпуности усклађен са законодавством ЕУ у тој области. Међутим, чињеница је да се ознаке географског порекла не користе у великој мери у Србији, без обзира на то што за тим постоји реална потреба.

THE PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS IN INTERNATIONAL, EUROPEAN AND SERBIAN LAW

Summary

The paper deals with the protection of geographical indications on international, European and national level.

After introductory notes with regard to origin and development of the idea of protection of geographical indications, the first part of the article is dedicated to the international agreements on protection of geographical indications, adopted from the end of 19th century to nowadays. In the second part of the article the author analyses the EU policy in the field of geographical indications. The special attention is paid to the Council Regulation (EC) 510/2006 on the protection of geographical indications and designations of the origin for agricultural products and foodstuffs. The Regulation makes difference between 'designation of origin' and 'geographical indication'. For the purpose of this Regulation 'designation of origin' means the name of a region, a specific place, or in exceptional cases, a country, used to describe an agricultural product or foodstuff originating in that region, specific place or country, the quality or characteristics of which are essentially or exclusively due to the particular geographical environment with its inherent natural and human factors, and the production, processing and preparation of which take place in the defined geographical area. 'Geographical indication' means the name of a region, a specific place or, in exceptional cases, a country, used to describe an agricultural product or a foodstuff originating in that region, specific place or country, which possesses a specific quality, reputation or other characteristics attributable to that geographi-

cal origin, and the production and/or processing and/or preparation of which take place in the defined geographical area. The third part of the article is dedicated to the Serbian law on the protection of the geographical indications, adopted in 2010, which is completely in accordance to the Regulation 510/2006.

Within the concluding observations, the author sums up presented observations and especially emphasizes the importance of the use of geographical indications and designation of origin in Serbia.

Key words: *designations of origin, geographical indications, European Union, industrial property law, international agreements.*

ODGOVORNOST PRODAVCA ZA SAOBRAZNOST ROBE SA PRINUDNIM PROPISIMA¹

Dr Sandra Fišer-Šobot*

***Apstrakt:** Svaka roba kojom se može trgovati podleže određenim standardima i pravilima koje mora da ispuni. U prekograničnoj trgovini je važno pitanje koji od različitih javnopravnih standarda je merodavan pri oceni saobraznosti robe. Drugim rečima, da li se saobraznost robe procenjuje prema prinudnim propisima i standardima zemlje prodavca, zemlje kupca ili zemlje u kojoj će se roba koristiti. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, navedeno pitanje koje ima veliki kako teorijski, tako i praktičan značaj, ne reguliše. Odgovor daje sudska praksa.*

***Ključne reči:** saobraznost robe, Bečka konvencija, prinudni propisi, pravo zaštite životne sredine.*

1. UVOD

Prodavac je dužan kupcu isporučiti saobraznu robu. Kad je u pitanju prekogranična trgovina veoma je važno pitanje kako na saobraznost robe utiču kogentne odredbe unutrašnjeg prava u zemlji izvoza i u zemlji uvoza. Ovde se pre svega misli na prinudne propise u oblasti zaštite životne sredine, radnog prava i zaštite zdravlja ljudi. Prinudni propisi, po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju norme neposredne primene. Budući da su prinudni propisi heterogeni, postavlja se pitanje da li isporučena roba mora da ispuni postojeće javnopravne standarde u zemlji prodavca, zemlji kupca ili zemlji korišćenja da bi bila saobrazna. Problem nastaje jer javnopravnim normama u zemlji kupca ili zemlji korišćenja mogu biti predviđeni dodatni kvaliteti ili osobine robe koje roba mora posedovati da bi mogla da se koristi ili dalje prodaje

* Др Сандра Фишер-Шобот, асистент, Правни факултет у Новом Саду

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (br. 179079) koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

u toj zemlji. Navedeno pitanje ima veliki značaj jer neposredno utiče na odgovornost prodavca.

Kako norme javnog prava utiču na saobraznost robe nije izričito rešeno u *Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*² (u daljem tekstu: Bečka konvencija, BK) iz 1980. godine. Međutim, svakako da opšta načela na kojima počiva konvencija, kao i pravila o tumačenju ugovora i postupanja stranaka mogu doprineti rasvetljavanju ovog pitanja.

S druge strane, u sudskoj i arbitražnoj praksi se pojavio određen broj slučajeva koji se odnose upravo na ovo pitanje. U praksi su se najznačajniji predmeti odnosili na prodaju životnih namirnica kontaminiranih određenim štetnim i otrovnim sastojcima. S druge strane, prema raspoloživim podacima do sada nije rešavan spor koji se odnosio na nesaobraznost robe usled nepoštovanja pravila u oblasti zaštite životne sredine.

Značaj postojećeg *case law* se ogleda, pre svega, u tome što je prva odluka doneta po ovom pitanju tretirana u kao presedan i što je uticala na kasnije odluke u celom svetu. Pa ipak, rezultati dosadašnje sudske prakse po ovom pitanju nisu jedinstveni, jer je u nekim slučajevima saobraznost robe procenjivana prema odredbama javnog prava u zemlji prodavca, dok su opet u drugim slučajevima bila merodavna pravna pravila zemlje kupca.

Cilj ovog rada je da putem analize sudske i arbitražne prakse identifikuje pravila koja su do sada primenjivana i koja bi svoju analognu primenu mogla da imaju kad je potrebno proceniti da li je isporučena roba saobrazna sa prinudnim pravilima u oblasti zaštite životne sredine.

2. SPORAZUM STRANA I PRINUDNI PROPISI

Prodavac je dužan isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen u ugovoru.³ Konvencija izričito daje prednost sporazumu strana i ukoliko je pitanje kvaliteta regulisano ugovorom to je jedino merodavno, čak i ako roba npr. nema uobičajena svojstva. Takvo rešenje predstavlja potvrdu dispozitivnosti odredaba sadržanih u BK i principa autonomije volje ugovornih strana, kao jednog od osnovnih načela ugovornog prava.⁴

Strane svoju volju mogu izraziti izričito i prećutno. Izričit sporazum strana o količini, kvalitetu i vrsti robe podrazumeva da su u ugovoru jasno i detaljno, putem kvalitativnih i kvantitativnih opisa, određena fizička svojstva koja treba da poseduje roba koja je predmet ugovora. Ugovorne strane mogu izričito ugovoriti da roba mora

² Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*Službeni list SFRJ* 10/1/84 od 31.12.1984.; dalje u fusnotama: BK)

³ Čl. 35(1) BK.

⁴ Navedeni principi su izričito priznati u čl. 6 BK, a potvrđeni su i u brojnim drugim normama u BK.

biti u skladu sa određenim propisom, mogu taksativno navesti koje sve standarde roba mora da ispuni ili deo propisa učiniti sastavnim delom ugovora. Shodno tome, ako strane izričito ugovore da roba mora ispunjavati javnopravne standarde u zemlji kupca ili zemlji korišćenja, ona će biti saobrazna samo ako su ispoštovani svi ugovoreni standardi.

Izričito ugovaranje javnopravnih standarda koje roba mora ispuniti je dobro, pre svega, „jer se prinudni propisi uvode u sferu prodavčevog znanja i uticaja, i to bilo tako što se on neposredno upoznaje sa njihovim sadržajem, bilo tako što mu ugovor daje instrukcije gde da nađe merodavne propise“⁵.

I pored toga što je navedeni način određivanja osobina robe najbolji jer ostavlja malo mesta nedoumicama, strane retko prilikom ugovaranja postupaju na ovaj način iz više razloga. Prvo, one svakodnevno zaključuju veliki broj ugovora i često je porudžbina robe stvar rutine i zahteva brzu isporuku, pa bi detaljno regulisanje svih pitanja vodilo otežanom odvijanju i znatnom usporavanju međunarodnog poslovanja. Drugo, strane često ne ugovaraju osobine robe koje se podrazumevaju npr. da kupljena roba može da se dalje prodaje ili koristi u proizvodnji.

O prećutnom sporazumu možemo govoriti onda kad ne postoji izričit sporazum, ali je volja ugovornih strana dovoljno jasno izražena. Da li postoji prećutan sporazum strana treba procenjivati prema čl. 8 BK.

Prećutni sporazum postoji npr. ukoliko su strane u svom ugovoru izvršile upućivanje na određeni industrijski standard⁶ ili ako su na uopšten način odredile da roba mora biti u skladu sa npr. ekološkim ili propisima o bezbednosti hrane u određenoj zemlji.

O prećutnom sporazumu strana možemo govoriti i ako su ispunjeni uslovi za prećutnu primenu opštih uslova poslovanja prodavca ili kupca. To će biti slučaj kad se radi o opštim uslovima poslovanja koje su strane već koristile u prethodnim ugovorima o prodaji određene robe ili ako je njihova primena do te mere uobičajena u prometu odnosne robe da je druga strana morala da računa na njihovu primenu. Ako merodavni opšti uslovi predviđaju primenu određenih tehničkih i javnopravnih standarda i ako su ispunjeni navedeni uslovi za njihovu prećutnu primenu, onda ih prodavac u svakom slučaju mora poštovati.

I poslednje, moguće je da strane prećutno podvrgnu svoj ugovor, pa samim tim i određenje saobraznosti, običaju. Za prećutnu primenu običaja, prema BK je potrebno kumulativno ispunjenje tri uslova: prvo, da je stranama običaj bio poznat ili da im je morao biti poznat; drugo, da se radi o običaju koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i treće, da ga redovno poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci.⁷

⁵ M. Jovanović, Obaveza isporuke robe saobrazne sa prinudnim propisima države odredišta u međunarodnoj trgovini, *Pravo i privreda*, 4-6/2010, str. 410.

⁶ Videti više kod P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 1st edition, München, New York, 1998, str. 276, 277.

⁷ Videti čl. 9(2) BK.

Sudovi su u nekoliko navrata potvrdili da postojanje prećutnog sporazuma strana određuje koji javnopravni standardi su merodavni.

U predmetu *Spanish paprika case*⁸ je rešavan spor nastao u izvršenju ugovora o prodaji (začinske) paprike zaključenog između prodavca iz Španije i kupca iz Nemačke. Radilo se o ugovoru sa sukcesivnim isporukama. Jedna isporuka je sadržala oko 150% maksimalne koncentracije etil oksida dozvoljene prema nemačkom Zakonu o bezbednosti hrane. Budući da kupac u Nemačkoj nije mogao da koristi robu niti da je proda, on je odbio da plati cenu. Sud je utvrdio da je postojao prećutni sporazum sa prodavcem da roba mora biti podobna za ishranu ljudi u Nemačkoj i shodno tome, odbacio zahtev prodavca za plaćanje pošiljke paprike jer roba po svom sastavu nije bila u skladu sa navedenim propisima i standardima. Pored toga, sud je utvrdio da isporuka kontaminirane robe predstavlja bitnu povredu ugovora jer je kupca lišila onoga što je suštinski bio ovlašćen da očekuje.

Sličnu odluku nalazimo i u predmetu *Hang Tat v. Rizhao*⁹. Spor je nastao između kineskog izvoznika smrznutih škampi i kupca sa sedištem u SAD. Strane su ugovorile da roba mora da ispuni sanitetske i zdravstvene standarde na snazi u SAD. Nadležne carinske vlasti SAD su odbile da dopuste ulazak robe u zemlju zbog neusklađenosti sa navedenim pravilima. Za sud je bilo nesporno da je roba koju je isporučio prodavac nesaobrazna i da je prodavac povredio ugovor.

3. PODOBNOST ROBE ZA UOBIČAJENU UPOTREBU I PRINUDNI PROPISI

Prema čl. 35(2)(a) BK roba nije saobrazna ugovoru ukoliko nije podobna za svrhe za koje se roba iste vrste uobičajeno koristi. Podobnost robe za uobičajenu upotrebu predstavlja minimalni standard koji roba i bez posebnog ugovaranja mora ispuniti. Postavlja se pitanje da li podobnost robe za uobičajenu upotrebu obuhvata i njenu saobraznost sa prinudnim propisima u zemlji kupca ili zemlji opredeljenja.

U praksi se veoma često roba poručuje na uopšten način bez ukazivanja prodavcu za koju svrhu će se ona koristiti. Upravo onda kad strane nisu ništa ugovorile u pogledu svojstava robe, prodavac je dužan da isporuči robu koja je podobna za svrhe za koje se roba iste vrste uobičajeno koristi. To znači da roba po svom kvalitetu mora odgovarati normalnim očekivanjima lica koje je kupuje.¹⁰

Da bi mogli da odredimo da li roba treba da bude saobrazna zahtevima postavljenim prinudnim propisima treba odgovoriti na pitanje šta se podrazumeva pod

⁸ Germany 21 August 1995 *District Court Ellwangen (Spanish paprika case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950821g2.html>.

⁹ China 17 December 1999 *Rizhao Intermediate People's Court, Shandong Province (Hang Tat v. Rizhao)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991217c1.html>.

¹⁰ Videti više UN DOC. A/CONF. 97/5 (Komentari UNCITRAL-a), Official Records, str. 32, tačka 5.

uobičajenom upotrebom. BK ne određuje izričito pojam uobičajene upotrebe. Nasuprot tome čl. 33(1)(d) ULIS je po tom pitanju mnogo jasniji, jer predviđa da roba za uobičajenu upotrebu mora da ima kvalitete potrebne za uobičajenu upotrebu ili trgovinu.¹¹ Ovakvo rešenje predstavlja kombinaciju pravila sadržanih u *civil law* i *common law*. Naime, prema kontinentalnim pravima, prodavac uvek odgovara za redovnu upotrebljivost robe, čak i kad to nije izričito predviđeno. Prodavac se ne može pozivati na to da nije znao koja svojstva mora imati roba da bi bila podobna za redovnu upotrebu ili promet, jer onaj ko prodaje robu to mora znati. S druge strane, za anglosaksonsko pravo je svojstven zahtev da roba mora biti podobna za iskorišćavanje u trgovini.¹²

Svaki kupac robu pribavlja sa određenim ciljem i ovlašćen je da očekuje da će ona imati određenu upotrebnu vrednost. Sadržaj pojma uobičajena upotreba je određen objektivno, a zavisi od toga da li će sam kupac koristiti robu ili će je prodati krajnjem korisniku.

U prvom slučaju, kad kupac kupuje robu da bi je sam koristio, podobnost robe za svrhe za koje se roba uobičajeno koristi, odnosno za njenu redovnu upotrebu se procenjuje objektivno u odnosu na određenu granu trgovine. Ako se roba može upotrebljavati na više načina, onda ona mora biti podobna za sve svrhe.¹³ Kad se roba ne može koristiti na sve uobičajene načine, nego samo na neke, tada prodavac o toj okolnosti mora obavestiti kupca.¹⁴ U drugom slučaju, kad kupac kupuje robu radi preprodaje, ona treba da bude podobna da se koristi u prometu (*merchantable*), odnosno da je moguća njena dalja prodaja. Prema tome, i preprodaja robe spada u njenu uobičajenu upotrebu. Roba koju prodavac kupcu isporuči može biti manje ili više podobna za uobičajenu upotrebu. Važno je da bude isporučena roba prosečne podobnosti.¹⁵

Problem nastaje jer pojam uobičajena upotreba nije međunarodno uniforman. To znači da se ista stvar u jednoj državi može tretirati kao roba bez nedostataka, a u drugoj kao nesaobrazna. Kao posledica, moguće je da se roba u nekim državama može koristiti i dalje prodavati, a u nekima ne. Usled toga nastaje spor koje standarde u pogledu kvaliteta treba da zadovolji isporučena roba, odnosno da li roba treba

¹¹ U engleskom tekstu se koristi termin *commercial use* što doslovce prevedeno znači *komercijalna upotreba*. Upravo taj termin mnogo preciznije ukazuje na sadržinu ovog pojma.

¹² Videti više kod M. Draškić, *Obaveze prodavca prema unifikovanim pravilima o međunarodnoj kupoprodaji*, Beograd, 1966, str. 79; *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, redaktori B.T. Blagojević, V. Krulj, Beograd, 1980, str. 971.

¹³ W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2348, 2349.

¹⁴ Videti više kod P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, str. 279.

¹⁵ Videti više kod F. Enderlein, D. Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, str. 144. Isto tako C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, str. 274.

da poseduje kvalitete koji se zahtevaju u zemlji izvoza, zemlji kupca ili zemlji korišćenja. Problem ima i teorijski, ali i veliki praktični značaj jer od odgovora na njega zavisi kako će se tretirati mogućnost korišćenja i dalje prodaje robe.

Prvi predmet u kome je bilo postavljeno ovo pitanje je čuveni *Mussels case*¹⁶. Vrhovni sud Nemačke (u daljem tekstu: BGH) je rešavajući ovaj spor formulisao određena pravila koja su našla široku primenu. Prodavac iz Švajcarske je kupcu iz Nemačke prodao školjke koje su imale više kadmijuma nego što je preporučilo nemačko Savezno ministarstvo zdravlja.¹⁷ Zbog navedenog nedostatka, kupac iz Nemačke nije uspeo da dobije potrebne dozvole državnih organa i smatrao je da usled toga neće moći da proda robu i odbio je da plati cenu. S druge strane, iste školjke su se mogle nesmetano konzumirati i prodavati prema pravnim pravilima koja su bila na snazi u Švajcarskoj. Sud je zauzeo stav da je kupac dužan da javnopravne norme učini predmetom ugovora i da zahtevi kvaliteta koji su predviđeni javnim pravom u zemlji kupca generalno nisu relevantni u smislu čl. 35(2)(a) BK, bar kad prodavac nije imao razloga da za njih zna. Kupac je taj koji je dužan da prodavcu ukaže na javnopravne standarde. U suprotnom, prodavac nije dužan da takve norme poštuje. Shodno tome, roba je ocenjena kao saobrazna, a kupac je morao da plati cenu.

Dakle, načelan stav suda je da su za saobraznost robe merodavni propisi koji postoje u zemlji prodavca. U presudi je sud istakao da ovo pravilo naročito važi za manje privredne subjekte koji ne mogu znati sva pravila za upotrebu robe u zemlji kupca. Prodavac je uvek dužan da isporuči robu koja će ispunjavati sve važeće propise i standarde u njegovoj zemlji, odnosno podobnost robe za uobičajenu upotrebu se ceni spram standarda u sedištu prodavca. Ovde se radi o osobinama robe koje su propisane zakonom i koje određuju nadležni državni organi. Najčešće se radi o određenim standardima (npr. standard Euro 4 za motore automobila) koje roba mora ispuniti. U slučaju kad postoje zakonske odredbe u pogledu svojstava i odlika robe prodavac ih se mora pridržavati, odnosno ne sme ugovoriti isporuku robe lošijih svojstava od propisanih. Prema tome, propisane osobine predstavljaju minimum koji se mora poštovati.

Odluka doneta u *Mussels case* uvažava princip podele rizika i odgovornosti između prodavca i kupca. Rizik primene robe snosi kupac. Prodavac nije dužan da zna propise koji važe u drugim zemljama, pa ni u zemlji kupca. Pored toga, ne mora da znači da je zemlja kupca i krajnje odredište robe, odnosno mesto gde će se roba koristiti. I poslednje, ako prodavac izvozi robu u više država, ne može se pretpostaviti da on mora znati pravne norme u odnosnim uvoznim zemljama.

BGH je formulisao i tri izuzetka od navedenog opšteg pravila. Prvo, ako su pravila javnog prava zemlje kupca identična onima koji su na snazi u zemlji prodavca, onda je svakako prodavac dužan da ih poštuje. Primena ovog izuzetka je moguća

¹⁶ Germany 8 March 1995 *Supreme Court (New Zealand mussels case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950308g3.html>.

¹⁷ Radilo se o preporučenim, a ne o obaveznim vrednostima.

ukoliko postoje međunarodni običaji iz čl. 9 BK u zemlji prodavca i kupca. Pored toga, radi se o značajnom pravilu koje će se primeniti kad su ugovorne strane iz zemalja članica EU i kad je odnosna oblast regulisana normama komunitarnog prava.

Drugo, pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja će biti merodavna kad su ispunjeni uslovi za primenu čl. 35(2)(b) BK, odnosno kad je kupac prodavcu pri zaključenju ugovora izričito ili prećutno stavio do znanja naročitu svrhu i kad se pouzdao u stručnost i prosuđivanje prodavca.

I poslednje, prodavac je dužan da poznaje odgovarajuće javnopravne norme kad se usled „posebnih okolnosti“ može očekivati da je prodavac znao ili morao znati za konkretno pravilo.¹⁸ Prodavac će biti dužan da poštuje standarde države uvoza kad ih je znao ili ih je morao znati na osnovu stalnog poslovnog odnosa sa kupcem, kad mu je kupac dao posebna uputstva,¹⁹ ako često izvozi robu u zemlju kupca ili ako u zemlji kupca ima filijalu.

Zajedničko za sve navedene izuzetke je da je neophodno da je prodavac na određen način bio upoznat sa prinudnim propisima zemlje kupca ili zemlje opredeljenja, odnosno da su oni bili u sferi njegovog znanja i uticaja.

Pravila formulisana u *Mussels case* je sledio i Vrhovni sud Austrije (u daljem tekstu: OGH) u predmetu *Machines case*²⁰ gde je rešavan spor između prodavca iz Nemačke i kupca iz Austrije. Kupac je odbio da plati cenu za četiri isporučene polovne mašine jer nisu imale oznaku „CE“, koja ukazuje da je proizvod usklađen sa određenim standardima u EZ. OGH je u svojoj odluci ponovio osnovno pravilo da prodavac nije dužan da zna sva posebna pravila u zemlji kupca ili zemlji upotrebe, osim ako nisu ispunjeni uslovi za primenu nekog od izuzetaka iz *Mussels case*. Na kraju je sud vratio predmet na ponovno odlučivanje nižem sudu radi utvrđivanja koji standardi su bili merodavni i da li je roba bila u skladu sa njima. Drugim rečima, OGH je naložio nižem sudu da na osnovu okolnosti slučaja utvrdi da li su ispunjeni uslovi za primenu nekog od izuzetaka.

OGH je svoj stav potvrdio i u predmetu *Frozen pork liver case*²¹. Tužilac iz Srbije je kupio smrznutu svinjsku džigericu od tuženog iz Austrije u cilju njenog uvoza u Srbiju. Ugovor nije sadržao odredbe o kvalitetu robe, niti bilo kakva uputstva o uvozu u Srbiju. Iako je roba bila u potpunosti u skladu sa pravilima EU i potpuno sigurna za ishranu, carinske vlasti u Srbiji nisu dopustile njen uvoz. Bu-

¹⁸ Videti više kod P. Schlechtriem, *Conformity of the goods and standards established by public law, Treatment of foreign court decision as precedent, Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l. U.S. District Court, Eastern District of Louisiana, 17 May 1999.* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html#cco>.

¹⁹ Videti više kod H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2820.

²⁰ Austria 13 April 2000 *Supreme Court (Machines case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000413a3.html>.

²¹ Austria 25 January 2006 *Oberster Gerichtshof (Frozen pork liver case)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html>.

dući da roba nije mogla da bude uvezena, kupac je pretrpeo štetu i tužio prodavca. Zahtev kupca je odbačen uz obrazloženje da se podobnost robe za uobičajenu svrhu procenjuje prema standardima zemlje prodavca. Na kraju je ponovljeno da je kupac taj koji mora da uzme u obzir norme i standarde svoje zemlje i da ih učini sastavnim delom sporazuma prema čl. 35(1) ili čl. 35(2)(b) BK.

U jednom, takođe, značajnom i čuvenom predmetu *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*²² je američki sud potvrdio arbitražnu odluku kojom je utvrđeno da je prodavac povredio sigurnosne standarde u zemlji kupca i da je roba nesaobrazna. Proizvođač medicinske opreme (mamografa) sa sedištem u Italiji je zaključio ugovor sa kupcem iz SAD, koji je imao isključivo pravo distribucije proizvoda italijanske kompanije. Oprema je isporučena 1996. godine, ali je zaplenjena od strane nadležnih državnih organa (*Food and Drug Administration*), jer nije bila saobrazna relevantnim sigurnosnim standardima, odnosno nije imala dokaz takve saobraznosti. S druge strane, oprema je u svemu bila saobrazna prinudnim normama na snazi u Italiji. Sud je, imajući u vidu odluku donetu u *Mussels case* potvrdio da prodavac generalno nije obavezan da isporuči robu saobraznu javnopravnim standardima u zemlji kupca. U konkretnom slučaju je, međutim, primenjen treći izuzetak jer je utvrđeno da su postojale posebne okolnosti (čija priroda u prezentaciji slučaja nije navedena), pa je prodavac morao poštovati i javnopravna pravila u zemlji kupca. Ova odluka je interesantna i značajna jer je američki sud odluku BGH tretirao kao presedan²³ i kao vrstu međunarodnog *common law*.²⁴

Da zaključimo, podobnost robe za uobičajenu upotrebu, u principu, ne podrazumeva da roba mora biti saobrazna javnopravnim standardima u zemlji uvoza, a prodavac će morati poštovati prinudne propise zemlje uvoza samo ako su ispunjeni uslovi za primenu jednog od navedenih izuzetaka.

4. PODOBNOST ROBE ZA NAROČITU SVRHU I PRINUDNI PROPISI

Kupci u međunarodnoj trgovini često znaju da im je potrebno da roba ispuni posebnu svrhu, ali ne znaju dovoljno o robi da bi dali tačnu specifikaciju. Tada kupac može željenu robu opisati prodavcu predočavanjem svrhe za koju će robu koristiti. Takve slučajeve reguliše čl. 35(2)(b) BK i predviđa da se, ako se strane nisu drugačije sporazumele, smatra da roba nije saobrazna ugovoru ukoliko nije podobna za naročitu svrhu koja je prodavcu izričito ili prećutno stavljena do znanja u vreme zaključenja ugovora, izuzev kad okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio niti je bilo razumno da se osloni na stručnost i prosuđivanje prodavca.

²² United States 17 May 1999 *Federal District Court [Louisiana] (Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

²³ Videti čl. 7(3) Odluke u predmetu *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*.

²⁴ Videti više kod P. Schlechtriem, *Conformity of the goods and standards established by public law...*, dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html#cco>.

Iako javnopravne norme u zemlji kupca ili zemlji korišćenja nisu relevantne prema čl. 35(2)(a) BK, ako prodavac za njih nije imao razloga da zna, one mogu biti od značaja u smislu čl. 35(2)(b) BK. Naime, ako je kupac prilikom zaključenja ugovora prodavcu izričito ili prećutno stavio do znanja naročitu svrhu za koju mu je roba potrebna i ako je imao razloga da se pouzda u stručnost i prosuđivanje prodavca, onda prinudne norme zemlje kupca ili zemlje korišćenja mogu biti merodavne prema čl. 35(2)(b) BK.

Imajući u vidu navedenu odredbu možemo zaključiti da u nedostatku sporazuma između ugovornih strana o kvalitetu isporučene robe, kupac može očekivati da roba bude podobna za naročitu svrhu, koja prevazilazi njenu uobičajenu upotrebu samo uz ispunjenje određenih uslova. Prvo, potrebno je da je naročita svrha za koju on namerava da koristi robu bila poznata prodavcu. Drugo, naročita svrha mora prodavcu biti predočena u određenom trenutku tj. u vreme zaključenja ugovora. I treće, potrebno je da se kupac oslonio na stručnost i prosuđivanje prodavca.

Naročita svrha za koju roba treba da bude podobna mora biti poznata prodavcu. Ako u vreme zaključenja ugovora kupac saopšti svrhu za koju će koristiti robu, a prodavac tome ne prigovori, tada prodavac mora isporučiti robu koja će biti podobna za tu naročitu svrhu. Međutim, u tom slučaju se ne primenjuje gore navedeni čl. 35(2)(b) BK nego čl. 35(1) BK, jer je prodavac uvek dužan da isporuči robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je ugovoreno.

Čl. 35(2)(b) BK se primenjuje kad sporazum strana o kvalitetu ne postoji, ali je kupac na određeni način, u vreme zaključenja ugovora, prodavcu stavio do znanja da roba treba da bude podobna za naročitu svrhu i pritom se pouzdao u njegovu stručnost. Pod tim uslovima su očekivanja kupca i bez postojanja sporazuma zaštićena kao opravdana. Vidimo da prema BK nije potrebno da strane postignu saglasnost o naročitoj svrsi, nego je dovoljno da je ona prodavcu bila poznata u vreme zaključenja ugovora.

Pod pojmom stavljanje do znanja treba shvatiti predočavanje svrhe robe na takav način da je prodavac pri uobičajenoj pažnji, iz okolnosti mogao da je shvati.²⁵ Prodavcu mora na jasan način biti stavljena do znanja naročita svrha.

U svetlu prethodnih razmatranja postavlja se pitanje da li navođenje mesta korišćenja u ugovoru znači da je prodavac dužan da isporuči robu koja ispunjava sve zahteve upotrebljivosti na tom mestu, odnosno da li navođenje mesta odredišta u ugovoru pretpostavlja dužnost poštovanja javnopravnih standarda zemlje korišćenja. Prema jednom shvatanju ako prodavac zna gde će roba biti upotrebljavana, onda on mora da uzme u obzir sve faktore koji utiču na mogućnost njenog dajeg korišćenja.²⁶

²⁵ Videti više kod F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 145. Takođe, W. Krüger, H.P. Westermann, *nav. delo*, str. 2347.

²⁶ Videti više kod P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof*, 50 Years of the Bundesgerichtshof, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html#iv>; C. Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, str. 201.

Iz navedenog sledi da je dovoljno da se prodavcu predoči mesto upotrebe robe i da iz toga proizlazi njegova obaveza da uzme u obzir javnopravne standarde za korišćenje robe koji su tamo na snazi. Smatramo da navedeni stav postavlja neopravdano stroge zahteve pred prodavca. Prema našem mišljenju nije dovoljno da kupac obavesti prodavca samo o zemlji u kojoj će se roba koristiti i da na taj način prodavac bude vezan pravnim pravilima koja postoje u toj zemlji.²⁷ Potrebno je dodatnim tumačenjem utvrditi da li iz obaveštenja kupca proizlazi da on od prodavca očekuje da roba bude u skladu sa javnopravnim standardima zemlje primene. I u sudskoj praksi je zauzet stav da sama činjenica da je prodavac znao da će roba biti izvezena u određenu zemlju ne znači da je on dužan da poštuje standarde na mestu opredeljenja i da je kupac bio dužan da prodavcu ukaže koje standarde roba treba da ispuni.²⁸

U *Spanish paprika case* je navedeno da roba mora da bude „podobna za ishranu ljudi u Nemačkoj“. Isticanje da paprika mora da bude podobna za ishranu ljudi u Nemačkoj ukazuje da u Nemačkoj postoje posebna pravila kojima je regulisana bezbednost prehrambenih proizvoda i iz toga proizlazi obaveza prodavca da isporuči robu saobraznu standardima javnog prava. Dakle, pored mesta korišćenja robe je navedena i posebna svrha primene robe, odnosno mesto korišćenja je dovedeno u vezu sa posebnom namenom.

Svrha primene robe prodavcu mora biti predočena tako da on to može da primi k znanju. Da li je on stvarno i primio k znanju nije važno.²⁹ Prema tome, čl. 35(2) (b) BK ne zahteva pozitivno znanje prodavca, već je dovoljno da postoji mogućnost saznanja naročite svrhe.

Prema konvenciji, kupac prodavcu može naročitu svrhu staviti do znanja na dva načina – izričito i prećutno. Kada je naročita svrha robe izričito predočena prodavcu, onda on, u cilju izbegavanja odgovornosti za nesaobraznost, mora staviti prigovor. Međutim, problem može nastati kod prećutnog stavljanja do znanja naročite svrhe robe, odnosno u slučaju kad prodavac nije prepoznao da je roba potrebna za naročitu svrhu, ali je razumno trebalo da zna³⁰. Prilikom procene da li je naročita

²⁷ Isto tako F. Enderlein, D. Maskow, *nav. delo*, str. 144; C. Brunner, *nav. delo*, str. 201; C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 275; H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg 2010, str. 391.

²⁸ „Ne može se zaključiti iz informacije o zemlji opredeljenja da je prodavac obavezan da poštuje javnopravne odredbe te zemlje.“ Austria 13 April 2000 *Supreme Court (Machines case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000413a3.html>.

Isto tako, Austria 19 April 2007 *Supreme Court (Scaffold hooks case)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html>, paragraf 1.2 Odluke; Austria 25 January 2006 *Oberster Gerichtshof (Frozen pork liver case)* dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html>; Netherlands 27 April 1999 *Appellate Court Arnhem (Movable room units case)* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990427n1.html>.

²⁹ U. Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, str. 361.

³⁰ Videti više kod P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, str. 281.

svrha prodavcu prećutno stavljena do znanja „treba imati u vidu objektivnu mogućnost prodavca da za tu upotrebu dozna i opravdana očekivanja kupca koja proizlaze iz uslova ugovora“³¹.

Odgovornost prodavca za saobraznost može nastupiti samo ako mu je naročita svrha predočena u vreme zaključenja ugovora. Razlog leži u tome što je potrebno da se prodavcu ostavi mogućnost odlučivanja da li će preuzeti rizik isporuke stvari za naročite svrhe. Sledstveno tome, kasnije obaveštenje kupca nije dovoljno i ne obavezuje prodavca.

Poslednji uslov koji mora biti ispunjen za primenu čl. 35(2)(b) BK je da se kupac oslonio na stručnost i prosuđivanje prodavca. Naime, kupac ima pravo da očekuje isporuku robe podobne za naročite svrhe i uživa pravnu zaštitu kad iz okolnosti proizlazi da je kupac verovao ili je trebalo da veruje stručnosti i proceni prodavca. Kad se kupac pouzdao u znanje i prosuđivanje prodavca treba procenjivati prema okolnostima konkretnog slučaja. U principu, takvo oslanjanje će postojati kad je prodavac stručnjak ili specijalista u proizvodnji ili nabavci robe potrebne kupcu za naročitu svrhu. U pogledu poštovanja javnopravnih standarda smatramo da je razumno da se kupac pouzda u prosuđivanje i stručnost prodavca uvek kad se usled posebnih okolnosti može očekivati da je prodavac znao ili morao znati za konkretno pravilo. Drugim rečima, razumno je da se kupac pouzda u znanje prodavca kad je sa njim u stalnom poslovnom odnosu i kad mu je prodavac i ranije isporučivao istu vrstu robe, kad prodavac u zemlji uvoza ima filijalu ili kad je prodavac naročito specijalizovan za izvoz robe u određenu zemlju. Takođe, smatramo da je prodavac morao da zna javnopravne standarde zemlje kupca, ako je u njoj reklamirao svoju robu. I poslednje, u pogledu poštovanja normi javnog prava razumno bi bilo da se kupac pouzda u znanje prodavca kad mu je na odnosne standarde ukazao sa dovoljnom jasnoćom.³²

Kada okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio na stručnost prodavca je faktičko pitanje i mora se ceniti *in casu*. Možemo razlikovati dve grupe slučajeva – prvu, u kojoj je očigledno da kupac nije imao poverenje u stručno znanje prodavca i drugu, gde nije bilo razumno da se kupac osloni na procenu i stručnost prodavca. U svakom slučaju, ne može se govoriti o tome da se kupac pouzdao u stručnost prodavca ukoliko mu je sam davao uputstva i specifikacije ili je birao robu ili ako je svojim uputstvima uticao na proces proizvodnje. Takođe, iz okolnosti se može zaključiti da ne postoji poverenje kupca u stručnost i prosuđivanje prodavca, ako robu kupuje od lica za koje se zna da nema potrebno stručno znanje za nameravanu svrhu.

S druge strane, nerazumno bi bilo da se kupac osloni na znanje ili procenu koja nije uobičajena u trgovačkoj branši prodavca.³³ Dalje, oslanjanje na stručnost i prosuđivanje prodavca nije opravdano i kad prodavac obavesti kupca da nema potrebna znanja.³⁴ Ne bi bilo razumno da se kupac pouzda u znanje prodavca ako se

³¹ M. Draškić, *Obaveze prodavca prema unifikovanim pravilima o međunarodnoj kupoprodaji*, str. 75.

³² Videti više kod C. Brunner, *nav. delo*, str. 201.

³³ Videti više kod C.M. Bianca, M.J. Bonell, *nav. delo*, str. 275.

³⁴ Videti više kod P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, str. 282.

prinudni propisi zemlje odredišta često menjaju.³⁵ I poslednje, ako je prodavac mali privredni subjekt od njega se ne može očekivati detaljno poznavanje normi javnog prava u zemlji uvoza.³⁶

Dakle, podobnost robe za naročitu svrhu, uz ispunjenost čl. 35(2)(b) BK predviđenih uslova, podrazumeva obavezu prodavca da isporuči robu saobraznu sa prinudnim propisima zemlje odredišta.

5. ZAKLJUČAK

Standardi ustanovljeni javnim pravom, uključujući standarde u oblasti zaštite životne sredine, mogu imati odlučujuće dejstvo na mogućnost korišćenja robe. Budući da se ti standardi razlikuju od zemlje do zemlje, oni predstavljaju poseban problem u transnacionalnim prodajama. Obaveza isporuke robe saobrazne javnopravnim standardima zemlje odredišta se ne pretpostavlja. Najcelishodniji način za izbegavanje problema koji mogu nastati je izričito ili prećutno ugovaranje svojstava koje roba treba da poseduje i merodavnih javnopravnih standarda.

Ako sporazum strana ne postoji, saobraznost robe se procenjuje prema čl. 35(2) BK. Pojam uobičajene upotrebe u sebi ne obuhvata obavezu prodavca da isporuči robu saobraznu javnopravnim standardima zemlje uvoza, ako on za njih nije znao ili morao znati. Nasuprot tome, pravila u zemlji kupca ili zemlji korišćenja će biti merodavna kad su ispunjeni uslovi za primenu čl. 35(2)(b) BK, odnosno kad je kupac prodavcu pri zaključenju ugovora izričito ili prećutno stavio do znanja naročitu svrhu i kad se pouzdao u stručnost i prosuđivanje prodavca.

³⁵ Videti više kod P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html#iv>.

³⁶ Videti *Mussels case* dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950308g3.html>.

SELLER'S LIABILITY FOR CONFORMITY OF THE GOODS WITH PUBLIC LAW STANDARDS

Summary

Public law requirements, including standards established by environmental law, can have decisive impact on the usefulness of the goods. Those standards pose a special problem in transnational sales because they usually vary from country to country. In order to avoid potential disputes parties should explicitly or implicitly stipulate the qualities of the goods and applicable public law standards.

Whenever the contract does not contain any or contains insufficient details regarding quality of the goods, their conformity is assessed in accordance with the Art. 35(2) of the CISG. Fitness for the purpose for which the goods would ordinarily be used does not imply the obligation of the seller to deliver the goods conforming to the public law standards of the import country, unless he knew or ought to have known of such standards. On the other hand, legal standards in effect in buyer's place or in the place of destination will be relevant when requirements for application of the Art. 35(2)(b) are fulfilled i.e. when particular purpose was expressly or impliedly made known to the seller and when the buyer relied on the seller's skill and judgement.

Key words: *conformity of the goods, CISG, public law requirements, environmental law.*

СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У ДРЖАВАМА С ТЕРИТОРИЈЕ БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Мр Милица Драгичевић*

Апстракт: Предмет овог излагања је стварноправни положај страних лица у државама - бившим југословенским републикама. Ова тема је нарочито актуелна због тога што су ове државе, са изузетком Републике Србије, донијеле прописе којима регулишу стварноправне односе. Анализа у раду је посвећена и рјешењима Закона о основама својинскоправних односа који је био заједнички за све земље у окружењу, а још увијек се примјењује само у Републици Србији. Ово питање је нарочито значајно и због тога што је једна од обавеза држава које имају намјеру да приступе Европској унији и та да укину ограничења у погледу стицања некретнина од стране страних лица.

Кључне ријечи: страна лица, стварна права, правни послови, наслеђивање.

І. УВОД

Предмет нашег рада је стварноправни положај странаца у државама - бившим југословенским републикама. Све ове земље, осим Србије, су донијеле нове законе којима регулишу ову материју. У свим тим државама, осим Словеније, право странаца, да стичу својину и остала стварна права, је прописано законима који регулишу стварноправне односе. Словенија је једина од ових земаља чланица Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), док су кандидати за чланство: Црна Гора, Хрватска и Македонија. Циљ нашег рада је стога да извршимо анализу и поређење рјешења држава – бивших југословенских република у погледу стицања стварних права страних лица.

Према критеријуму доступности странцима, сва се права могу подјелити на општа, релативно резервисана и апсолутно резервисана права¹. Општа су

* Мр Милица Драгичевић, виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

¹ О ограничењима за страна физичка и правна лица видјети: О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, стр. 63; Р. Ковачевић – Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2006, стр. 105 - 106.

она права у којима су странци изједначени са домаћим држављанима и која су им безусловно доступна. Ријеч је о националном третману страних лица. Релативно резервисана права су она која су странцима доступна, али су условљена неким додатним условом као нпр. реципроцитет, домицил, одобрење које не важи за домаће држављане итд. Ових права је највише и типичан примјер је стицање права својине на непокретностима. Апсолутно резервисана права су она права која су странцима недоступна. Данас опада њихов број, али су она нарочито присутна у јавноправној сфери.²

Полазећи од ове подјеле покушаћемо да у раду утврдимо какав третман страна лица имају у новим прописима држава – бивших југословенских република у погледу стицања стварних права. У раду ћемо користити позитивно-правни, историјски и упоредни метод да бисмо указали које је рјешење у овим земљама најлибералније.

II. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У БИХ

а) Република Српска

Могућности страних лица да стичу стварна права у Републици Српској посвећена је посебна пажња знатно либералнијом регулативом у односу на Закон о основама својинскоправних односа³ (у даљем тексту: ЗОСПО). Регулацију овог важног питања Закон о стварним правима⁴ (у даљем тексту: ЗСП) посвећује два члана, 15 и 16.⁵ Прописи о правима странаца налазе се и у чл. 57 Устава Републике Српске⁶ Одредбе ЗСП примјењују се и на страна физичка и правна лица (страна лица), осим ако је законом или међународним уговором другачије одређено.⁷

У ЗСП се не регулише стицање права својине страних лица на покретним стварима тако да можемо закључити на основу чл. 15, ст. 1 овог закона да је то опште право доступно под истим условима и страним и домаћим лицима.

² Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2001, стр. 442.

³ *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90.

⁴ *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 124/08 и 58/09. За права странаца у овом контексту значајно је поменути и Закон о страним улагањима, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 25/02, 24/04 и 52/11, те на нивоу БиХ Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, број 17/98, 13/03 и 48/10.

⁵ Наилазимо на још један случај предвиђен у чл. 348, ст. 3, тач. б. ЗСП.

⁶ *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 3/92, 06/92, 8/92, 15/92 и 19/92. Усвојени Амандмани на Устав Републике Српске налазе се на интернет презентацији Народне скупштине Републике Српске <http://narodnaskupstinars.net/>, 23. мај 2011. године.

⁷ Чл. 15, ст. 1 ЗСП.

Када је у питању стицање права својине страних лица на непокретностима као услов предвиђа се узајамност, ако законом или међународним уговором није другачије одређено.⁸ Наведену одредбу треба тумачити тако да се у правилу реципроцитет не треба у сваком случају доказивати, осим у случају спора када се постојање реципроцитета утврђује од стране министарства правде. Према новом рјешењу, свако страном лице или правно лице може стицати по свим основама предвиђеним прописима (закон, наслеђивање, одлука надлежног органа, правни посао).⁹

Одређене непокретности су изузете од могућности стицања од стране страних лица.¹⁰ Страном лице не може бити власник непокретности на подручју које је ради заштите интереса и безбједности Републике, односно БиХ, законом проглашено подручјем на којем страна лица не могу имати право својине. Међутим, ако је страном лице стекло право својине на непокретности прије него што је подручје на којем непокретност лежи проглашено подручјем из става 1, чл 16 ЗСП, престаје право својине на тој непокретности, а страном лице има право на накнаду према прописима о експропријацији. Право на ову накнаду припада и страном лицу које би наслеђивањем стекло непокретност на том подручју. У ЗСП није предвиђено на којим непокретностима страна лица не могу стицати право својине, већ је предвиђено да ће се то питање регулисати посебним законом.

У Републици Српској Закон о пољопривредном земљишту¹¹ и Закон о шумама¹² не искључују могућност стицања од стране странаца, али се на основу ЗСП отвара могућност таквог регулисања. Међутим, у овом контексту се мора водити рачуна о преузетим обавезама по основу закљученог Споразума о стабилизацији и придруживању за БиХ.¹³ У погледу доступности осталих стварних права од стране страних лица на основу чл. 15, ст 1 ЗСП можемо закључити да им је призната могућност да стичу поједина стварна права.¹⁴

Рјешење ЗСП можемо оцијенити либералнијим у односу на неке друге земље у окружењу, иако је када је у питању стицање својине на непокретностима страних лица ријеч о релативно резервисаном праву. Нарочито је побољшан стварноправни положај страних лица у односу на рјешења из ЗОСПО, јер се као услов за стицање права својине на непокретностима тражи само узајамност.

⁸ Чл. 15, ст. 2 ЗСП.

⁹ И. Бабић, Д. Медић, Е. Хасић, М. Повлакић, Ј. Велић, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011, стр. 163 - 164.

¹⁰ Чл. 16 ЗСП.

¹¹ *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 93/06, 86/07 и 14/10.

¹² *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 75/08.

¹³ О ограничењу права странаца и приступању ЕУ видјети више у: И. Бабић, Д. Медић, Е. Хасић, М. Повлакић, Ј. Велић, *нав. дјело*, стр. 166 – 169.

¹⁴ *Ibid.*, 162.

б) Федерација БиХ

У Федерацији БиХ ова материја је регулисана Законом о власничко - правним односима (у даљем тексту: ЗВПО).¹⁵ Осим својине не помињу се друга стварна права која странци могу да стекну, али се на основу чл. 93 ЗВПО¹⁶ може закључити да је ријеч о општим правима.

Страна физичка и правна лица могу стицати право својине на покретним стварима као и домаћа правна и физичка лица, ако федералним законом није другачије одређено. Међутим, када је у питању стицање својине страних физичких и правних лица на пословним зградама, пословним просторијама, становима и стамбеним зградама, те на грађевинском земљишту на коме су наведени објекти изграђени или ће бити изграђени тражи се као услов обављање дјелатности у Федерацији.¹⁷ Када је ријеч само о страним физичким лицима, она могу бити носиоци права својине на стану и стамбеној згради, као и на грађевинском земљишту на коме су наведени објекти изграђени или ће бити изграђени под условом да су стално настањени у Федерацији.¹⁸

Изузетно, страна правна и физичка лица могу бити ограничена у стицању права својине на некретнинама Федерације, условом реципроцитета. У том случају писмену сагласност даје Федерално министарство правде, уз претходно прибављено мишљење Министарства вањских послова БиХ.¹⁹ И на крају треба споменути да је посебан правни режим предвиђен за стицање права својине од стране страних држава, организација и специјализованих агенција ОУН и ЕУ.²⁰

Када је у питању стицање својине путем наслеђивања страна физичка лица могу бити носиоци права својине на земљишту и згради, као и држављани БиХ и Федерације БиХ, ако међународним уговором није другачије одређено.²¹ Можемо примијетити да је ово рјешење знатно либералније у односу на друге земље у окружењу које предвиђају и услов узајамности.

Свакако да је узор законодавцу приликом доношења ових рјешења био стари ЗОСПО, али онај са измјенама из 1990. године. Регулатива је у ЗВПО доста једноставнија и либералнија, јер се као услов за стицање права својине на непокретностима по основу наслеђивања не тражи реципроцитет. Када је у

¹⁵ *Сл. новине Федерације БиХ*, бр. 6/98 и 29/03.

¹⁶ „Одредбе овог закона примјењују на страна физичка и правна лица, ако другим федералним законом није другачије одређено.“

¹⁷ Чл. 88 ЗВПО.

¹⁸ Чл. 89 ЗВПО. Према чл. 90 ЗВПО страном физичко и правно лице може својину пренијети правним послом на домаће физичко и правно лице, као и на страном физичко и правно лице, које може бити носилац права својине.

¹⁹ Чл. 91 ЗВПО.

²⁰ Чл. 92 ЗВПО.

²¹ Чл. 87 ЗВПО.

питању стицање права својине на непокретностима по осталим основама ријеч је о релативно резервисаном праву страних лица.

III. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Стварноправни положај страних лица у Србији можемо оцијенити као најнелибералнији у односу на остале државе бивше чланице СФРЈ. Србија, једина од ових земља није донијела закон којим регулише стварноправне односе већ се још увијек примјењује ЗОСПО²². Одредбе о правима странаца налазе се и у Уставу²³ и Закону о наслеђивању²⁴ по којем страни држављани имају, под условом реципроцитета, исти наслеђни положај као и домаћи држављани, ако међународним уговором није другачије одређено.

Према чл. 82, ст. 1 ЗОСПО страна физичка и правна лица могу стицати право својине на покретним стварима као и домаћа лица. Страним држављанином се сматра особа која има страно држављанство или апатрид (лице без држављанства).²⁵

Када је у питању стицање права својине на непокретностима правним пословима *inter vivos* према чл. 82а ЗОСПО страна физичка и правна лица која обављају дјелатност²⁶ у СРЈ могу, под условима узајамности, стицати право својине на непокретностима на територији СРЈ које су им неопходне за обављање те дјелатности. Међутим, ако страно физичко лице не обавља дјелатност у СРЈ може, под условима узајамности, стицати право својине на стану и стамбеној згради као и држављанин СРЈ. Сматрамо да је ово ограничење претјерано и да би иста правила требала да важе за све поменуте непокретности.

Посебан третман је предвиђен за стране државе и организације и специјализоване агенције Организације уједињених нација.²⁷ У ЗОСПО је регулисан и дугорочни закуп од стране страних лица.²⁸

²² *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 115/2005 – др. закон.

²³ Чл 85, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 98/06.

²⁴ Чл. 7, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003. Видјети више о томе О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2009, стр. 75. Слично рјешење је предвиђено и у чл. 82б ЗОСПО.

²⁵ З. П. Рашовић, *Коментар Закона о основама својинско – правних односа*, Подгорица, 1999, стр. 334; М. Žuvela, *Stjecanje prava vlasništva nekretnina od strane stranih fizičkih osoba*, у: *Naša zakonitost*, Загреб, бр. 10-11, 1984, стр. 1129.

²⁶ Под овај појам могу се подвести сви облици директног инвестирања (оснивање предузећа, улагање у предузеће, концесије). Такође би се сматрало да страно лице обавља дјелатност и кад оснива представништво. Д. Ђурђев, *Право својине странаца на стварима*, у: *Право – теорија и пракса*, бр. 6/1997, стр. 26.

²⁷ Чл. 83 ЗОСПО.

²⁸ Чл. 85а ЗОСПО.

Међутим у првобитном тексту ЗОСПО, а ни каснијим његовим измјенама није регулисана ситуација у погледу стицања осталих стварних права странаца што је дало повода за различита тумачења. Тако према једном схватању остала стварна права странаца (право залоге, личних службености) на покретним стварима се јављају као општа права за странце.²⁹ По другом мишљењу, странци могу стицати стварне службености и право залоге на покретним стварима, а личне службености и хипотеку као и право својине, насљеђивањем.³⁰ Спорно је да ли је правним послом могуће засновати хипотеку.³¹ Према трећем мишљењу страно правно лице хипотеку у домаћој држави би могло стећи под условом реципроцитета и обављања дјелатности на домаћој територији, као и својину, а оба наведена услова треба схватити у најширем смислу.³²

У наставку ћемо изнијети ставове у вези са рјешењима Нацрта Законика о својини и другим стварним правима (у даљем тексту: Нацрт) који је завршен јула 2006. године са укупно 682 члана, али који у време писања рада још увек није био усвојен.³³ Оно што можемо оцијенити као позитивно у овом Нацрту, у односу на ЗОСПО, јесте либерализација услова у погледу стицања својине страних лица на непокретним стварима правним пословима *inter vivos* и изричито регулисање могућности стицања осталих стварних права. Што се тиче стицања својине страних лица на непокретној ствари, као услов тражи се материјална узајамност,³⁴ коју утврђује суд односно други надлежни орган.³⁵

Оно што је карактеристично за Нацрт, а овакве примјере можемо наћи и у другим земљама, односи се на врсте непокретности на којима страно лице не може имати право својине. Ту према чл. 34, ст. 1 Нацрта спадају: 1. пољопривредно земљиште; 2. шума и шумско земљиште; 3. непокретно културно добро; 4. непокретна ствар која се налази на подручју на коме страно лице, ради заштите интереса и безбједности земље, не може имати право својине. Вјероватно се приликом предлагања оваквог рјешења пошло од тога да се отклони опасност да ове непокретности пређу у руке странаца. Потребно је јасно дефинисати који су то интереси земље у погледу тржишта некретнина и какве би ефекте имала либерализација тржишта на државу у конкретном случају. У раду на изради Грађанског законика Републике Србије то је једно од отворених питања и приједлог је да се размотри могућност да се погодним средствима без дискриминације, отклони опасност распродаје националног богатства.³⁶

²⁹ М. Павлица, *Стварна права странаца*, у: Зборник радова, Нови Сад, бр. 1/3, 1986, стр. 85.

³⁰ М. Žuveš, *нав. дјело*, стр. 1130.

³¹ *Ibid.*

³² Н. Планојевић, *Право страног правног лица на хипотеку*, у: Правни живот бр. 10/2006, стр. 556.

³³ Видјети више о томе: *Ка новом стварном праву Србије*, Београд, 2007, стр. 17 – 131.

³⁴ Чл. 35, ст. 1 Нацрта.

³⁵ Чл. 36, ст. 2 Нацрта.

³⁶ *Извјештај Комисије за израду грађанског законика*, у: Правни живот, бр. 11/2007, стр. 317.

Што се тиче могућности стицања осталих стварних права у чл. 33 Нацрта је прописано да ограничења овим закоником прописана за страна лица, примјењују се само на стицање својине и дугорочног закупа на непокретној ствари.

Поводом питања наслеђивања странаца наилазимо у Нацрту рјешење које се унеколико разликује од оног из ЗОСПО. Без обзира на основ наслеђивања, ако страном лице улази у круг законских наследника, материјална узајамност се претпоставља док се не докаже супротно. Посебан третман је у Нацрту предвиђен за стране државе и међународне организације.³⁷

IV. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТскоЈ

У Хрватској материја стицања стварних права странаца је регулисана Уставом³⁸, Законом о власничким и другим стварним правима (у даљем тексту: ЗВ)³⁹ и Законом о наслеђивању.⁴⁰ Када говоримо о правима странаца морамо у овом контексту водити рачуна и о Споразуму о стабилизацији и придруживању који је ратификовала Хрватска 2001. године и обавезама које из њега произлазе за државу.⁴¹ Посебан правни положај имају страна лица - исељеници с подручја Хрватске и њихови потомци.⁴²

Стицање права својине на покретним стварима и стицање ограничених стварних права у ЗВ је предвиђено као опште право страних лица.⁴³ Међутим, када је у питању стицање права својине на некретнинама правним пословима *inter vivos* за страна физичка и правна лица тражи се поред узајамности и сагласност министра надлежног за послове правосуђа Хрватске, ако законом није другачије одређено.⁴⁴ Поред овог, чл. 358 ЗВ је предвиђено још једно ограничење за страна лица и то по објекту. Наиме, страном лице не може бити власник некретнине која лежи на подручју које је ради заштите интереса и сигурности

Влада Републике Србије донијела је 16. 11. 2006. године Одлуку о образовању Комисије за израду Грађанског законика, *Сл. гласник*, бр. 104/06 и 110/06. Према ставу 2, чл. 34 Нацрта предвиђено је ограничење странаца и у погледу трајања дугорочног закупа из тачке 1 до 3 чл. 34, најдуже за вријеме од 30 година са могућношћу обнављања.

³⁷ Она могу теретним правним послом, уз претходну сагласност надлежног министра, стећи право својине на згради односно на стану, према чл. 37 Нацрта.

³⁸ Чл. 48, ст. 3, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/2000, 124/2000, 41/01, 55/01 и 76/10.

³⁹ *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08 и 38/09.

⁴⁰ *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 48/03 и 163/03.

⁴¹ Више о томе видјети: P. Simonetti, *Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj*, у: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, в. 27, бр. 1, 2006, стр. 2; N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, стр. 296 – 298.

⁴² Чл. 355, ст. 2 ЗВ

⁴³ Чл. 354, ст. 2 ЗВ.

⁴⁴ Чл. 356, ст. 2 ЗВ.

Хрватске законом проглашено подручјем на којем страна лица не могу имати право власништва, осим ако је законом што друго одређено.⁴⁵

Када је у питању стицање својине на непокретностима путем наслеђивања једини услов који се тражи јесте реципроцитет за страна физичка и правна лица.⁴⁶ Исту одредбу налазимо и у чл. 2, ст. 2 Закона о наслеђивању⁴⁷ с тим да се додаје да се узајамност претпоставља, док се супротно не утврди на захтјев особе која у томе има правни интерес.

Овдје је значајно поменути да се измјенама ЗВ из 2008. године претходно наведене одредбе чланова од 354 до 358 ЗВ не односе на држављане и правна лица из држава чланица ЕУ, а у складу са преузетим обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању. Та лица стичу право власништва некретнина под претпоставкама које вриједе за стицање права својине за држављане Републике Хрватске и правна лица са сједиштем у Хрватској. Међутим, и за ова страна лица постоје ограничења, тако да она не могу стицати право својине на некретнинама на изузетим подручјима и то на: пољопривредном земљишту одређеном посебним законом и на заштићеним дијеловима природе према посебном закону.⁴⁸

Када је у питању стицање својине на непокретностима, осим путем наслеђивања, не можемо оцијенити као нарочито либерално рјешење хрватског законодавца, јер се тражи кумулативно испуњење два услова. Посебна критика се упућује рјешењу које се тиче давања сагласности надлежног министра, јер није ријеч о објективном критеријуму, већ о појединачној оцјени, за коју је питање да ли може избјећи субјективност. Критика се упућује и дискриминаторској регулативи која се односи на држављане и правна лица из држава чланица ЕУ, јер би исти правни режим требао да важи за сва страна лица.

⁴⁵ Чл. 358, ст. 1 ЗВ.

⁴⁶ Чл. 356, ст. 1 ЗВ.

⁴⁷ *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 48/03 и 163/03. С тим да се у овој одредби помињу странци, а не страна физичка и правна лица.

⁴⁸ Ограничења за страна правна и физичка лица у Републици Хрватској је такође предвиђено чл. 2, ст. 2 Закона о пољопривредном земљишту, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 152/08 и 21/10 и чл. 113, ст. 2 Закона о заштити природе, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 70/2005 и 139/08.

V. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

У Македонији је право странаца да стичу својину и друга стварна права регулисано одредбама Устава⁴⁹, Закона о својини и другим стварним правима (у даљем тексту: ЗСПМ)⁵⁰ и Законом о наслеђивању.⁵¹ Као и у већини земаља право својине и друга стварна права на покретним стварима страна лица могу уживати као опште право.⁵² Међутим, када је у питању стицање права својине на непокретним стварима ситуација је знатно сложенија. Разликује се стицање права својине на непокретностима путем наслеђивања и по основу правних послова *inter vivos*. Што се тиче страних лица, направљена је разлика у односу на странце који имају држављанство државе која је чланица ЕУ и Организације за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: ОЕЦД) и оних који то нису; као и страних физичких и правних лица.

За стицање права својине правним пословима *inter vivos* прави се разлика по објекту и то да ли је у питању стицање: 1. права својине на стану, стамбеној згради и пословној просторији⁵³; 2. стицање својине на пољопривредном земљишту⁵⁴ и 3. стицање својине и дугорочни закуп на грађевинском земљишту⁵⁵. И овдје је у ЗСПМ направљена разлика у односу на страна лица (резиденте)⁵⁶ земаља које су чланица ЕУ и ОЕЦД-а и оних који то нису. За прву категорију страних лица је предвиђено да могу стећи право својине на стану, стамбеној згради и пословној просторији, као и право својине и дугорочни закуп на грађевинском земљишту под истим условима као и држављани Македоније. За другу категорију, тј. страна лица резиденте држава које нису чланице ЕУ и ОЕЦД, као услов тражи се реципроцитет за стицање ових права на наведеним непокретностима.

Када је у питању стицање права својине на пољопривредном земљишту за сва страна физичка и правна лица, без изузетка, прописана је немогућност стицања ових непокретности. За овај објекат ово право се јавља као апсолутно резервисано само за домаће држављане.⁵⁷ Исто тако законом је предвиђено да

⁴⁹ Чл. 31 Устава, *Сл. весник на Република Македонија*, бр. 52/1991.

⁵⁰ *Сл. весник на Република Македонија*, бр. 18/2001, 92/08, 139/09 и 35/10. Више о овој теми видјети: О. Кадриу, *Странци и право својине на непокретностима према позитивној регулативи Македоније*, у: *Правни живот*, бр. 11/2008, стр. 217 – 228; Т. Дескоски, *Стварна права странаца на непокретностима у Македонији*, у: *Актуелне тенденције у развоју и примјени европског континенталног права*, тематски зборник радова, свеска II, Ниш, 2010, стр. 241 – 269.

⁵¹ *Сл. весник на Република Македонија*, бр. 47/1996.

⁵² Чл. 242 ЗСПМ.

⁵³ Чл. 244 ЗСПМ.

⁵⁴ Чл. 246 ЗСПМ.

⁵⁵ Чл. 245 ЗСПМ.

⁵⁶ У овом случају није прављена разлика у односу на страна физичка и правна лица.

⁵⁷ Према чл. 246 ЗСПМ могуће је засновати дугорочни закуп пољопривредног земљишта под одређеним условима.

страно лице не може да буде власник непокретности, која је ради заштите интереса и безбједности Македоније, законом проглашена за подручје на којем страна лица немају право власништва.⁵⁸

Када је у питању стицање права својине страних лица на непокретним стварима путем наслеђивања знатно је либералнији став законодавац заузео према страним физичким лицима која су држављани држава чланица ЕУ и ОЕЦД, прописујући да могу стећи право својине наслеђивањем под истим условима као и држављани Македоније.⁵⁹ За остала страна физичка лица тражи се посебан услов, тј. реципроцитет, ако међународним уговором није другачије одређено.⁶⁰ Страно правно лице може, под условом реципроцитета, стицати право својине на некретнинама на темељу наслеђивања путем тестаментa.⁶¹

И на крају је важно споменути да се за друга стварна права странаца (залог, службеност и друго) на одговарајући начин примјењују одредбе ЗСПМ и других закона.

Рјешење ЗСПМ можемо оцијенити као једно од либералнијих, јер се као услов за стицање права својине на непокретним стварима правним пословима *inter vivos* и *mortis causa* тражи само узајамност. Право својине страна лица не могу стећи само на пољопривредном земљишту и на непокретности, која је ради заштите интереса и безбједности Македоније, законом проглашена за подручје на којем страна лица немају право власништва. Критика се упућује рјешењу које предвиђа различит третман за држављане држава које су чланице ЕУ и ОЕЦД у односу на друге странце.

VI. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВЕНИЈИ

У Словенији је Стварноправни законик⁶² (у даљем тексту: СПЗ) донесен 2002. године, али у њему се не регулишу права странаца. Та материја је регулисана Уставом⁶³, Законом о утврђивању услова узајамности (у даљем тексту: ЗУВЗА),⁶⁴ Законом о условима за стицање права својине физичких и правних лица држава кандидата за чланство у Европској унији на некретнинама (у даљем тексту: (ЗППЛПКЕУ),⁶⁵ Законом о наслеђивању⁶⁶ и Законом о односима Републике Словеније и Словенаца у иностранству.⁶⁷ Република Словенија је

⁵⁸ Чл. 250 ЗСПМ

⁵⁹ Чл. 243, ст. 2 ЗСПМ. Према чл. 5 Закона о наслеђивању Македоније, *Сл. весник на Република Македонија*, бр. 47/1996, страни држављани могу да наслеђују под условом реципроцитета.

⁶⁰ Чл. 243, ст. 1 ЗСПМ.

⁶¹ Чл. 243, ст. 3 ЗСПМ.

⁶² *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 87/2002, <http://www.uradni-list.si/>, 23. мај 2011.

⁶³ *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 33/91, 42/97, 66/2000, 24/2003, 69/2004 и 68/06.

⁶⁴ *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 9/99.

⁶⁵ *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 61/2006.

⁶⁶ *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 15/76, 23/78, 17/91, 13/94, 40/94, 82/94, 117/00 и 67/2001.

⁶⁷ *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 43/2006 и 76/2010.

2004. године приступила ЕУ, а прије тога је дошло до измјена Устава по којем, према члану 68 странци могу стицати својину на некретнинама под условима прописаним законом или међународним уговором, ратификованим од стране Народне скупштине.⁶⁸ Можемо примијетити да је ово најкомпликованија регулатива са бројним прописима, у односу на остале земље у окружењу.

Република Словенија је ову материју регулисала на посебан начин у односу на друге земље, бивше југословенске републике. Најлибералнији услови су предвиђени за странце држављане земаља чланица ЕУ, јер они уласком Словеније у ЕУ стичу право својине на некретнинама под истим условима као и домаћи држављани.⁶⁹ Додуше, иста права имају и Словенци без словеначког држављанства, што сматрамо логичним рјешењем.⁷⁰

Према ЗППЛПКЕУ страна лица (физичка и правна) из држава кандидаткиња за чланство у ЕУ могу стећи право својине на непокретностима, под условом узајамности.⁷¹ Узајамност се процјењује под претпоставкама ЗУВЗА. Странци, на основу овог закона могу стећи право својине на некретнинама на темељу правног посла, наслеђства или одлуке државног органа, под условом узајамности.⁷² Државе кандидаткиње за улазак у ЕУ су: Хрватска, Македонија и Црна Гора.

Остали странци, држављани других држава, могу стицати право својине на некретнинама на темељу наслеђивања, под условом узајамности, на основу чл. 6 Закона о наслеђивању. Према ЗУВЗА⁷³ је предвиђена материјална узајамност коју утврђује министарство правде. Према члану 4 овог закона када је ријеч о наслеђним правима странаца, узајамност се претпоставља, али је и овдје ријеч о материјалној узајамности.

Овај систем стицања стварних права чини нам се доста компликованим и не баш либералним у односу на одређене категорије странаца. Оно је доста либерално, али само за држављане држава чланица ЕУ.

⁶⁸ Више о томе видјети на интернет презентацији Министарства правде Републике Словеније, <http://www.mp.gov.si>, 23. мај, 2011. године.

⁶⁹ Погодности за странце у погледу стицања права својине на непокретностима предвиђене су и на основу чл. 40 Споразума о ЕПП, *Uradni list RS, MP*, бр. 9/2005, Уговора о трговини и пловидби између Србије и САД из 1881. год. за држављане ЗДА. То се односи и на држављане и правна лица ОЕЦД.

⁷⁰ Ово питање је регулисано чл. 66, ст. 1, тач. 8. Закона о односима Републике Словеније и Словенаца у иностранству. Статус ових лица је утврђен чл. 59 овог закона.

⁷¹ Чл. 4 ЗППЛПКЕУ.

⁷² Чл. 3 ЗППЛПКЕУ.

⁷³ Чл. 7 ЗУВЗА.

VII. СТВАРНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ ЦРНОЈ ГОРИ

Стварноправни положај страних лица у Црној Гори можемо оцијенити као један од најлибералнијих, у односу на остале земље у окружењу. Права страних лица у Црној Гори су регулисана Уставом⁷⁴, Законом о својинскоправним односима (у даљем тексту: ЗСПО)⁷⁵ и Законом о наслеђивању.⁷⁶

Према ЗСПО је изричито предвиђено да се одредбе тог закона примјењују и на страна лица, ако законом или међународним уговором није друкчије уређено.⁷⁷ На основу овог можемо закључити да странци могу стицати право својине и друга стварна права под истим условима као и домаћи држављани.

Међутим, страно лице не може имати право својине на: 1) природном богатству; 2) добру у општој употреби; 3) пољопривредном земљишту; 4) шуми и шумском земљишту; 5) споменику културе од изузетног и посебног значаја; 6) непокретној ствари у копнено – пограничном подручју у дубини од једног километра и острвима; 7) непокретној ствари која се налази на подручју које је, ради заштите интереса и безбједности земље, законом проглашено подручјем на коме страно лице не може имати право својине.

Међутим, ипак су за одређене непокретности предвиђени изузеци. Тако, страно физичко лице може стећи и право својине на пољопривредном земљишту, шумама и шумском земљишту површине до 5.000 м² само ако је предмет уговора о отуђењу (купопродаја, поклон, размјена и др.) стамбена зграда која се налази на том земљишту.⁷⁸ Посебан режим предвиђен је за стране државе, организације и специјализоване агенције ОУН.⁷⁹

Према Закону о наслеђивању предвиђа се да странци имају на територији Црне Горе иста наследна права као и домаћи држављани под условом узајамности, ако међународним уговором није другачије одређено. Узајамност се претпоставља, све док се супротно не утврди на захтјев лица које има правни интерес. Овдје је интересантно поменути чл. 414 ЗСПО по којем страно физичко лице може на територији Црне Горе стицати право својине на непокретностима наслеђивањем као и држављанин Црне Горе. Ове законе би свакако требало усагласити. Када је ријеч о лицима без држављанства (апатридима), владајуће је мишљење да њима треба признати право на наслеђивање.⁸⁰

⁷⁴ Чл. 61 Устава, *Службени лист Црне Горе*, бр.1/2007.

⁷⁵ *Службени лист Црне Горе*, бр. 19/09.

⁷⁶ Чл. 5, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/2008.

⁷⁷ Чл. 412 ЗСПО.

⁷⁸ Међутим, страно лице може имати право дугорочног закупа, концесије, БОТ и других аранжмана приватно – јавног партнерства, на непокретним стварима из става 1 тач. 1 до 6 члана 415 као и домаће лице.

⁷⁹ Чл. 418 ЗСПО.

⁸⁰ Д. Ђурђевић, *Основи наследног права Црне Горе*, Подгорица, 2010, стр. 56 – 57.

С обзиром да је Црна Гора кандидат за улазак у ЕУ и да је чл. 63, тач. 3 Споразума о стабилизацији и придруживању држављанима држава чланица ЕУ гарантован национални третман у погледу стицања својине на непокретним стварима, овај режим је ступио на снагу ратификовањем Споразума 1. маја 2010. године. Ограничења у погледу стицања права својине на непокретностима предвиђена чл. 415 ЗСПО не односе се на држављане ЕУ, већ су они у потпуности изједначени са црногорским држављанима.⁸¹ Овим рјешењем је Црна Гора отишла корак даље чак и од Хрватске и Македоније, које ипак предвиђају ограничења и за ове категорије странаца у погледу одређених непокретности.

VIII. ЗАКЉУЧАК

Када говоримо о стварноправном положају страних лица бивше југословенске републике су регулишући ово питање прихватила различита рјешења, почев од врсте закона који регулишу ово питање, па до њихове садржине. Осим Словеније, у осталим земљама је ова материја прописана законима који регулишу стварноправне односе. Једино се у Србији још увијек примјењује ЗОСПО, док су друге бивше југословенске републике донијеле посебне законе. У погледу доступности права страним лицима ове земље можемо подијелити у три групе. У прву групу спада Словенија која је једина од ових земаља чланица ЕУ. Другу групу чине земље кандидати за улазак у ЕУ а то су: Македонија, Хрватска и Црна Гора. Трећој групи земаља припадају Србија и Босна и Херцеговина.

Оно што је једино заједничко за све ове земље јесте да је стицање права својине на покретним стварима признато страним лицима као опште право које могу стицати под истим условима као и домаћа лица. Међутим, када је у питању стицање права својине на непокретностима ситуација је знатно сложенија. Поводом овог питања направљена је знатна разлика у погледу прве двије групе земаља у односу на странце држављане држава чланица ЕУ. Тако ови странци углавном стичу право својине на непокретностима под истим условима, као и домаћи држављани, док је за остале странце предвиђен другачији режим. Међутим на одређеним непокретностима ни ови странци не могу стећи право својине, за што можемо наћи примјер у Хрватској и Македонији.

Када је у питању стицање права својине на непокретностима правним пословима *inter vivos* од стране осталих страних лица, који нису држављани држава чланица ЕУ, та права су углавном призната као релативно резервисана права која се могу стицати под одређеним условима. Као услов у скоро свим овим земљама се тражи узајамност, а у неким земљама поред узајамности испуњење и додатног услова. Најлибералније рјешење је предвиђено у Црној Гори, гдје се за стицање права својине на непокретностима правним пословима *inter vivos* не тражи узајамност.

⁸¹ Више о томе видјети на интернет презентацији Министарства вањских послова и европских интеграција Републике Црне Горе, <http://www.mip.gov.me/index.php/Direkcija-za-koordinaciju-procesa-pristupanja-EU/faktografski-izvjestaj-crne-gore.htm>, 24. јун 2011.

Када је у питању стицање права својине на непокретностима путем наслеђивања и овдје се прави разлика у односу на прве двије групе земаља када су у питању држављани држава чланица ЕУ. За остале странце у скоро свим земљама се тражи реципроцитет као услов. Изузетак у том случају представља Федерација БиХ. Македонија садржи јединствено рјешење, према којем се посебан третман предвиђа за странце који имају држављанство државе која је чланица ЕУ и ОЕЦД.

На крају можемо закључити да је стицање својине страних лица на непокретностима признато најчешће као релативно резервисано право, доступно странцима под одређеним условима. Оно што је карактеристично за земље из прве двије групе, је дискриминација у односу на одређене категорије странаца који нису држављани држава које су чланице ЕУ. Правичније би било рјешење гдје би исти правни режим важио за сва страна лица. Као најлибералније можемо оцијенити рјешење црногорског законодавца, а најкомпликованије словеначког.

PROPRIETARY POSITION OF FOREIGN ENTITIES IN THE STATES WITH THE TERRITORY OF FORMER YUGOSLAVIA

Summary

The subject of this paper is proprietary position of foreign entities in the countries of the former Yugoslav republics. This issue is particularly significant because of the country, with the exception of the Republic of Serbia, adopted regulations governing the proprietary relations. The analysis in the paper is devoted to the solutions of the Law basis of ownership - legal relationship that was common to all countries in the region, still applies only to the Republic of Serbia. This question is particularly important because it is one of the obligations of countries that have the intention to join the European Union and to abolish restrictions on the acquisition of real estates by foreign entities.

Key words: *foreign entities, property rights, legal affairs, inheritance.*

ARBITRAŽNA KONVENCIJA I TRANSFERNE CENE - HARMONIZACIJA SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE

Ivana B. Ljutić*

UVOD

Aдекватna prilagođavanja i usklađivanja sa standardom “na dohvat ruke” između povezanih kompanija od strane evropskih poreskih vlasti postaju sve češća.¹ Zato je neophodno sagledati sporazum o eliminisanju ekonomskog dvostrukog oporezivanja u oblasti transfernih cena u Evropskoj uniji, poznatiji kao Arbitražna konvencija, koja se odnosi na korekcije dobiti, odnosno transfernih cena povezanih kompanija.² Arbitražna konvencija predstavlja multilateralni sporazum, za razliku od zaključenih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između država, koji su bilateralni sporazumi.

Savremeni trendovi poslovanja, kretanja kapitala, novca, roba, ljudi, informacija i poslovnih interesa ukazuju da međugranične ekonomske aktivnosti rastu na unutrašnjem tržištu Evropske unije (u daljem tekstu EU). Sa rastom obima transakcija, poslovne aktivnosti, profita i dr. rastu troškovi plaćanja poreza u zemljama Unije, čiji su obveznici multinacionalne kompanije (u daljem tekstu: MNK).³

* **Ивана Б. Љутић, магистар правноекономских наука - Правни факултет, Универзитет у Београду, докторанд правних наука – Правни факултет, Универзитет у Нишу, дипл. правник.**

¹ Alexander Voegelé-Florence Forstar, The Arbitration of Transfer Prices in Europe-The EU Arbitration Convention in Practice, *Practical European Tax Strategies - Report on Tax Planning for International Companies Operating in Europe*, Volume 8, Number 1, http://www.nera.com/nera-files/PUB_Arbitration_Transfer_Prices.pdf, p. 1.

² Koncept ekonomskog dvostrukog oporezivanja obeležava tri srodna fenomena. Dejan Popović navodi da je u poreskoj praksi zajedničko svim takvim situacijama da se: “... istim porezom, u istom vremenskom periodu, u odnosu na isti poreski objekat oporezuju dva u pravnom smislu različita, ali ekonomski identična ili barem povezana poreska obveznika.” Vidi o tome: Dejan Popović, *Poresko pravo*, opšti deo, Cekos IN, Beograd, 2006, str. 322.

³ Vidi više o tome: Gordana Ilić-Popov, *Poresko pravo Evropske unije*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2004, str. 166-171. Pitanje transfernih cena već duži niz godina predstavlja jedno od centralnih pitanja

U tom kontekstu, u praksi nastaju problemi ekonomskog dvostrukog oporezivanja transakcija koje se odvijaju unutar grupe kompanija.⁴

MOTIVI USVAJANJA ARBITRAŽNE KONVENCIJE

Međunarodno dvostruko oporezivanje može se otkloniti na više načina. U literaturi se navode tri načina koji predstavljaju pravni osnov mera za izbegavanje dvostrukog oporezivanja: unilateralne mere koje donosi suverena država, bilateralni i multilateralni međunarodni sporazumi (npr. *Model-konvencija OECD o izbegavanju dvostrukog oporezivanja*, koja je najčešće korišćena kod zaključivanja bilateralnih sporazuma), i na kraju pravni propisi Evropske unije (direktive, odluke, mišljenja,

koja se vezuju za oporezivanje i poslovanje multinacionalnih kompanija. Transferne cene privlače pažnju poreskih vlasti širom sveta. Njima predstoji težak zadatak utvrđivanja da li su cene između povezanih lica (kompanija) postavljene realno, u skladu sa principima slobodnog, otvorenog tržišta. Transferne cene jesu arbitrarno utvrđene cene od strane kompanije i svojevrsna vrsta pritiska na poreski sistem. One odstupaju od cena koje su ugovorila nepovezana lica (kompanije). Što su one više u upotrebi između povezanih kompanija, prihodi države u kojoj se određene transakcije odvijaju mogu opadati. Odgovori poreskih organa na nekontrolisani rast primene transfernih cena su, do sada, bili nezadovoljavajući. Vidi: Sandra Janković - Ivana B. Ljutić, Poreske strategije transfernih cena multinacionalnih kompanija u zemljama kandidatima za pristup Evropskoj uniji, *7th International Scientific Conference*. November 27th, 2009. Belgrade: Megatrend, str. 91-92.

⁴ Prema podacima OECD, preko 60% svetske trgovine odvija se kroz poslovanje MNK. Iz tog poslovanja proizlaze dve neprihvatljive posledice: dvostruko oporezivanje MNK i izbegavanje plaćanja poreza. Svaka država na nacionalnom nivou donosi pravne propise kojima reguliše poslovanje kompanija, kako sa poreskopravnog stanovišta, tako i sa poslovnopravnog stanovišta. No, razlike u oporezivanju MNK mogu izazvati praktične probleme i za nacionalne poreske jurisdikcije i poreske uprave, kao i za same kompanije, u situaciji kada treba odrediti i locirati deo profita koji je ostvarila visoko integrisana multinacionalna grupa društava na određenoj teritoriji. John Neighbour, *Transfer pricing: Keeping it at arm's length*, vidi:

www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer_pricing:Keeping_it_at_arm%92s_lenght. Prema navodima profesora sa američkih univerziteta, u 2001. SAD su po osnovu korišćenih manipulativnih cenovnih šema od strane američkih kompanija izgubile preko 53 milijarde američkih dolara prihoda od oporezivanja porezom na dobit. U izveštaju o investicijama UNCTAD-a iz 1996. godine, na svetskom nivou jednu trećinu svetske trgovine činila je intrafirmaska trgovina, preko 77000 kompanija-majki sa preko 770000 stranih filijala. Vidi o tome: Kavaljit Singh, *The Growing Abuse Of Transfer Pricing By TNCs*,

www.countercurrents.org/kavaljitsingh280507.htm,; Statistics on Foreign Direct Investment and Multinational Corporations: A Survey,

www.imf.org/bopage/prindexprindex.htm#survey; www.oecd.org/daf/cmis/fdi/method.htm; www.unctad.org/en/enhome.htm; <http://europa.eu.int/en/comm/eurostat>; www.oecd.org/dsti/sti/stat-ana/stats/. Tako redaktori Sejl, Salter i Šarp u naučnoj monografiji koja se bavi razvojem međunarodnog računovodstva uključuju analizu i poređenje među zemljama vezano za različite nacionalne računovodstvene prakse i akcije regulatornih tela i vlasti u oblasti transfernih cena. Vidi: Rasoul H. Tondkar - Wendy W. Achilles - Joyse van der Laan Smith, *Transfer Pricing Practices and Regulatory Actions in the U.S. and U.K.: A Cross-Country Comparison and Analysis*, u: *Advances in International Accounting*, ed. by J. Timothy Sale - Stephen B. Salter - David J. Sharp, Volume 18, ELSEVIER 2005, p. 200.

smernice).⁵ Evropska unija kao zajednica nema kapacitet da zaključuje međunarodne ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, već to mogu da čine pojedinačne države-članice, međusobno ili sa trećim državama-nečlanicama EU. Međutim, opšte je poznato da države koje su članice EU prenose deo svog suvereniteta na nadležne organe i tela, čime se znatno sužava i ograničava samostalno uređivanje pravnih odnosa u domaćem zakonodavstvu. I bilateralni ugovori zemalja članica EU rađeni su po Model-konvenciji OECD. Pored napred pomenutih ugovora, zemlje članice EU u cilju eliminisanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja i usklađivanja postupaka nacionalnih poreskih vlasti upravo su i donele *Arbitražnu konvenciju*, koja ima nesumnjivi značaj u oblasti transfernih cena i poslovanja MNK, na unutrašnjem tržištu EU. Svi međunarodni ugovori u okviru EU su deo nacionalnog prava, a nacionalno pravo je usklađeno sa pravnim sistemom Evropske unije. Značaj ima i *Direktiva o uzajamnoj administrativnoj pomoći između poreskih organa zemalja-članica (77/799/EEC)*,⁶ koja smanjuje prostor za međunarodnu poresku evaziju, kao posledice međugraničnih ekonomskih aktivnosti i liberalizacije ekonomskih odnosa između država-članica. Modeli ugovora, o kojima smo govorili, su samo preporuke koje zainteresovane države mogu da koriste, kao i njihovi komentari, a pravni osnov može biti samo stvarno zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja utemeljen na navedenim modelima ili ne. U praksi je široku primenu našla *Model-konvencija OECD o porezima na dohodak i imovinu*.

Jedan od osnovnih principa EU je stvaranje jedinstvenog ekonomskog prostora na kome su pravila igre jednaka za sve igrače. Time veličina tržišta postaje uslov dinamičnog ekonomskog rasta kroz pospešivanje tokova trgovine, kapitala, ljudi i informacija. U tom kontekstu je ujednačavanje - harmonizacija postupaka nacionalnih poreskih vlasti jedan od veoma značajnih elemenata. Smanjenje troškova (prim. aut. priznavanje takvog evidentiranja) u jednoj zemlji članici treba biti praćeno odgovarajućim smanjenjem prihoda u drugoj zemlji članici. Takvo rešenje zahteva kvalitetnu saradnju i koordinaciju između nadležnih poreskih organa. U tom svetlu je EU donela *Arbitražnu konvenciju*⁷, sa ciljem da obezbedi adekvatnu koordinaciju aktivnosti nadležnih poreskih organa. Pravni osnov za njeno donošenje je član 293. Ugovora o osnivanju. Njime se predviđa da zemlje članice, u meri u kojoj je to neophodno, ulaze u međusobne pregovore u ovoj oblasti. Cilj pregovora jeste dobrobit za rezidente, počev od ukidanja dvostrukog oporezivanja. Arbitražna konvencija je stupila na snagu kada ju je 1994. godine ratifikovala poslednja zemlja članica, sa stupanjem na snagu od 1. januara 1995. godine i periodom primene od 5 godina. Veoma je značajno naglasiti da “za razliku od slučajeva na koje se odnose direktive, ovde je isključena nadležnost Evropskog suda pravde.”⁸

⁵ Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, „Narodne novine“, Zagreb, 2007, str. 23-25.

⁶ Vidi više: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, 175-179.

⁷ Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (Arbitration Convention), *Official Journal L 225* of 20 August 1990, www.europa.eu.

⁸ Vidi: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 168.

Na osnovu toga može se zaključiti da Arbitražna konvencija:

- ne predstavlja pravni, odnosno obavezni instrument EU; i
- ima status multilateralne konvencije na terenu međunarodnog javnog prava.

Arbitražna konvencija predstavlja napor država članica u harmonizaciji neposrednih poreza, sa ograničenom primenom na oblast transfernih cena i povezanih kompanija, odnosno obuhvata porez na dobit privrednih društava.⁹ Kako ističu pojedini autori, mala je verovatnoća za proširenjem primene na druga sporna pitanja i slučajeve, koja mogu nastati primenom ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Odredbe ove konvencije u velikoj meri proizlaze iz člana 9. Model-konvencije OECD o porezima na dohodak i imovinu, koji se odnosi na oporezivanje povezanih kompanija (kompanija-majka i kompanija-ćerka-filijala ili kompanija pod zajedničkom kontrolom), kao i na uslove primene ovog člana pod različitim metodama utvrđivanja cena “na dohvat ruke”.¹⁰ Za određivanje cena u poreski prihvatljivom smislu, Arbitražna konvencija ne predviđa metodu obračuna cena, odnosno korišćenje određene metode utvrđivanja cena “na dohvat ruke”.¹¹

Arbitražna konvencija predviđa dve vrste usklađivanja transfernih cena radi eliminisanja dvostrukog oporezivanja transakcija:

1. između dva povezana preduzeća, koja su rezidenti različitih zemalja članica, i
2. između centrale i ogranka MGK, kada je centrala u jednoj, a ogranak u drugoj zemlji članici.

KOREKCIJE I USKLAĐIVANJA TRANSFERNIH CENA

U našoj daljoj teorijskoj elaboraciji korišćemo podesan model dat u finansijskoj literaturi.¹² Prema ovom modelu, jedna članica multinacionalne grupe kompanija (u daljem tekstu: MGK) je smeštena u jednoj zemlji-članici EU. Druga firma je registrovana u drugoj. Kompanija rezident X u zemlji A isporučuje sirovinu svojoj filijali Y u zemlji B. Inicijalno je predviđena transferna cena od EUR 5.000 po toni. Ako je „normalna“, odnosno, rekli bismo, standardna tržišna cena po kojoj se odvijaju te transakcije na dohvat ruke EUR 4.000, tada će poreske vlasti zemlje Y biti u poziciji da, s pravom, u poreskom bilansu priznaju manji trošak za EUR 1.000 u odnosu na fakturisani iznos. Sada se postavlja pitanje kako će reagovati poreske

⁹ Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str. 118.

¹⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, (1992), OECD Publishing, Paris, Condensed version-July 2005, p. 141-145. (Model konvencija OECD o dvostrukom oporezivanju dohotka i imovine, u daljem tekstu: OECD Model). U cilju potpunog ili delimičnog eliminisanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja, koje nastaje kao posledica usklađivanja transfernih cena, poreske uprave razmatraju zahteve odgovarajućih usaglašavanja, na osnovu člana 9. stav 2. Model konvencije. Vidi: Ivana B. Ljutić, Poreski i poslovni aspekti transfernih cena, magistarski rad, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 53.

¹¹ Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 168.

¹² Vidi: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 167. Naša dalja izlaganja prema ovom izvoru.

vlasti u zemlji X. Konkretno, da li će prihvatiti da je povećana poreska osnovica i opterećenje u zemlji Y, te da konsekventno umanje za taj korigovani iznos od EUR 1.000 smanjivanje poreske obaveze, jer je ta vrednost jednom već oporezovana u zemlji Y. Ukoliko poreske vlasti u zemlji X ne prihvate kao argument pravo kompaniji na umanjjenje iskazanih prihoda, tada će poreske vlasti X utvrditi poresku dobit na bazi već iskazanih podataka o prihodu od EUR 5.000. Na nivou domicilne kompanije u zemlji X nastaje fenomen ekonomskog dvostrukog oporezivanja. Možemo to objasniti i još jednim podesnim primerom. Ukoliko u zemlji rezidentstva kompanije-majke, poreska uprava te države u postupku poreske kontrole poveća transfernu cenu dobra, koje je transferisala (isporučila) kompaniji-ćerki, a poreska uprava zemlje rezidentstva kompanije-ćerke ne prihvata korekciju transferne cene, nastaće dvostruko oporezivanje dobiti kompanije-ćerke. Dobit matične kompanije se povećava, dok se dobit filijale smanjuje.¹³ Kako bi se izbeglo ekonomsko dvostruko oporezivanje navedena dobit se oporezuje u jednoj državi članici, dok se u drugoj izuzima od oporezivanja (metoda izuzimanja), odnosno isključuje iz poreske osnovice.¹⁴ Drugi sistem je metoda kredita kada rezidentni poreski obveznik može da, porez naplaćen u zemlji izvora, istakne kao kredit na račun poreza na svetski dohodak u zemlji rezidentstva.¹⁵

U poreskom pravu fenomen ekonomskog dvostrukog oporezivanja je povezan sa aspektima transfernih cena. Ova pojava nastaje kada poreski organi jedne zemlje članice, na primer, u grupaciji EU unilateralno određuju u postupku oporezivanja cenu za međugranične transakciju (prim. aut. izvozno-uvoznu, spoljnotrgovinsku transakciju), koja se odvija unutar MGK, preciznije njenih poslovnih segmenata. Uz to, poreske vlasti ne uzimaju u obzir usklađivanja koja se vrše u drugim zemljama članicama.

Jedan od načina rešavanja sporova koji se vezuju za primenu ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja su uzajamni ugovorni postupci poreskih vlasti, odnosno poreskih uprava, propisani članom 25. Model-konvencije OECD o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Kroz međusobne konsultacije, poreske uprave mogu pokušati da eliminišu dvostruko oporezivanje, odnosno ekonomsko dvostruko oporezivanje, koje može da nastane kao posledica usklađivanja transfernih cena. Član 25. Model konvencije određuje tri različita područja primene, u kojima se generalno primenjuju ovi postupci kao način razrešenja sporova. Prvi slučaj bi bio kada oporezivanje nije u skladu sa odredbama Konvencije, a takav postupak najčešće inicira poreski obveznik. Ostala dva područja odnose se na „tumačenje ili

¹³ Primer je preuzet iz: Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str.118.

¹⁴ Vidi o tome: Dejan Popović, *op.cit.*, 2006, str. 339-347. Popović ocenjuje metodu izuzimanja kao „dominatan metod“ i postupak u sprečavanju i eliminisanja dvostrukog pravnog oporezivanja, u periodu pre trideset godina evropskih pravnih sistema kontinentalnih zemalja, prema kome se deo dobiti isključuje iz poreske osnovice i izuzima iz oporezivanja u zemlji rezidentstva. Metoda kredita ima sve veću primenu u evropskim zemljama, jer države žele da prošire svoju fiskalnu jurisdikciju, a ne da izuzimaju od oporezivanja deo dobiti rezidenata, kao u našem primeru.

¹⁵ Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str.119.

primenu Konvencije¹⁶, i eliminisanje dvostrukog oporezivanja, bilo ekonomskog ili pravnog „u slučajevima koji nisu na drugi način određeni Konvencijom“. Drugo i treće područje primene uzajamnih ugovornih postupaka, za razliku od prvog područja, ne uključuje nužno poreskog obveznika. Na osnovu člana 25. ne nameće se obaveza poreskim upravama da uđu u postupak uzajamnih ugovornih pregovora. One na to nisu prisiljene, već je to samo preporuka da pokušaju da se dogovore i razreše poreski spor, koji može nastati zbog usklađivanja transfernih cena između njih. Da bi poreska uprava prihvatila takav postupak i odgovarajuće usklađenje, mora proceniti primarno usklađenje kao opravdano i u načelu, i za konkretan iznos. Fiskalni suverenitet svake države nije ugrožen, jer ni jedna država nema obavezu da prihvati arbitrarne korekcije i neopravdana rešenja druge. Ograničenja, kao i razlozi neuspeha i nepostizanja sporazuma su brojni. Tu, pre svega, mislimo na nacionalne propise i zakone involviranih država, koji mogu biti u suprotnosti, kao i pitanje ovlašćenja različitih nacionalnih poreskih uprava da pregovaraju, zaključe ugovor i postignu kompromisno rešenje. Ukoliko se slučaj ne bi razrešio na ovaj način, dalje se može posegnuti za arbitražom, koja među zemljama-članicama OECD nije jedinstveno prihvaćena.

SARADNJA IZMEĐU PORESKIH VLASTI ZEMALJA- ČLANICA EVROPSKE UNIJE

Saradnja između zemalja-članica se odvija višefazno i to kroz:¹⁷

1. Obaveštavanje i podnošenje prigovora;
2. Postupak uzajamne saglasnosti;
3. Arbitražni postupak;
4. Postupak eliminacije dvostrukog oporezivanja.

Svaka od navedenih faza ima određeni cilj. Prve dve faze imaju za cilj formulisanje i postizanje zajedničkog stava poreskih uprava u vezi sa korekcijama dobiti kompanija. Mogu se koristiti iskustva drugih država i institut razmene obaveštenja i informacija, kako bi se dobit korigovala, pre donošenja odgovarajućeg rešenja.¹⁸ Ukoliko se ne oformi zajednički stav, povezana kompanija čija je dobit dvostruko oporezovana upoznaje o tome nadležnu poresku upravu u roku od tri godine. Kada ni ona ne reši problem, pokreću postupak sporazumevanja oba poreska organa u cilju eliminisanja dvostrukog oporezivanja, u skladu sa standardom “na dohvata ruke”. Neusaglašeni stavovi u roku od dve godine rezultiraju formiranjem Savetodavne komisije i tako je pokrenut arbitražni postupak u skladu sa Arbitražnom konvencijom. Savetodavna komisija u roku od šest meseci donosi mišljenje, koje nije obavezno u cilju eliminisanja dvostrukog oporezivanja primenom standarda.

¹⁶ Vidi komentar člana 25. Model Tax Convention on Income and on Capital, *op. cit.*, p. 300-312.

¹⁷ Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 169.

¹⁸ Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str.119.

Mišljenje postaje obavezno, kada u narednih šest meseci nadležni poreski organi ne ujednače svoje stavove. Protiv mišljenja savetodavne komisije ne može se podneti pravni lek, čak ni Evropskom sudu. Vreme trajanja arbitražnog postupka je ograničeno rokom od tri godine. Članove savetodavne komisije čine jedan ili dva predstavnika svake poreske vlasti, kao i isti broj nezavisnih ličnosti. Svaka zemlja-članica sastavlja listu ovih uglednih ličnosti iz poreske struke sa visokim javnim kredibilitetom. Za predsedavajuća lica se biraju predstavnici poreskih vlasti obe zemlje članice i nezavisne ličnosti. I pored toga što povezana preduzeća nisu, u klasičnom smislu, stranke u ovom arbitražnom postupku, imaju pravo da obaveste komisiju o svim bitnim informacijama, dokumentima i drugim dokazima koje smatraju relevantnim.

U slučaju da poreske vlasti zemlje-članice EU ocene da je u konkretnom slučaju u pitanju transakcija „na dohvata ruke“, te na toj osnovi žele da sprovedu usklađivanje dobiti po ovom principu, dužne su da obaveste preduzeće o kojem je reč. Ta kompanija je dužna da, bez oklevanja, informiše povezano preduzeće-ogranak-filijalu-centralu u drugoj zemlji članici, koje potom treba da obaveste svoje poreske vlasti. Time je „zatvoren“ ovaj krug informisanja. Ukoliko su svi subjekti u ovom lancu transakcija i informisanja saglasni, znači da prihvataju takve korigovane podatke kao istinitu i vernu sliku stvarnih transakcija i nema potrebe za daljim postupkom. Poreske vlasti zemlje-članice mogu da sprovedu oporezivanje, ne čekajući reakciju bilo preduzeća, bilo poreskih vlasti iz druge zemlje-članice. Ukoliko preduzeće osporava činjenicu da usklađivanje koje zahtevaju nadležne poreske vlasti zemlje-članice nije u saglasnosti sa principom „na dohvata ruke“, smatrajući da će to izazvati efekte ekonomskog dvostrukog oporezivanja, može učiniti sledeće. U predviđenom roku od tri godine od dana informisanja može podneti prigovor poreskim vlastima svoje zemlje. U takvim okolnostima, poreske vlasti kojima je podnet prigovor su u obavezi da informišu poreske vlasti druge zemlje-članice.

U postupku uzajamne saglasnosti, ukoliko poreske vlasti kojima je podnet prigovor rezidentnog preduzeća nisu u stanju, odnosno ne žele da pruže unilateralnu poresku olakšicu, dužne su da uđu u postupak uzajamnog usaglašavanja sa poreskim vlastima zemlje-članice.¹⁹ Ukoliko poreske vlasti zemalja-članica postignu saglasnost po ovom pitanju donosi se novo rešenje. To se čini bez obzira na to što bi prvobitno rešenje o utvrđivanju poreza, prema domaćem zakonu, moglo da postane pravosnažno.

¹⁹ Razmena informacija između poreskih uprava i poreskih obveznika štedi vreme, a i resurse. Svrha uzajamnog ugovornog postupka je da povezana kompanija ne bude dva puta oporezovana, za istu transakciju, da ne bude previsoko oporezovana, a da ne izbegne plaćanje poreza, već da se postigne sigurnost u prikupljanju prihoda od poreza za sve države učesnice, kao i pravilna raspodela oporezive dobiti MNK u poreske svrhe. Vidi: Ivana B. Ljutić, 2009, *op. cit.*, str. 54.

SPROVOĐENJE EFEKTIVNE IMPLEMENTACIJE ARBITRAŽNE KONVENCIJE

Prvi arbitražni postupak je sprovela savetodavna komisija na osnovu Arbitražne konvencije u slučaju između Francuske i Italije 2003. godine.²⁰ Vredi naglasiti da i pored toga što je Arbitražna konvencija, po svojoj zamisli i ciljevima, bila stvarno sofisticiran multilateralni sporazum, proces njene implementacije je bio dug, osetljiv i kompleksan. U početku je njena primena bila oročena do kraja 1999. godine, sa protokolom koji je predviđao automatsko produžavanje njene važnosti za period od narednih pet godina, mada još uvek sve zemlje-članice nisu deponovale potpise.

Tabela 2.3. Pregled detalja sprovođenja efektivne implementacije Arbitražne konvencije (90/436/EEC of 23 July 2003)					
Detalji ratifikacije					
Zemlja	Potpis (*)	Notifikacija	Stupanje na snagu(*)	Dekl./Rez	Napomene
Austrija					
Belgija					
Kipar		27/07/2006	01/10/2006		
Češka Republika		20/07/2006	01/10/2006		
Nemačka					
Danska		20/01/2006	01/04/2006		
Estonija					
Španija					
Francuska					
Ujedinjeno Kraljevstvo					
Grčka					
Mađarska		23/03/2006	01/06/2006		
Italija					
Irska		24/05/2006	01/08/2006		
Litvanija					
Luksemburg		19/06/2006	01/09/2006		
Letonija					
Malta		23/08/2006	01/11/2006		
Holandija		01/03/2006	01/06/2006		
Portugalija					
Poljska					
Svedska		19/06/2006	01/09/2006		
Finska		23/06/2006	01/09/2006		
Slovenija					
Slovačka		18/11/2005	01/04/2006		
(*) Kada nije naveden datum, prethodno naveden datum je važeći za te zemlje.					
Izvor: http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/Extra.asp?name=disclaimer&lang=EN .					

²⁰ Šire o ovoj odluci u: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 170, posebno fusnote 395 i 396.

Konvencija o pristupu Češke, Estonije, Kipra, Letonija, Litvanije, Mađarske, Malte, Poljske, Slovenije i Slovačke Arbitražnoj konvenciji, potpisana je 08.12.2004. godine u Briselu.²¹

U cilju eliminisanja poreskih prepreka na tržištu EU i razlika koje postoje između poreskih sistema kod poreza na dobit kompanija, Komisija će objavljivati značajne odluke Evropskog suda radi usaglašenog tumačenja, i proširiti oblast primene određenih direktiva koje se odnose na poslovanje kompanija.²² Značaj ima i formiranje Zajedničkog foruma o transfernim cenama (*Joint Forum on Transfer Pricing*). Na tom forumu učestvuju predstavnici svih država-članica i predstavnici kompanija u cilju primene jednoobraznih načela u obračunavanju cena i unapređenja saradnje između zemalja-članica i kompanija u sferi oporezivanja transakcija unutar grupe kompanija.²³ Pored toga, značaj ima i model ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja po uzoru na OECD Model-konvenciju, prilagođen evropskom tržištu, koji kreira Komisija ili zaključen multilateralni poreski ugovor između svih zemalja članica.²⁴

ZAKLJUČAK

Prema analizama vodećih nacionalnih eksperata za poresko pravo u Srbiji, značaj i potreba da se produži važenje ove Konvencije su nesumnjivi.²⁵ Ukazuje se, da razvoj privrede i obima transakcija, kao i kompleksnost oporezivanja korporativnog sektora u zemljama-članicama EU nameće imperativ uniformnog uređivanja pravila o transfernim cenama. Dalje, ocenjuje da su veoma značajna procesno-pravna pitanja koja zahtevaju dalju elaboraciju i preciziranje (službeni jezik, prevod na oba jezika, odnosi arbitražnog, sudskog i upravnog postupka itd.). U naučnim krugovima ima zagovornika teze da zbog svoje važnosti ova Konvencija

²¹ J.O. Reference C160 (30/06/2005).

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOHtml.do?uri=OJ:C:2005:160:SOM:en:HTML>.

²² O Izveštaju Zajedničkog foruma EU koji se odnosi na produženje Arbitražne konvencije vidi više: European Commission, Directorate-General Taxation and Customs Union, EU Joint Transfer Pricing Forum, Report on the Re-Entry into Force of the Arbitration Convention, *DOC. JTPF/019/REV5/2004/EN*, Brussels, 2005. p.1-11.

²³ Evropska komisija usvojila je Komunikaciju (COM/2004/297 of 23/04/2007) na osnovu rada Zajedničkog foruma o transfernim cenama (*IP/02/1105*). Komisija i Forum ocenili su upotrebu „sporazuma o utvrđivanju cena unapred“ kao odgovarajući instrument povećanja pravne sigurnosti i smanjenja administrativnog poreskog tereta poreskih obveznika i troškova postizanja usaglašenosti, u cilju eliminisanja dvostrukog oporezivanja koje nastaje kao rezultat različitih regulativa transfernih cena država članica EU. U tom cilju, Komisija je predložila smernice za sporazume. Komisija je, takođe, usvojila i Kodeks postupanja (Code of Conduct, 2004) u oblasti oporezivanja korporacija u cilju efektivne primene Arbitražne konvencije, Official Journal C176 of 28/07/2006, vidi: http://ec.europa.eu/taxation_customs/company_tax/tran_prices.htm. Vidi više: Ivana B. Ljutić, Oporezivanje transakcija multinacionalnih kompanija po transfernim cenama, *Pravni Život* 11/2010, str. 209-2011.

²⁴ Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 142.

²⁵ *Ibid.*, str. 170.

treba da preraste u direktivu, kao pravno obavezujući instrument zakonodavstva EU. Kao reakciju na javnu debatu i potrebe poslovanja, Evropska komisija je upravo i predložila formiranje "Zajedničkog foruma EU o transfernim cenama", o čemu smo napred govorili. Otuda zaključujemo da je Arbitražna konвенција "savršeno" prilagođena za mnoge slučajeve transfernih cena u EU, kao i da predstavlja pozitivan razvoj u korist multinacionalnih kompanija.²⁶ Takođe, ona je isplativa, efikasna, uz jasno definisane slučajeve primene.

Pored oblasti transfernih cena, Arbitražna konвенција bi nesumnjivo mogla proširiti oblast primene i na rešavanje drugih sporova i slučajeva, koji nastaju ili mogu nastati na osnovu primena i tumačenja ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Ona predstavlja pomirenje različitih stavova država-članica, odnosno država-ugovornica, kada jedinstveno mišljenje nije postignuto u postupku uzajamnih pregovora. Rešenje problema dvostrukog oporezivanja i korekcija dobiti povezanih kompanija država-članica EU može se ostvariti i primenom instituta zajedničkih (uzajamnih) pregovora i dogovora prema članu 25. Model-konвенције OECD o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine.²⁷

Srbija ima slabo razvijenu praksu i iskustvo u ovoj oblasti. Priključenjem Srbije Evropskoj uniji značaj bi imala Arbitražna konвенција. Smernice OECD, kao najznačajniji dokument iz ove oblasti, treba da predstavljaju osnovu buduće zakonske regulative Srbije. Značaj uredenosti regulative transfernih cena za Srbiju je upravo u privlačenju stranih investicija i dolaska sve većeg broja MNK. Srbija se približava Evropskoj uniji, te je stoga razumno očekivati da će se institucionalni i regulatorni okvir uskladiti sa institucionalnim i regulatornim okvirom EU.

²⁶ Alexander Voegelé-Florence Forstar, *op.cit.*, p. 5.

²⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, *op. cit.*, p. 40; Horvat i Arbutina ističu da je postupak sporazumevanja u Model konвенцији jače pravne snage u odnosu na arbitražni postupak. Prema članu 15. Arbitražne konвенције „korigovane dobiti povezanih kompanija, obaveze država-ugovornica, koje proizlaze iz međunarodnih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja ostaju nepromenjene“, vidi: Olivera Lončarić-Horvat - Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str. 119.

ARBITRAGE CONVENTION AND TRANSFER PRICES: HARMONIZATION WITH THE EU LAW

Summary

Adequate adjustments and harmonization with a standard of “arm’s length transactions” between the related companies are becoming more frequent by the competent European member states tax authorities. That is the reason why it is necessary to review avoidance of double taxation bilateral agreements in the area of transfer prices in the EU, well known as Arbitrage Convention, which relates to the correction of profit, more precisely correction of transfer prices transactions between the related parties. The Arbitrage Convention represents a multilateral agreement, which differentiate from the agreements on avoidance of double taxation between the states, which are in nature bilateral agreements. Contemporary trends in business, movements of capital, people and information and of fast and frequent changes of business interests are pointing out that the economic activity on the internal market of the EU is constantly increasing. With constant increase of the volume of transactions and business activity and profits, also are rising the taxation costs in the EU member states, which the main taxpayers are the multinational companies. In that context in tax practice are emerging problems of economic double taxation of transactions which are taking place within the company group. This paper is studying the motives to adopt the Arbitrage Convention, methods of correction and adjustments of transfer prices, as well as cooperation between the tax authorities in the EU member countries. The final part of the analysis is focused on the implementation of the effective Arbitrage Convention. The author is in favour of prolonging to be in effect the Arbitrage Convention legal validity in future, since the need for such action is unquestionable. There is a standing imperative to define uniform body of rules of transfer prices transactions taxation in the EU member states as well as in the candidate states like Serbia wants to be. Serbian practise of transfer prices taxation is more than modest, that is one more reason in favour of the Arbitrage Convention, also OECD Guidelines on Transfer Prices Transactions. The great importance of neat and well balanced regulation of transfer prices in Serbia is just lies in the fact to attract direct foreign investments and multinationals as well. Serbia is coming closer to EU, and from that point of view it is reasonable to expect that the national institutional and regulatory framework shall be continuously reformed and harmonized with the EU regulatory framework.

UTICAJ SUDSKE PRAKSE NADNACIONALNIH SUDOVA

Mr Goran Branković*

***Apstrakt:** Zakonodavna nadležnost Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije, s jedne strane, i veoma aktivna uloga Suda pravde evropskih zajednica u stvaranju prava, s druge strane, jasno nagovještavaju da u Evropskoj uniji nastaje jedan specifičan, mješoviti pravni sistem državne regulative. Evidentno je da u kontinentalnu Evropu, posredstvom komunitarnog prava, i posebno kroz praksu evropskih sudova, postepeno prodiru pravna pravila iz angloameričkog područja. Svjedoci smo konvergencije različitih pravnih sistema i postepene denacionalizacije prava koje treba da dovede do višeg stepena pravnog jedinstva, a po mišljenju mnogih autora i do stvaranja novog ius commune europaeum. Posebnu ulogu u harmonizaciji prava mogli bi imati Evropski sud za ljudska prava i Sud pravde evropskih zajednica. Praksa ovih sudova mogla bi da posluži kao orijentir nacionalnim sudovima koji se suočavaju sa mnogim problemima koji se prvenstveno tiču implementacije komunitarne tekovine koja se odvija prebrzo i sa dalekosežnim posledicama po pravnu, ekonomsku i socijalnu stabilnost mnogih država, pa i same Evropske unije.*

***Ključne riječi:** Evropsko pravo, nadnacionalni sudovi, unifikacija, harmonizacija, presude, sudska praksa.*

Uvod

Evidentno je da u kontinentalnu Evropu, posredstvom komunitarnog prava, i posebno kroz praksu evropskih sudova, postepeno prodiru pravna pravila iz angloameričkog područja. Već sada se mogu jasno uočiti elementi zakonskog prava, svojstvenog kontinentalnoj Evropi i sudskog prava koje je karakteristično za Englesku i druge države angloameričkog pravnog područja.

* Mr Goran Branković, profesor, Економска школа Бања Лука.

Uzajamno zbližavanje evropskog kontinentalnog i angloameričkog prava, a u tom kontekstu i jačanje pozicije nadnacionalnih sudova, otvaraju mnoga pitanja. Prije svega, nejasno je kakvo će biti buduće evropsko pravo. Da li će preovladavati opšte pravne norme sadržane u zakonima, ili će dominantnu ulogu imati pravila stvorena od strane nadnacionalnih sudova. Ovo je prouzrokovalo određene probleme sa kojima se naročito suočavaju sudovi u istočnoevropskim zemljama u periodu tranzicije. Prije svega, riječ je o implementaciji komunitarne tekovine (acquis communautaire) koja se odvija prebrzo i sa dalekosežnim posledicama po pravnu, ekonomsku i socijalnu stabilnost mnogih država, pa i same Evropske unije. Prihvatanje visokih, i često objektivno neostvarivih pravnih standarda stvara sve veći raskorak između normativnog i stvarnog. Pravna nesigurnost raste, a sa njom i nepoverenje u državne institucije, uključujući i sudove koji imaju posebnu odgovornost za stvaranje novog pravnog ambijenta.

1. Dva shvatanja evropeizacije prava

U zapadnoj Evropi se pod evropeizacijom podrazumeva usklađivanje nacionalnih propisa sa unapred usaglašenim nadnacionalnim standardima i modelima. Zapravo, riječ je o harmonizaciji, koja vodi ka postupnoj denacionalizaciji prava (W e r o, 1998) i ka stvaranju jedinstvenih (uniformnih) pravila.

Kada govore o evropeizaciji istočnoevropskog prava, zapadni pravници, uglavnom, misle na implementaciju svoje, komunitarne, pravne tekovine na prostoru istočne Evrope. Ulazak u Evropsku uniju uslovljen je prihvatanjem communautaire acquisa, koji su zapadnoevropske zemlje stvarale postepeno, punih pedeset godina, uzajamnim popuštanjem i usaglašavanjem nacionalnih interesa. Zemlje koje pretenduju na članstvo su dužne da prihvate komunitarno nasleđe u cjelini (en block) i da započnu njegovu implementaciju u kratkom roku, čak i prije nego što uđu u ovu panevropsku integraciju. Jedan od najvećih problema je hronični nedostatak vremena. O tome upečatljivo svjedoče primjeri iz našeg okruženja. „Za ono što su najstarije članice Unije stvarale desetljećima, a tranzicijske zemlje koje sada u nju ulaze učinile u jednom desetljeću, u Hrvatskoj je planirano za vrijeme od samo četiri godine. Sada se na brzinu i kampanjski donosi ili mijenja velik broj propisa, među njima i najznačajniji zakoni na kojima počiva pravni sistem. (...) Tako značajne i brze promjene ne bi mogle, bez ozbiljnih teškoća, provesti ni znatno bogatije zemlje sa stabiliziranim pravnim sistemima i stručnom razinom primjene prava znatno višom od Hrvatske. I u njima bi to izazvalo svojevrsan šok ako

izmjene ne bi bile primjerno dozirane po intenzitetu i vremenu provođenja...” (Barbić, 2004)¹.

Sa stanovišta istočnoevropskih zemalja, harmonizacija (harmonisation) i približavanje (approximation of laws) su jednostrani. Iako se pitanje pristupanja formalno uređuje odgovarajućim sporazumom² između Evropske unije i kandidata, uzajamnog približavanja pravnih sistema jednostavno nema. Evropski sporazumi i sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju u velikoj mjeri podsjećaju na klasične obligacione ugovore po pristupu, čije uslove unaprijed određuje jedna, po pravilu, ekonomski jača strana.

Na zakonodavnom planu evropeizacija se u većini istočnoevropskih zemalja sastoji u preuzimanju regulativnih koncepata, pa čak i konkretnih normativnih rešenja, iz (nacionalnog) pravnog sistema neke od zapadnoevropskih zemalja. Najčešće je reč o prosto recepcciji stranog prava. Opšti je utisak da istočnoevropske zemlje čine čak i ono što se od njih ne traži. Kao što je poznato, za ulazak u Evropsku uniju je potrebno usaglasiti domaće pravo sa nadnacionalnim evropskim pravnim standardima, a ne i sa konkretnim normativnim rješenjima pojedinih zapadnoevropskih zemalja.

Preuzimanje stranog nacionalnog prava prvenstveno je motivisano željom da se što prije ispune uslovi za prijem u Evropsku uniju. Recepccija u velikoj meri pojednostavljuje čitav proces i pruža sigurnost kandidatima da neće napraviti propust prilikom regulisanja relevantne materije. Vezivanje za pravni sistem jedne od razvijenih zemalja otklanja opasnost od različitih stranih uticaja koji mogu izazvati konfuziju i destabilizaciju pravnog sistema. Osim toga, recepccijom se rješava problem tumačenja i primjene novih normativnih rješenja. Uz regulativne koncepte, mogu se preuzeti doktrinarni stavovi, komentari, primjeri iz sudske prakse i stručna literatura, za čije stvaranje su potrebni kadrovski potencijal, vrijeme i novac. Recepccija prava svakako ima i strateški politički značaj, jer vezivanje za određenu (po pravilu moćnu) državu članicu, olakšava ulazak u Evropsku uniju. Najzad, treba reći da je preuzimanje stranog prava često posljedica pogrešnog vjerovanja da je zapadna regulativa savršena, ili barem u svemu bolja od istočnoevropske.³

Pri tom se često zanemaruje činjenica da norma može biti svrsishodna samo ako odgovara nivou pravne svesti stanovništva i konkretnim prilikama u određenom društvu. Čak i najbolje normativno rješenje određenog problema koje nalazimo u stranom zakonodavstvu, može biti neefikasno u domaćem sistemu prava. Drugim riječima, ono što je dobro za druge, ne mora biti dobro i za nas.

¹ Barbić, Jakša (2004). *Europeizacija hrvatskog prava*, u: *Hrvatska- kako dalje: zadanosti i mogućnosti*, (red.: Kregar, Josip – Puljiz, Vlado – Ravlić, Slaven), Zagreb, str. 103-104.

² Evropski sporazum. Za zemlje zapadnog Balkana: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.

³ Pojedini autori govore o imitativnom razvoju istočnoevropskih društava (Tako: Berend, 2001:11).

2. Uloga sudova u evropeizaciji prava

Pravni standardi koji su usvojeni u razvijenim zemljama odgovaraju tamošnjim prilikama. Mnogi od njih su toliko visoko postavljeni da se u siromašnijim zemljama istočne Evrope teško mogu ostvariti. Čak i više od toga. Neki od njih su objektivno neostvarivi⁴. Primjeri iz okruženja: mrtvi zakoni i stara sudska praksa.

Prihvatanjem visokih pravnih standarda i preuzimanjem konkretnih regulativnih rješenja iz stranih pravnih sistema, koja su neprimjerena nivou društvenog razvoja, povećan je nesklad između normativnog i stvarnog, a time i pravna nesigurnost građana. U istočnoevropskim zemljama ima mnogo tzv. mrtvih zakona. Propisi su moderno koncipirani, ali se ne primjenjuju u praksi. Normativna rješenja koja su sadržana u njima toliko su daleko od stvarnosti, da bi njihova dosljedna primjena izazvala krupne potrebe u društvu. Poslužiću se rječima jednog posmatrača sa Zapada koji kaže: „Fantastični naponi i impresivni uspjesi marketizacije i privatizacije, usvajanje zapadnih ustava, prava svojine i berze, neodvojivo su pomiješani s propašću, laissez faire toga doba, nove utopije. Euforija slobode pomiješana je sa zastrašujućim gubitkom sigurnosti, sve većim siromaštvom, snažnom ksenofobijom i nacionalističkim fundamentalizmom” (B e r e n d, 2001:17)⁵.

Uviđajući stvarnu situaciju u istočnoj Evropi, pojedini zapadni analitičari tvrde da na tom prostoru postoji istinsko pravo (true law), pravo koje je samo fasada (façade law) i pravo u sjenci (shadow law) – (S c h r ö e d e r, 2001)⁶. Drugim riječima, očigledno je da je harmonizacija u pojedinim sektorima bila samo formalna, bez stvarnih efekata. Prema mišljenju nekih pravnih teoretičara, u nekim oblastima paralelno postoje dva regulativna sistema. Jedan zvanični, koji ne funkcioniše i drugi, neformalan, koji je djelotvoran.

Sve pomalo počinje da liči na vesternizaciju japanskog privatnog prava, koja pod pritiskom zapada traje već sto pedeset godina, ali ne daje stvarne efekte. Da li će se isto dogoditi i u istočnoj Evropi?

Odgovornost sudova za stvaranje novog pravnog ambijenta u zemljama istočne Evrope je velika i naročito značajna. Međutim, sudovi imaju vrlo delikatan zadatak, jer sudije moraju upoznati i protumačiti mnoštvo novih pravnih propisa.

Osim toga, od njih se očekuje da u praksi dosljedno sprovode *acquis communautaire*. S druge strane, sudije moraju voditi računa o osjetljivim prilikama u društvu i nastojati da odluke koje donose budu pravične i da izazivaju što manje socijalnih tenzija. Najkraće rečeno, sudovi su se našli u procjepu, između normativnog i stvarnog. U takvim okolnostima sudija ne može biti samo običan primjenjivač zakona.

⁴ O neskladu između pravnih standarda koji su usvojeni u razvijenim zemljama i materijalnih mogućnosti drugih zemalja kojima se ti standardi nameću, upečatljivo govori presuda Evropskog suda za ljudska prava.

⁵ Berend, Ivan (2001). *Centralna i istočna Evropa 1944–1993*. Podgorica: CID

⁶ Schröder, Friedrich-Christian (2001). „True” Law, „Façade” Law, „Shadow” Law, u: *International and National Law and Eastern Europe, Essays in Honor of George Ginsburg*. str. 355–360.

On mora dobiti mnogo više slobode i mora imati mnogo kreativniju ulogu. Međutim, mnogi se pitaju da li je sudstvo doraslo takvom zadatku. Po mišljenju pojedinih autora, u istočnoj Evropi ne postoji odgovarajuća pravna infrastruktura koja bi mogla da nosi teret tranzicije i da na adekvatan način prati izuzetno brzu harmonizaciju prava. U vezi s tim jedan ugledni hrvatski pravni teoretičar je konstatovao: „Sporost i krajnja nesigurnost u ostvarivanju i zaštiti prava stvaraju opće nepovjerenje u pravni sustav i institucije vlasti, zbog njihove očite nedjelotvornosti, te izazivaju pravni nered. U takvim uslovima u Hrvatskoj ne može biti riječi o zadovoljavajućoj primjeni prava, a pogotovo ne o prihvatljivom nivou vladavine prava...” (Barbić, 2003)⁷. Slični problemi mogu se uočiti i u drugim državama. Međutim, oni nisu dokaz da je pravosuđe u istočnoj Evropi generalno loše. Prije bi se moglo reći da je opisano stanje nastalo zbog toga što se od sudova očekuje da za nekoliko godina savladaju ono što je u zapadnoevropskim zemljama stvarano decenijama. Ukoliko bi implementacija *acquis communautaire* bila i vezana za duže rokove, sudovi bi mogli da odigraju značajnu ulogu u stvaranju novog pravnog ambijenta. Uz malo širu slobodu suđenja, sudije bi mogle da spriječe tvrdi primjenu novih zakona i da umanje nesklad između normativnog i stvarnog koji izaziva rastuće tenzije u tranzicionim društvima. Preduslov za to je da zakonska regulativa bude dovoljno fleksibilna i da se postigne društveni konsenzus o redefinisanoj ulozi parlamentarne i sudske vlasti. Takav razvoj događaja bio bi u skladu sa aktuelnim trendovima u Evropskoj uniji.

3. Kriza parlamentarizma

Po tradicionalnom učenju, parlament stvara pravna pravila, a sud je dužan da ih dosljedno primjenjuje u praksi. Takav koncept je potpuno logičan ako se posmatra kroz princip podjele vlasti. Naime, za izgradnju i funkcionisanje pravnog sistema politički je odgovoran zakonodavac, a ne sud. Skupštinska većina može izgubiti podršku birača ako donosi propise koji primoravaju sudove da donose nepravdične odluke. S druge strane, sudija neće biti (politički) odgovoran čak i ako primijeni zakonsku normu koja je očigledno nepravdna. Smatraće se da je u takvom slučaju vršio svoju dužnost u skladu sa ustavom i zakonom.

Pošto politički ne odgovara za izgradnju i funkcionisanje pravnog sistema, sud nema i ne treba da ima moć stvaranja prava. U skladu s načelom podjele vlasti uloge su striktno podijeljene. Taj princip, međutim, sve je češće na udaru kritike u mnogim evropskim državama. Evidentno je da parlamentarni sistem zapada u krizu. Sve manje učešće birača na izborima dovodi u pitanje predstavničku demokratiju i tezu da su poslanici predstavnici svih građana. Osim toga, ne treba zanemariti ni činjenicu da zakonodavnu vlast čine pripadnici različitih političkih grupacija koji u procesu stvaranja prava nastoje da zaštite različite grupne i lične interese.

⁷ Barbić, Jakša (2004). Europeizacija hrvatskog prava, u: Hrvatska – kako dalje: zadanosti i mogućnosti, (red.: Kregar, Josip – Puljiz, Vlado – Ravlić, Slaven), Zagreb, str. 103.

Različita javna i manje javna lobiranja, korupcionaške afere i skandali bacaju sjenku na moralni integritet parlamenata u mnogim državama. Pitanje je i da li ljudi koji nisu pravnici mogu kompetentno raspravljati i odlučivati o pravnim pitanjima. Često se događa da jedan konzistentan predlog zakona, pripremljen od strane stručnjaka, bude drastično izmijenjen u skupštinskoj proceduri. Najzad, postavlja se i pitanje da li je svaki poslanik takav univerzalac da treba da istovremeno odlučuje o pitanjima koja se tiču medicine, poljoprivrede, industrije, sporta, porodice, imovine i dr.

Suma summarum, postaje očigledno da treba preispitati načelo podjele vlasti i da treba tragati za novim institucionalnim konceptom koji bi omogućio efikasniju i profesionalniju izgradnju pravnog sistema.

Pri tom svakako treba imati u vidu procese koji se odvijaju u Evropskoj uniji. Oni su sa stručnog stanovišta veoma zanimljivi, ali i pomalo zbunjujući za većinu evropskih pravnika koji su školovani u duhu učenja o podjeli vlasti.

U stručnoj literaturi se govori o nebuloznosti institucionalnog koncepta (*la nébuleuse institutionnelle*) i o funkcionalnoj konfuziji (*la confusion fonctionnelle*) koja vlada u Evropskoj uniji (Blumann – Dubois, 2004)⁸. Funkcije i nadležnosti pojedinih institucija se često prepliću, uzajamno prožimaju i nadopunjuju. Zato se u literaturi s razlogom primjenjuje da još uvijek nema jasne podjele vlasti, ili je barem nema u onom tradicionalnom monteskijeovskom smislu. Organizaciona struktura Evropske unije i način njenog funkcionisanja se više uklapaju u jedan noviji teorijski model (tzv. novi institucionalizam, *new institutionalism*) – (Chalmers, 1998)⁹, razvijan tokom XX vijeka, koji se zasniva na ideji o saradnji i koordiniranom djelovanju različitih organa. Osnovna teza je da sve institucije jednog sistema moraju biti funkcionalno povezane i moraju saradivati radi postizanja jedinstvenih ciljeva i interesa društvene zajednice. Teorija saradnje je fleksibilnija od klasičnog koncepta podjele vlasti i omogućuje lakše postizanje kompromisa koji vode regionalnoj, i istovremeno, globalnoj integraciji. Osim toga, ona otvara prostor za drugačiju ulogu suda u kreiranju pravnog sistema.

4. Evropsko pravo

Tokom poslednje decenije mnogo se govori o “evropeizaciji prava”.¹⁰ Pod izrazom “evropeizacija” se u tom kontekstu podrazumeva proces harmonizacije i unifikacije ove oblasti prava u celoj Evropi, ili, uže, proces harmonizacije i unifikacije prava država članica Evropske unije. Da li oni koji se bave Međunarodnim pravom treba da se interesuju za taj proces? Na koji način on utiče na značaj i budućnost njihove discipline? Kakvo dejstvo on ima na njenu sadržinu?

⁸ Blumann, Claude – Dubois, Louis (2004). *Droit materiel de l’Union européenne*, Paris: Montchrestien.

⁹ Chalmers, Damian (1998). *European Union Law – Law and EU Government*, Dartmouth: Aldershot.

¹⁰ Christian Joerges, “On the Legitimacy of Europeanising Private Law”, *Jus Commune Lectures on European Private Law*, February 2003.

Razlike između nacionalnih sistema prava polazna su pretpostavka za postojanje međunarodnog prava u njegovom savremenom obliku. Kada se jedna činjenična situacija vezuje za više takvih sistema, nužno se postavlja pitanje koja pravila treba primijeniti. Stoga su unifikacija i harmonizacija, s jedne, i međunarodno pravo, s druge strane, suštinski povezane teme. Osnovna premisa glasi: što više unifikacije, to manje mesta za sukobe zakona, odnosno za međunarodno pravo u klasičnom smislu. Dugo vremena, vodila se bitka u teoriji između pristalica unifikacije kolizionih normi i zastupnika unifikacije materijalnih normi.¹¹ Kasnije se pokazalo da se radi o nepotrebnom sukobu i svima je postalo jasno da se ove dve vrste unifikacije međusobno ne isključuju, već da su komplementarne.

Istinska unifikacija prava više država i više govornih područja može se postići samo nadnacionalnim izvorima i održati postojanjem nadnacionalnog sistema sudova. Na primer, takva unifikacija je teoretski moguća u okvirima Evropske unije, koja raspolaže instrumentom regulative (uredbe), kao pravim nadnacionalnim izvorom prava i koja ima Evropski sud pravde koji može da obezbijedi jedinstveno tumačenje jednoobraznog prava. Dok se ova dva uslova ne steknu na globalnom evropskom nivou, svaki pokušaj unifikacije, recimo putem međunarodnih ugovora, još uvijek kao rezultat ima samo veći ili manji nivo harmonizacije relevantnih nacionalnih prava. Prava unifikacija ostaje samo apstraktni ideal. Proces harmonizacije zakona ne podrazumijeva nužno ukidanje sukoba zakona i ne dovodi nužno do prestanka potrebe za kolizionim normama. Na osnovu ovog postupka, unutrašnji zakoni ostaju i dalje na snazi, samo se njihova sadržina manje ili više približava, odnosno postaje slična. To znači da ona uvijek podrazumijeva pitanje do kojeg stepena ujednačenosti je proces doveden. Uloga kolizionih normi u ovom slučaju zavisi od pristupa koji slijedi zakonodavac u procesu harmonizacije.

5. Uloga suda pravde u procesu harmonizacije i unifikacije evropskog prava

Proces unifikacije i harmonizacije je složen fenomen. Napreduje mnogim putevima i iza njega stoje mnoge sile. Jedan od načina da se postigne unifikacija može biti preko međunarodnog prava. Ilustrativan primer za to pružaju Konvencije UN, koje su široko prihvaćene u svijetu. Osnivaju se relativno mlade organizacije, čija je osnovna misija da harmonizuju i unifikuju pravo u određenoj pravnoj oblasti. Smatra se da razlike između nacionalnih prava predstavljaju prepreku za uspješno regulisanje važnih društvenih odnosa. Zbog toga se vrši unifikacija materijalnog prava koje bi predstavljalo Zakon i važilo u mnogim evropskim zemljama. Njen sistem normi vrši jak uticaj na nacionalna prava i dovodi do njihove postepene konvergencije.¹² Mnoga načela međunarodnog prava su ušla direktno ili indirektno, putem

¹¹ U našoj literaturi o ovim kontroverzama pisao je Slavko Stojković. V. Slavko Stojković, "O nekim problemima u stvaranju i izjednačenju prava međunarodnih privrednih odnosa", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* br. 3/63. str. 338, 343.

¹² J i m, Ramberg, *The New Swedish Law of Sales*, Centro di stitdi e ricerche di dihitto comparato e strtmiero, sveska 28, Rim 1997, str. 2.

direktive, u nacionalna prava. Daleko od toga da su rešenja identična, ali su prepoznatljiva.

Unifikacija u okviru Evropske zajednice je način na koji je nacionalno ugovorno pravo u Evropi polako i postepeno ujednačeno tokom posljednje dvije decenije, djelatnošću novog evropskog zakonodavca u oblasti prava Evropske zajednice. Unifikacija koja se odvija putem direktiva nije ograničena na države članice. Njome su obuhvaćene i države članice Evropskog ekonomskog prostora, a zatim i sve države kandidati za članstvo, kao i države koje žele da postanu kandidati. Sve ove države učestvuju u postupku usklađivanja sopstvenog zakonodavstva sa zakonima Zajednice. Za neke od tih država postupak harmonizacije unutrašnjeg prava sa pravom Zajednice je obavezan na osnovu međunarodnih sporazuma dok druge to čine zato što smatraju da je ta harmonizacija prava u njihovom interesu. Recepcija stranog prava oduvijek je bila način da se modernizuje domaće pravo u malim evropskim državama sa ograničenim pravnim resursima i nije čudo da su one danas spremne da slijede pravni model Zajednice, kao što su tokom devetnaestog i dvadesetog vijeka bile spremne da usvajaju strane Građanske zakonike.¹³ To znači da pravila koja se donose u Briselu u formi direktiva postaju sa manjim ili većim varijacijama pravo u većem dijelu Evrope.

Pored ovih propisa, kao posljedica postojanja Evropske zajednice stvoren je u svakoj državi članici i korpus pojedinačnih propisa kojima se vrši implementacija, ili unošenje odredaba direktiva u njihovo unutrašnje zakonodavstvo. Samo neke od država integrisale su tekstove do sada donijetih direktiva u tekstove svojih zakonika.

Evropska zajednica je do sada primjenjivala tzv. "sektorski pristup" u regulisanju prava, koji bi se mogao okarakterisati i kao "fragmentaran pristup". Naime, ona je donosila propise, gde je postojala potreba za tim, u cilju ostvarivanja jedinstvenog pravnog sistema u pogledu kojih je posebno regulisala mnogobrojna pravna pitanja.¹⁴

U početku, ove mjere nisu mnogo uticale na temelje domaćeg prava. Mogle su biti donijete kao dodaci postojećih domaćih zakona, bez potrebe za bilo kakvom dubljom reformom nacionalnih pravnih sistema. Međutim, to se promijenilo sa donošenjem opštijih propisa, kojima se regulisane određene pravne oblasti. Pomeñute direktive sadrže niz klauzula kojima ograničavaju svoje polje primjene i po pravilu zahtjevaju samo minimalnu harmonizaciju prava. To znači, prvo, da ona pitanja koja nisu obuhvaćena direktivom mogu biti različito regulisana od strane država članica.¹⁵ Drugo, Zajednica propisuje minimalne standarde koji moraju biti primijenjeni, a nacionalni zakonodavci prilikom implementacije direktive, mogu da

¹³ Opis recepcije Austrijskog građanskog zakonika u Srbiji u XIX veku može se naći u predgovoru D. Nikolića uz Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad. 2003, str. 8-9.

¹⁴ Direktiva o zaštiti građana u pogledu distancionih ugovora 97/7/EC,

¹⁵ Na primer, skoro sve direktive predviđaju određene obaveze, međutim, ne određuju kakvo je dejstvo povrede ove obaveze na pravni odnos, odnosno, kakve su sankcije u slučaju povrede ove obaveze. V. Saopštenje Komisije, str. 16.

uvedu i strože imperativne odredbe, pod uslovom da su te mjere proporcionalne (tj. da ne ograničavaju primjenu prava u većoj mjeri nego što je nužno da bi se postigla željena zaštita). Konačan ishod ovog postupka su harmonizovani zakoni koji još uvijek sadrže značajne razlike u detaljima. Drugim riječima, ostaje još dovoljno prostora i za međunarodno pravo.

Nacionalne norme ugovornog prava mogu, bar potencijalno, biti izjednačene takođe na osnovu odluka Suda pravde Evropskih zajednica. Ako nacionalno pravilo predstavlja ograničenje, njegova primjena može biti proglašena suprotnom Ugovoru o osnivanju. Sud je ustanovio standard preispitivanja nacionalnih pravila kojima se ograničavaju osnovne slobode garantovane Ugovorom, koji je sličan preispitivanju ustavnosti zakona u domaćem pravnom sistemu. Nacionalni propis se podvrgava proveri racionalnosti: prvo, postavlja se pitanje da li se nacionalnim propisom želi ostvariti neki opravdan cilj; drugo, Sud ispituje da li je nacionalni propis pogodan i neophodan za ostvarivanje ovog cilja. Doduše, Evropski sud je u dosadašnjim presudama koje su za predmet imale preispitivanje nacionalnih normi ugovornog prava, pokazao veliku uzdržanost i rijetko je smatrao neku od tih odredaba kao prepreku u funkcionisanju unutar Zajednice.¹⁶

Novi impuls ka unifikaciji ugovornog prava dolazi iz akademskih krugova. Tokom ranih osamdesetih godina formirana je Komisija za evropsko upravno pravo na inicijativu profesora Olea Landoa. Započela je svoj rad na Načelima evropskog ugovornog prava, sa ciljem da ta načela posluže kao osnova za buduću unifikaciju materijalnog upravnog prava u Evropi. Članovi Komisije su bili državljani država ugovornica Evropske zajednice, a inspiracija za predložena zakonodavna rješenja nađena je prevashodno u zakonima tih država, mada su značajan uticaj odigrali i Konvencije UN i američko pravo. Kao rezultat rada Komisije objavljena je zbirka jasnih i razumljivih pravila koja spadaju u opšti dio prava, u dve paralelne verzije na engleskom i francuskom jeziku. Pravila su proračena komentarima i ilustracijama i primenjuju se i na upravne ugovore. Načela obuhvataju sljedeća pitanja: sloboda ugovaranja, imperativne norme, običaji i praksa, popunjavanje pravnih praznina, savjesnost i poštenje, standard razumnog ponašanja, zaključenje ugovora, ovlašćenja zastupnika, punovažnost i tumačenje ugovora, sadržina i dejstvo ugovora, ispunjenje, neispunjenje, posebna pravna sredstva u slučaju neispunjenja, obaveze sa više subjekata, ustupanje, kompenzacija, zastarjelost, nezakonitost, uslovi i pretvaranje kamate u glavnicu. U Italiji su sačinjena još dva slična nacrt uniformnog ugovornog prava, zasnovana na uporednopravnim istraživanjima - jedan po okriljem UNIDROIT, namijenjen međunarodnim ugovorima - Načela UNIDROIT (usvojila ih je radna grupa kojom je predsedavao profesor M. J. Bonel) drugi je Nacrt Evropskog ugovornog kodeksa sastavljen na Univerzitetu u Paviji.

¹⁶ Michael Wilderspin et Xavier Lewis, "Les relations entre le droit communautaire et les regies de conflits de lois des Etats members". RCDIP 91 (1) janvier-mars 2002, str. 30.

Sastavljači Načela evropskog ugovornog prava dijelili su isto uvjerenje da je nezvanična unifikacija putem dobrovoljnog prihvatanja operatera na tržištu ponekad efikasnije sredstvo unifikacije od donošenja državnih propisa. Stoga, obje zbirke načela mogu biti predmet izbora ugovornih strana i imati ulogu mjerodavnog prava. Štaviše, one predviđaju i mogućnost da budu primijenjene i u odsustvu izbora, kao izraz opštih pravnih načela ili *lex mercatoria*.¹⁷

6. Jačanje uloge nadnacionalnih sudova

Do sada stvoreno nadnacionalno evropsko (komunitarno) pravo još uvijek nema obilježja cjelovitog pravnog sistema, mada se sastoji od nekoliko desetina hiljada regulativnih akata.¹⁸ U odsustvu pune normative nadležnosti, regulisani su samo pojedini dijelovi pravno relevantne materije. I ta fragmentarna (sektorska) regulativa često je nepotpuna i neprecizna. Zbog toga Sud pravde evropske zajednice (Court of Justice of the European Communities) ima veoma velik uticaj na pravni život Unije.

Kao što je poznato, toj instituciji je povjereno autentično tumačenje komunitarnog prava. Sud u preliminarnom postupku, na zahtev pravosudnih organa država članica, određuje koji je pravi smisao konkretnog pravila. Osim toga, on ponekad treba da utvrdi da li određeni propis uopšte važi. To ovlašćenje na prvi pogled djeluje zbunjujuće, čak i za istočnoevropske pravnike koji nisu navikli na potpuni sklad domaćeg zakonodavstva. I u zvaničnim izvještajima Evropske komisije, međutim, konstatovano je da je komunitarna regulativa, preobimna, nesistematizovana, nesređena i da u njoj ima propisa koji su odavno prestali da važe, a da to nije na odgovarajući način ozvaničeno. Povrh svega toga, Sud pravde ima moć stvaranja prava. „On sve progresivnije razvija pravo zajednice, kako širokom interpretacijom osnovnih normi ugovora, tako i stvaranjem novog pravnog poretka. Na brojne načine Sud djeluje kao fino podešen zakonodavac, a tvorci Ugovora su baš to i htjeli, kaže jedan švajcarski analitičar srpskog porekla (Š i đ a n s k i, 2002)¹⁹. No, zašto su se kreatori novog poretka opredijelili za takav metodološki pristup?

Jedan od razloga vjerovatno leži u činjenici da sud kao manji organ sa strogo profesionalnim kadrom, može efikasnije uticati na to da se pravni sistem razvija u željenom pravcu, nego, na primer, parlament s velikim brojem članova, u kome se prelamaju različiti nacionalni politički, ekonomski i drugi interesi. Jednostavnije rečeno, mnogo je lakše donijeti sudsku odluku nego zakon. Najzad, ne treba odbaciti ni druge razloge. Povjeravanje tako

¹⁷ Načela evropskog ugovornog prava — čl. 1:101, Načela UNIDROIT - Preambula.

¹⁸ Zato je možda prikladnije govoriti o pravnom sistemu u nastajanju.

¹⁹ Šidanski, Dušan (2002) U traganju za novim evropskim federalizmom, Beograd: Gutenbergova galaksija.

značajne uloge sudu vjerovatno je motivisano i potrebom da se stvori model pravnog sistema koji bi predstavljao kompromis između evropskog kontinentalnog i angloameričkog prava.

7. Kroz jedinstvenu sudsku praksu do jedinstvenog prava

Zakonodavna nadležnost Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije, s jedne strane, i veoma aktivna uloga Suda pravde evropskih zajednica u stvaranju prava, s druge strane, jasno nagovještavaju da u Evropskoj uniji nastaje jedan specifičan, mješoviti pravni sistem državne regulative (Z i m m e r m a n n, 2004).²⁰ Već sada se mogu jasno uočiti elementi zakonskog prava, svojstvenog kontinentalnoj Evropi i sudskog prava koje je karakteristično za Englesku i druge države angloameričkog pravnog područja. Fuzija dva koncepta odvija se i na nivou konkretnih normativnih rješenja. Evidentno je da u kontinentalnu Evropu, posredstvom komunitarnog prava, i posebno kroz praksu evropskih sudova, postepeno prodiru pravna pravila iz angloameričkog područja. Svjedoci smo konvergencije različitih pravnih sistema i postepene denacionalizacije prava koja treba da dovede do višeg stepena pravnog jedinstva, a po mišljenju mnogih autora i do stvaranja novog *ius commune europaeum*²¹. Denacionalizacija privatnog prava će vjerovatno predstavljati najveći izazov, ali i najveći problem za kreatore novog poretka u Evropi.

Pitanja koja su uređena građanskopravnim normama duboko zadiru u svakodnevnicu građana. Mijenjati pravila, znači mijenjati način života nekoliko stotina miliona ljudi. Osim toga, ne treba zanemariti ni činjenicu da je privatno pravo dio kulture i tradicije svakog naroda.²² Zato mnogi autori tvrde da njegova denacionalizacija vodi gubljenju nacionalnog identiteta, a u krajnjoj liniji i nestanku same nacije.

Potpuna unifikacija privatnog prava bi tako obesmisllila geslo „Ujedinjeni u raznolikosti” (United in diversity), pod kojim se oblikuje panevropska integracija. Na privatno pravo se u Evropi gleda kao na zaštitni bedem od globalizacije i, po mišljenju pojedinih autora, Brisel tu granicu neće moći, ili čak neće smjeti da pređe. Prije svega, zbog snažnog otpora država članica koje

²⁰ Zimmermann, Reinhard – Visser, Daniel – Reid, Kenneth (2004). *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective – Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford: University Press.

²¹ Opširnije o istorijskom nasljeđu i perspektivama evropskog prava: van Caenegem, 2002). *Ius commune europaeum?*

²² Carbonier, Jean (2004). *Le Code civil des français dans la mémoire collective*, u: spomenici povodom dva veka Francuskog građanskog zakonika: 1804 – 2004 *Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Paris. str. 1044 – 1053.

brane istorijsko nasleđe, a time i svoj identitet.²³ Postoje, međutim, oblasti koje se moraju harmonizovati zbog nesmetanog kretanja ljudi, robe, usluga i kapitala. Toga su bili svjesni i najtvrdi branioci nacionalnog prava, pa je razumljivo da su u tim sektorima napravljeni određeni ustupci u pravcu evropeizacije. Riječ je, prije svega, o pitanjima iz domena ugovornog, odštetnog i stvarnog prava (contract, tort, property). Dugo se vjerovalo da će ostale oblasti, pa i upravno pravo, ostati izvan procesa denacionalizacije, jer nisu u neposrednoj vezi s privrednim tokovima. Kao što je, međutim, poznato, nedavno je započet rad na harmonizaciji i tih sektora.

8. Nivo pravnog jedinstva

Pitanje je da li je potrebno i da li je mudro stvoriti jedinstvena nadnacionalna pravila u svim sektorima privatnog prava? Odgovor na to pitanje se jednim dijelom nalazi i u pravnoj istoriji. Kao što je poznato, najviši stepen pravnog jedinstva u Evropi dostignut je u vrijeme Rimskog carstva. Međutim, i na vrhuncu moći Imperije, paralelno su postojala dva sistema: *ius civile* i *ius gentium*...

U postojećim okolnostima postepeno bi trebalo stvarati jedinstvena pravila u onim oblastima u kojima je takav stepen jedinstva zaista neophodan zbog slobodnog kretanja robe, usluga, kapitala i ljudi. U ostalim sektorima treba podsticati harmonizaciju „odozdo”, neinvazivnim putem, po uzoru na “srednjovjekovni bolonjski proces” (kroz razmjenu studenata i profesora), uzajamnim upoznavanjem po modelu Trento projekta i sl. Posebnu ulogu u harmonizaciji prava mogli bi imati Evropski sud za ljudska prava i Sud pravde evropskih zajednica. Njihova praksa bi mogla da posluži kao orijentir nacionalnim sudovima.

9. Problemi i moguće posljedice

Uzajamno zbližavanje evropskog kontinentalnog i angloameričkog prava, a u tom kontekstu i jačanje pozicije nadnacionalnih sudova, otvaraju mnoga pitanja. Prije svega nejasno je kakvo će biti buduće evropsko pravo. Da li će preovladavati opšte pravne norme sadržane u zakonima, ili će dominantnu ulogu imati pravila stvorena od strane nadnacionalnih sudova. U svakom slučaju, gotovo je izvjesno da će to biti mješovit pravni sistem. To bi trebalo da znači da će nadnacionalni sudovi imati sve šira ovlaštenja na polju stvaranja prava. Ako se ništa ne promijeni, nekoliko sudija iz razvi-

²³ Gerven, Walter van (1998). *Codifying European private law? Yes, if...!*, u: *Le droit privé suisse au droit communautaire européen* (ed. We r o, Franz), Fribourg. str. 173.

jenih zapadnoevropskih zemalja i nekoliko delegiranih sudija iz istočne Evrope (koji takđe žive, rade i primaju plate na zapadu) stvaraće pravna pravila u skladu sa pravnim standardima koji važe u zapadnoj Evropi. Koliko će te norme biti daleko od istočnoevropske stvarnosti i da li će nacionalni sudovi u siromašnim državama moći da ih dosljedno primenjuju ako se bude insistiralo na jednoobraznosti suđenja?

Kulturne i ekonomske razlike nameću potrebu za razlikama u oblasti prava. To je realnost svijeta i vremena u kome živimo.

Summary

*Legislative power of the European Parliament and the Council of European Union, on the one side, and very active role of the Court for Human Rights of the European Community in the creation of the law, on the other, clearly indicate that in the European Union a specific, mixed legal system of state regulative is being created. A sporadic inflow of legal rules from the Angloamerican region into continental Europe, through *acquis communautaire*, and especially through the case law of European courts is evident. We are witnesses of the convergence of different legal systems and gradual denationalisation of the law that should lead to higher level of legal unification, and according to many authorities, to the creation of *ius commune europaeum*. Special role in the harmonisation of the law could be assigned to the European Court for Human Rights and the Court of Justice of the European Community. The practice of these courts could be used as an orientation to national courts which face many problems in terms of an excessively dynamic implementation of *acquis communautaire* with far-reaching consequences to legal, economic and social stability of many states, including the European Union.*

Key words: *European law, extranational courts, unification, harmonisation, court decisions, case law.*

ODGOVORNOST ZA PROIZVOD U AMERIČKOM PRAVU I *RESTATEMENT (THIRD) OF THE TORTS*

Mr Nikola Dožić*

Apstrakt: Autor u radu objašnjava istorijski razvoj odgovornosti proizvođača za štetu od stvari sa nedostatkom u anglosaksonskom pravu. Razvoj je posmatran kroz više perioda razvoja ovog osnova odgovornosti, od izričite primjene ugovornih principa o relativnosti dejstva ugovora među ugovornim stranama, pa do razvoja objektivne odgovornosti za štetu od stvari sa nedostatkom. Posebno su obrađeni osnov odgovornosti i vrste neispravnosti proizvoda za koje odgovara proizvođač: konstruktivne, proizvodne i instrukcijske nedostatke. Naročita pažnja je posvećena rješenjima *Restatement (Third) of Torts: Products Liability (Ponovno (Treće) utvrđivanje šteta: Odgovornost za proizvod)*, koja poznaju objektivnu odgovornost samo za proizvodne nedostatke, dok je odgovornost za konstrukcijske i instrukcijske nedostatke vraćena na polje krivice.

Ključne riječi: odgovornost za štetu, objektivna odgovornost, odgovornost proizvođača za štetu od stvari sa nedostatkom, *Ponovno (Treće) utvrđivanje šteta: Odgovornost za proizvod*.

Uvod

Uprkos značajnom sukobu interesa i prioriteta između potrošača i proizvođača, pravilima o odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom je neophodno postaviti jedan uravnotežen, stabilan i koherentan pravni okvir koji doprinosi pravičnoj raspodjeli rizika. Bez obzira na građanskopravnu prepoznatljivost i samostalnost, odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom obično se posmatrala u okviru učenja o pravu zaštite potrošača.

Evropsko zakonodavstvo je putem direktive o odgovornosti za proizvod, postavilo osnove za unifikaciju pravila o odgovornosti za štetu od proizvoda, kako u državama članicama Evropske unije, tako i u ostalim evropskim državama. U našem pravu odgovornost za proizvod s nedostatkom prvi put je regulisana odredbama

* Mr Nikola Dožić, asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta Mediteran Podgorica.

saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, a sada Zakonom o obligacionim odnosima Crne Gore iz 2008. godine.

Međutim cilj ovog rada nije da pokaže kako se razvijala odgovornost za proizvod u evrokontinentalnom pravu, već da pokaže razvoj doktrine o odgovornosti za proizvod u anglosaksonskom pravu.

1. Istorijski razvoj odgovornosti za proizvod

Odgovornost za proizvod, u anglosaksonskom pravu, prvobitno je bila manji dio odštetnog prava, ali je posljednjih decenija XX vijeka postala bitan dio poretka i predmet nezadovoljstva javnosti cijelim sistemom odštetnog prava. Možemo reći da je ova oblast u pravu Sjedinjenih Američkih Država prošla put od nejasnog pitanja do pitanja od izvanrednog značaja.

Moderna pravila odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom su rezultat evolucije u sudskoj praksi XX vijeka, u toku koje je vršena sistematizacija pravila putem *Restatementa*.¹

Čime je uzrokovano takvo nezadovoljstvo? Iako precizna statistika ne postoji, stvara se utisak da se naknada štete, izražene u milionima dolara, češće ostvaruju u slučajevima odgovornosti za proizvod, nego u drugim djelovima privatnog prava. Da bi se zaštitili od ovako visokih naknada štete, proizvođači i druga odgovorna lica, plaćaju godišnje i do 3 milijarde dolara premija osiguranja za moguće prouzrokovanje štete proizvodom.² Visina premija osiguranja i isplaćenih naknada oštećenim licima, kao i nejasno utvrđena granica odgovornosti za neispravn proizvod, uzrokovala je povlačenje osiguravača i proizvođača iz pojedinih djelatnosti. Proizvođači su posegnuli za zaštitom Federalnog zakona o stečaju, kako bi se odbranili od sve viših iznosa naknada koje se dosuđuju po tužbama radnika i potrošača, koji tvrde da su povrijeđeni proizvodom s nedostatkom.³ Jedna od posljednjih studija Conference Board-a (interesna biznis grupa)⁴, pokazala je da je sistem odgovornosti uzrokovao da je u 47% nadgledanih slučajeva odbačena ideja proizvodnje jednog ili više proizvoda, da su u 25% slučajeva prekinuta istraživanja i razvoj, a da su u 39% slučajeva prekinuti dalji planovi po pitanju nekog proizvoda.⁵

¹ Karanikić Marija, „Odgovornost za štetu od proizvoda“, *Pravni život*, broj 10/2003, Beograd, 2003, str. 728.

² Cooter Robert, Ulen Thomas, *Law and economics*, Harper Collins Publishers, USA, 1998, str. 421.

³ *Ibidem*

⁴ Cooter Robert, Ulen Thomas, „Introduction to Law and Economics (3rd ed)“, 2000, Available at: http://works.bepress.com/robert_cooter/56, datum pristupa web stranici 01.07.2009.

⁵ Primjera radi, jedan proizvođač lijekova i medicinskog materijala (G.D. Searle Company), uvidjevši bankrot drugog proizvođača (A.H. Robins Company), koji je uzrokovan obavezom isplate odštete zbog mana proizvoda za kontrolu rađanja, najavio je da više neće proizvoditi sredstva za kontrolu rađanja, iako se po mišljenju stručnjaka proizvodi ove kompanije smatraju sigurnim i efikasnim. Patricia Dennis podnijela je žalbu u vezi sa odlukom okružnog suda kojom je odbačen zahtjev za naknadu štete zbog lične povrede protiv A.H. Robins Company, Inc. i dr Melvina Schwartz-a. U tužbi je navela da je patila od čestih upala karlice, koji su kasnije rezultirali potpunom histerektomijom, koje su bile uzrokovane

Odgovornost za proizvod je danas najkarakterističniji primjer objektivne odgovornosti u sistemu odštetnog prava. Ali ova doktrina je nedavno razvijena.

Prema Cooteru i Ulenu, istorija razvoja odgovornosti za proizvod može se ugrubo podijeliti u tri perioda.

Prvi period traje od poznatog slučaja iz sredine 19. vijeka, *Winterbottom v. Wright*⁶, do jednako poznatog slučaja *McPherson v. Buick Motors CO*⁷, koji karakteriše činjenica da je naknada za povrede bila moguća, ako je uopšte i bila moguća, samo po principima ugovornog prava.

Drugi period traje od *McPherson v. Buick Motors CO* do *Restatementa (Second) of Torts* iz 1965. godine i karakteriše ga sporo nestajanje principa ugovornog prava iz pravila o odgovornosti za proizvod i nastajanje standarda nehata za utvrđivanje odgovornosti za štete izazvane proizvodima s nedostatkom.

Poslednji period traje od 1965. godine do danas i karakteriše ga potpuno odsustvo ugovornih principa, nastanak objektivne odgovornosti kao osnove za naknadu štete nastale upotrebom proizvoda i nastanak standarda apsolutne odgovornosti proizvođača.

2. Relativno dejstvo ugovora, ugovorni principi i garancija

Doktrina 19. vijeka je odgovornost za proizvod izvodila iz osnovnih principa ugovornog prava, tj. iz ugovornog odnosa između stranaka. Ova doktrina je imala velike mane, jer su ugovore o prodaji obično zaključivali trgovac na malo i kupac. Kako veći dio nedostataka proizvoda uzrokuje proizvođač, a ne prodavac, a kako kupac sa proizvođačem nema ugovorni odnos, to kupac rijetko može naplatiti štetu

upotrebom „Dalkon Shield intrauterine device” koji je proizveo A.H. Robins Company, Inc. dr Melvina Schwartz je bio njen lični ljekar. Ubrzo nakon tužbe A.H. Robins Company, Inc. podnio je zahtjev za bankrot.

⁶ Tužilac je po ugovoru sa *Postmaster-Generalom* vozio poštansku kočiju, koju je obezbijedio *Postmaster*. Tuženi je, po ugovoru sa *Postmasterom*, bio dužan da održava kočiju u ispravnom stanju. U toku vožnje, kočija se raspala i tužilac je povrijeđen. Tužilac je tvrdio da tuženi – *Wright*, nehatnim ponašanjem i zanemarivanjem navedenog ugovora, nije ispunio ugovornu obavezu. U to vrijeme (1848), kako su propisi priznavali “nehat” samo u smislu kršenja ugovora, a kako tužilac nije ugovorna strana u ugovoru o održavanju poštanske kočije, sud je presudio u korist tuženog u skladu sa načelom o relativnom važenju ugovora. *Winterbottom* je tražio proširivanje shvatanja suda u slučaju *Langridge v. Levy*, ali je sud to odbio, na osnovu toga da je u tom slučaju sigurnost pištolja bila pogrešno prikazana od strane prodavca. Takođe, slučaj *Langridge v. Levy* se ticao i javne bezbjednosti.

⁷ *Buick Motor Company* proizvodio je automobile koje je prodavao prodavcima na malo. Tužilac *Donald C. MacPherson*, kupio je automobil kod prodavca na malo i povrijeđen je kada se jedan drveni točak njegovog automobila raspao u toku vožnje. Tuženi, *Buick Motor Company*, proizveo je vozilo, ali ne i točak, koji je proizvod treće strane, ali ga je ugradio tuženi. Smatralo se da je defekt točka mogao biti uočen prilikom kontrole, koja nije izvršena. Tuženi nije priznavao odgovornost, zato što je tužilac automobil kupio od dilera, a ne od tuženog direktno. Prema nekim mišljenjima, prihvativši činjenicu da je tuženi proizvođač imao dužnost pažnje prema krajnjem kupcu u odsustvu međusobnog odnosa (relativno dejstvo ugovora), to nije uklonilo institut dužne pažnje iz odštetnog prava, nego je samo potvrdio tu dužnost.

uzrokovanu nedostatkom proizvoda, jer je doktrina „relativnog dejstva ugovora“ efikasna barijera svakoj tužbi u ovakvim sporovima.⁸

Protivnici su često isticali prigovor da je ova doktrina zastarjela i sa jedinom skrivenom svrhom da štiti bogate proizvođače, u odnosu sa potrošačima. Ali gledano sa druge strane, ovo nije doktrina kojoj je to cilj, već suptilni princip *common lawa*, kojim se želio postići jedan ekonomski cilj: efikasnu alokaciju rizika od proizvoda sa nedostatkom između potrošača, prodavca i proizvođača.⁹ Ograničavajući dostupnost pravnih lijekova iz oblasti odštetnog prava, princip „relativnog dejstva“ ugovora uzrokuje da proizvođači, trgovci na malo i potrošači moraju tražiti pravne lijekove za štetu uzrokovanu proizvodom sa nedostatkom i povrede nastale upotrebom takvog proizvoda, na terenu ugovornih principa. Naravno, ovo bi bilo efikasno ako bi alokacija rizika, koje nose proizvodi, bila uključena u ugovor o prodaji i ako bi proizvođači i trgovci na malo bili dovoljno konkurentni da vode bitku na polju garancije za proizvod. Isti autori navode da u ugovoru nećemo naći odredbe o alokaciji ovih rizika (dijelom i zato što je ugovorno regulisanje rizika od povrede nastale defektnim proizvodom zabranjeno zakonom), ali možemo naći odredbe o alokaciji rizika za druge mane proizvoda, kao što su popravka proizvoda sa manom i šteta nanesena imovini potrošača. Ako bi rezultat analize alokacije ovih rizika pokazao da ugovorni principi mogu efikasno alocirati ove rizike, možda bi onda mogli efikasno i alocirati rizike od povrede uzrokovane defektnim proizvodom.

Garancija je bitan dodatak svakom proizvodu.¹⁰ To je dio ugovora o prodaji koji navodi obaveze proizvođača po mnogim kvalitativnim aspektima proizvoda. Uslovi garancije obično pokrivaju karakteristike kao što su trajnost proizvoda, odgovornost za opravku i rezervne djelove, kao i namjene proizvoda za koje se proizvod može upotrijebiti ili ne može upotrijebiti, kako bi garancija ostala na snazi.¹¹

Cooter i Ulen ovdje postavljaju više pitanja. Zašto neki proizvođači daju garanciju a neki ne? Zašto uslovi garancije variraju u okviru iste grupe proizvoda? U zavisnosti od odgovora na ova pitanja, vidjećemo da li je garancija tipično sredstvo iskorišćavanja potrošača ili sredstvo za zadovoljenje potreba potrošača.

Dvije teorije pokušavaju objasniti porijeklo garancije, kao i pitanje zašto garancija ima odredbe kakve ima. *Signaling theory* (teorija najave, dojava) počinje sa pretpostavkom da za mnoga dobra, takozvana čvrsta dobra kao što su aparati i druga trajna dobra, klijent ne može lako dobiti informacije o mnogim bitnim kvalitetima tog proizvoda. Kupci hoće prosječan kvalitet i neće platiti više nego što im prosječan kvalitet vrijedi. Ako prodavac zna da kvalitet njegovog proizvoda prevazilazi pros-

⁸ Cooter Robert, Ulen Thomas, *op. cit.*, str. 422.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Dvije su vrste garancije u pravu SAD-a – *Express warranty* i *implied warranty*. *Express warranty* je pisani dio ugovora, a *implied warranty* je garancija koja je sadržana u ugovoru na osnovu odluka sudova ili zakona.

¹¹ Cooter Robert, Ulen Thomas, *op. cit.*, str. 423-424.

jek tržišta, u cilju povećanja prodaje, a time i povećanja profita, mora naći način da ubijedi kupca da kupi njegov proizvod. Treba premostiti dva problema, to da kupac ne može uvidjeti superiorni kvalitet proizvoda prostom opservacijom i to da tvrdnja prodavca o superiornosti kvaliteta neće ubijediti kupca, jer i drugi prodavci mogu tvrditi isto, iako to nije tačno. Ova ograničenja se mogu savladati ako prodavac izričito garantuje za kvalitet proizvoda. Superiornost kvaliteta podržana garancijom je uvjerljiva, jer će prodavac potrošiti ogromne sume ukoliko tvrdnja nije tačna (u nekim slučajevima moraće platiti dvostruku cijenu proizvoda). Tvrdnje o superiornom kvalitetu proizvoda ne može dati prodavac čiji je proizvod prosječnog kvaliteta. Dakle, po ovoj teoriji prodavac daje znak potrošaču o pravom kvalitetu proizvoda.¹² Iako logički konzistentna, ova teorija ne odgovara stvarnosti. Vidljivo je da su garancije proizvođača sličnih proizvoda slične, pa skoro i u potpunosti iste. Čak su i garancije različitih proizvoda u potpunosti iste.

Druga teorija, je *Investment or Comparative Advantage Theory* (teorija ulaganja ili uporedne prednosti), po kojoj je garancija rezultat efikasne alokacije rizika između proizvođača i potrošača. Proizvođači preuzimaju odgovornost za gubitke, koje mogu spriječiti ili ispraviti, a potrošači za štetu koja nastane nepravilnom upotrebom proizvoda, kao i onu štetu koja nastaje redovnom upotrebom proizvoda. Naime, čini se, da ova teorija bolje odgovara stvarnosti nego *Signaling theory*.¹³

3. Od relativnog dejstva ugovora, preko nehata do objektivne odgovornosti

Od odluke u slučaju *MacPherson*, iz 1916. godine, kojom je napušteno "relativno dejstvo ugovora", odgovornost za proizvod sa nedostatkom je više dio odštetnog nego ugovornog prava. Pravilo o odgovornosti za nehat se izričito primjenjivalo u narednih 50 godina pa je, u skladu sa tim pravilom, proizvođač koji nije prodavac proizvoda, mogao biti odgovoran za štetu nastalu upotrebom stvari sa nedostatkom, a naročito ako proizvođač nije dao razumne bezbjedonosne napomene.¹⁴

Uz primjenu novog pravila o "odgovornosti za nehat", javljaju se još dva pravca u razvoju odgovornosti za proizvod. Prvi se tiče garancije za proizvod – naročito slučajeva isključenja odgovornosti za posrednu štetu i izmaklu dobit – koja je i dalje bila značajna. Dakle, i ugovorni principi i principi odštetnog prava su regulisali ovu materiju uporedo, što je vodilo nejasnoćama. Zahvaljujući slučaju *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, iz 1969. godine, nejasnoćama je došao kraj. Gospodin *Henningsen* je od tuženog (prodavca) kupio novi automobil, kao poklon svojoj ženi za "Dan majki". Ugovor o prodaji je sadržao izričito ograničenje odgovornosti prodavca samo prema kupcu, i to samo za zamjenu i opravku djelova sa nedostatkom u roku od 90 dana ili do pređenih 4.000 milja. Izričito je isključena odgovornost za

¹² *Ibidem*.

¹³ Više o tome, vidi Cooter Robert, Ulen Thomas, *op. cit.*, str. 425-429.

¹⁴ *Ibid.*, str. 430.

posrednu štetu i izmaklu dobit. U garantnom roku tužilja, gospođa *Henningsen* je vozila automobil, brzinom od 20-22 milje na sat, ravnim kolovozom sa dvije trake, kada je upravljački mehanizam otkazao, prilikom udara u zid tužilja je povrijeđena, a automobil je oštećen. Tuženi su prodavac i proizvođač, a Vrhovni sud New Jerseyja je odlučio: "Uvjereni smo da pravda u ovoj oblasti propisa može biti zadovoljena, ukoliko uzmemo da je gospođa *Henningsen* osoba za koju su strane ugovornice mogle očekivati da može postati korisnik automobila. To što nije ugovorna strana ne može biti prepreka za odštetni zahtjev zbog povrede, protiv tuženog *Chryslera*."¹⁵

Drugi pravac razvoja nakon slučaja *MacPherson* je postepeno mijenjanje standarda "nehata" standardom "objektivne odgovornosti". Izmjene su išle postepeno, ali su završene 1965. godine kada je *Second Restatement of Torts* izričito prihvatio objektivnu odgovornost. Odlukom suda u slučaju *Greenman v. Yuba Product Inc.* prvi put je prihvaćena doktrina o objektivnoj (striktnoj vanugovornoj odgovornosti). Odlukom suda, u ovom slučaju, predviđena je izričita odgovornost za delikt kada se utvrdi da proizvod ima nedostatak koji može dovesti do povrede kupca.¹⁶

U to vrijeme vodila se akademska rasprava o tome da li treba zamijeniti vještačko pravilo o primjeni pravila garancije jednim opštim pravilom. Prosser je 1960. godine, objavio članak - "Napad na tvrđavu (Objektivna odgovornost potrošaču)" – koji je ostvario značajan uticaj na dalju teoriju i precedentno pravo.¹⁷

Jedna od najznačajnijih odluka, koja je predlagala objektivnu odgovornost za povrede uzrokovane proizvodom sa nedostatkom, je potvrđujuće mišljenje *Taynora*, Sudije Vrhovnog suda Kalifornije, a u slučaju "eksplodirajuće Koka-Kole".¹⁸

U navodima sudije *Taynora* mogu se uočiti tri važna argumenta u korist doktrine objektivne odgovornosti u odnosu na doktrinu nehata:

1) **Jednostrana pažnja** – proizvođač je uvijek u boljoj poziciji da preduzme mjere u cilju otklanjanja mogućih gubitaka uzrokovanih proizvodom sa nedostatkom.

¹⁵ *Ibid.*, str. 430-431.

¹⁶ U slučaju *Greenman v. Yuba Product Inc.* tužilac je zadobio povrede glave upotrebljavajući više-namjensku alatku, koju je proizveo tuženi, a koju je dobio na poklon od supruge. Alatka se mogla upotrebljavati kao bušilica, testera i strug. Presuda se zasnivala na vanugovornoj odgovornosti, pa je odbačen prigovor tuženog da ga tužilac nije obavijestio o nedostatku. Riječ je, dakle, o povredi obaveze koja se zasniva na opštem pravu u određenim slučajevima.

¹⁷ Stapleton Jane, *Product Liability*, Butterworth Legal Publishers, Carlsbad, California, USA, 1994, str. 23.

¹⁸ Gladys Escola, konobarica koja je zadobila duboke posjekotine prilikom spontane eksplozije flaše Koka-Kole, koju je stavljala u rashladnu vitrinu restorana, tužila je *Coca-Cola Bottling Co.*, zbog nehatnog propusta prilikom zatvaranja flaša koje sadrže gazirano piće pod prevelikim pritiskom. Grlič flaše sa čepom ostao je tužilji u ruci dok se donji dio flaše raspao i pao na pod. Na sudu nije prikazana polomljena flaša, jer je ubrzo nakon nezgode neko od zaposlenih u restoranu počistio pod. Tužilja je prezentovala prikaz linije pucanja i komada koji su se odlomili. Jedan od dostavljača *Coca Cola Bottling Co.* je svjedočio da je vidio u skladištu više rasprnutih flaša, ali da nije znao šta im se dogodilo. Kako nije mogla dokazati bilo kakav nehat, tužilja je navela da se oslanja u potpunosti na doktrinu, *res ipsa loquitur* (stvar govori sama za sebe). Vrhovni sud je presudio u korist tužilje. *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944)

2) **Disperzija rizika (gubitka)** - proizvođač može da prenese troškove osiguranja ugovora, zajedno sa proizvodom ili da kompenzira štetu od upotrebe proizvoda sa nedostatkom, mnogo lakše nego što to može individualno oštećeni. Povećanje cijene proizvoda, uzrokovano ovim, moglo bi se izraziti u penijima.

3) **Niži troškovi administracije** - sudija *Taynor* naglašava da je mnogo lakše ako tužilac dokazuje samo neposredan uzrok, nego da dokazuje uzrok i krivicu.

Ova tri argumenta su činila osnov objektivne odgovornosti i polako uticala na izmjene režima ka apsolutnoj odgovornosti. *Cooter* i *Ulen* navode da je mišljenje sudije *Taynora* neuobičajeno napredno, jer će proći još dvadeset godina dok objektivna odgovornost ne postane pravilo u američkom pravu.¹⁹

4. Objektivna odgovornost i apsolutna odgovornost za proizvod sa nedostatkom

Početak trećeg perioda (koji još uvijek traje), u razvoju odgovornosti za proizvod sa nedostatkom, počinje publikacijom paragrafa 402A *Restatementa (Second) of Torts* (1965).²⁰ Paragraf 402A *Restatementa (Second) of Torts*, pod naslovom "Posebna odgovornost prodavca proizvoda za fizičku štetu korisnika ili potrošača", glasi:

1. Onaj ko prodaje bilo koji proizvod u neispravnom stanju, nerazumno opasnom za korisnika ili potrošača ili njegovu imovinu, odgovoran je za fizičku štetu koja je time prouzrokovana krajnjem korisniku ili potrošaču ili njegovoj imovini, ako se

(a) prodavac bavi prodajom takvog proizvoda i

(b) ako se očekuje da će i da jeste proizvod stigao do korisnika ili potrošača bez znatnije promjene stanja u kojem je prodat.

2. Pravilo navedeno u stavu 1 primjenjuje se iako je (a) prodavac upotrijebio svu moguću pažnju u pripremi i prodaji svoga proizvoda i (b) korisnik ili potrošač nije kupio proizvod, niti ušao u bilo kakav ugovorni odnos s prodavcem.

Sljedećih dvadeset godina, nakon *Restatement (Second) of the Torts*, objektivna odgovornost je postala pravilo, s tim što se nije pravila razlika prema vrsti nedostatka, već je za sve nedostatke bila predviđena objektivna odgovornost. Ovaj koncept odgovornosti bio je osnovni koncept američkog prava do sledećeg *Restate-*

¹⁹ Cooter Robert, Ulen Thomas, *op. cit.*, str. 431-433.

²⁰ *Restatement* je skup metoda i pojava prvobitno zamišljenih tako da prikažu, na sistematičan i zakonu sličan način, pravila određenih pravnih područja onako kako se ona primjenjuju na sudu. Iako su u njima obično preuzeta i sistematizovana rješenja sudske prakse koja su po određenom pitanju ujednačena u većini američkih država, često sadrže i pravila koja su sudovi prihvatili u manjem broju država ili čak i pravila koja sami autori smatraju najprikladnijim. *Restamenti* se ne smatraju obvezujućim izvorom prava, ali uživaju veliki ugled u praksi. Snaga *Restatementa* leži u stručnom ugledu njegovih autora. Uticajem koji ostvaruju na sudije svih američkih država, *Restamenti* doprinose ujednačenosti američkog prava.

menta. Proizvođač će biti odgovoran ako se utvrdi nedostatak proizvoda. Nedostatak se može pojaviti u tri oblika²¹:

1) **Nedostatak u dizajnu proizvoda** – postoji kada čitava linija proizvoda ima nedostatak koji je čini neprihvatljivo nebezbednom za upotrebu. Potrebno je utvrditi da li proizvod ima nedostatak, da li je mogao biti dizajniran tako da se šteta mogla izbjeći, ali ne na uštrb povećanja troškova i smanjenja korisnosti proizvoda. Dakle, radi se o odgovornosti za pogrešan izbor, odnosno odgovornosti da se postupi onako kako je trebalo, tj. radi se o odgovornosti po osnovu krivice. Ovaj standard je ustanovljen u sporu protiv *Ford Motors Company*, u vezi sa rezervoarom automobila *Ford Pinto*;

2) **Nedostatak u proizvodnji proizvoda** – ovaj nedostatak postoji onda kada proizvod nije izrađen u skladu sa projektom, odnosno onda kada se proizvođač u procesu proizvodnje nije u potpunosti držao projekta. Dakle, u pitanju je objektivna odgovornost. Npr., prilikom sastavljanja kosačice jedan od šrafova je bio izostavljen, što može uzrokovati povredu korisnika i

3) **Nedostatak u uputstvu za korišćenje** – postoji ako proizvođač nije upozorio kupca o opasnostima koje nosi upotreba proizvoda.

Cooter i Ulen postavljaju pitanje: Koji standard odgovornosti bi preporučila ekonomska teorija u ovom slučaju? Odgovor na ovo pitanje zavisi od toga da li obaveza pažnje postoji jednostrano ili dvostrano, tj. samo na strani prodavca ili je obaveza pažnje podijeljena između prodavca i kupca.

Ako je obaveza pažnje obostrana (ako obje strane mogu preuzeti mjere da smanje vjerovatnoću i težinu moguće nezgode) onda je pravilo nehata odgovarajući standard. Ako je obaveza pažnje jednostrana (ako je samo štetnik obavezan da preduzima mjere u cilju smanjenja vjerovatnoće i težine moguće nezgode) onda je objektivna odgovornost odgovarajući pravni standard.²²

Autori zaključuju da efikasnije izgleda standard objektivne odgovornosti, jer se u većini slučajeva standard pažnje može zahtijevati samo od proizvođača. Proizvođač smišlja dizajn, proizvodi proizvod i najvjerovatnije je da će biti svjestan opasnosti u vezi sa proizvodom, pa samim tim može i dati upozorenja o opasnosti proizvoda.²³

Takođe, mogu se naći i razlozi za opravdanje obostrane odgovornosti, jer korisnici proizvoda takođe mogu preduzeti mjere u cilju smanjenja vjerovatnoće i težine moguće nezgode, tako što će koristiti proizvod samo u svrhe za koje je namijenjen.²⁴

²¹ Cooter Robert, Ulen Thomas, "Introduction to Law and Economics (3rd ed)", 2000, Available at: http://works.bepress.com/robert_cooter/56, datum pristupa web stranici 01.07.2009., str. 357-358.

²² *Ibid.*, str. 358.

²³ *Ibidem.*

²⁴ Cutter i Ulen navode da ima primjera da su vlasnici koristili kosačice okrenute postranice da bi uredili živu ogradu, tj. da su vlasnici koristili proizvode u svrhu i na način koje im proizvođač nije odredio, tj. u svrhe za koje proizvod nije namijenjen.

Ipak, zaključuju da je moguće i srednje rješenje, po kojem bi i standard objektivne odgovornosti i standard nehata bili odgovarajući standardi. Dakle, proizvođači bi odgovarali po principu objektivne odgovornosti za dizajn, izradu proizvoda i upozorenja o opasnosti, ali sa mogućnošću da se te odgovornosti mogu osloboditi ako je oštećeni voljno preuzeo rizik od povrede ili je pogrešno upotrebljavao proizvod (za svrhu kojoj nije namijenjen).²⁵

Cotter i Ulen smatraju da je srednje rješenje pravilno iz razloga društvene korisnosti. Ukoliko ne bi dali mogućnost oslobođenja od objektivne odgovornosti, to bi primoralo proizvođače da uz svoje proizvode daju osiguranje, što vjerovatno ne bi bio pozitivan ishod.²⁶

5. Restatement (Third) of Torts: Products Liability (Ponovno (Treće) utvrđivanje šteta: Odgovornost za proizvod)

Američki pravni institut je 1998. godine objavio *Restatement (Third) of Torts*, koji je u cijelosti posvećen odgovornosti za štetu izazvanu proizvodom, pa se još i naziva i *Products Restatement*. Ipak, kako je sistem odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom preko trideset godina počivao na odredbi paragrafa 402A *Restatementa (Second) of Torts*, koja je predviđala objektivnu odgovornost nezavisno od vrste nedostatka, njegov uticaj u savremenom američkom pravu i dalje prisutan.

Za razliku od *Restatementa (Second) of Torts*, koji odgovornosti za štetu izazvanu proizvodom sa nedostatkom posvećuje samo jedan paragraf (402A), *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* predstavlja poseban *Restatement* isključivo posvećen problematici odgovornosti za štetu izazvanu proizvodom sa nedostatkom. Zbog dinamičnog razvoja i promjena u ovoj oblasti odgovornosti, kao i izvanredne važnosti koju ova oblast prava ima u američkom pravu.²⁷

S obzirom na detaljnija rješenja *Restatementa (Third) of Torts: Products Liability* u par. 19. izričito je data definicija proizvoda, a ovaj *Restatement* izričito navodi i koje su vrste neispravnosti njime obuhvaćene. Neispravnost proizvoda se može ogledati u tri vrste neispravnosti proizvoda, i to: 1. Defektom u proizvodnji 2. Defektom u dizajnu i 3. Defektom koji se sastoji u propuštanju obavještavanja.

Pravila paragrafa 402A američkog *Restatementa (Second) of Torts* sadržajno su upućivala na slučajeve prouzrokovanja štete neispravno izrađenim proizvodima (*manufacturing defect*), ali se primjena pravila o odgovornosti za štetu izazvanu proizvodom sa nedostatkom postupno širila i na konstrukcijsku neispravnost i neispravnost usljed propusta u obavještavanju, što je kasnije izričito i potvrđeno *Restatementom (Third) of Torts: Products Liability*.²⁸

²⁵ Cooter Robert, Ulen Thomas, *op. cit.*, str. 358.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Bevanda Marko, "Odgovornost za štetu izazvanu neispravnim proizvodom", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, vol. 28, br. 1, 2007, str. 13.

²⁸ *Ibid.*, str. 13.

Za razliku od pravila paragrafa 402A *Restatement-a (Second) of Torts* i Direktive o odgovornosti za štetu od proizvoda, kojima je prihvaćena objektivna odgovornost za štetu izazvanu proizvodom sa nedostatkom, bez obzira na to o kojoj se vrsti nedostatka radi, *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* propisuje objektivnu odgovornost samo za jednu vrstu nedostatka i to za nedostatak koji nastaje u fazi proizvodnje, dok je za štete izazvane proizvodima koji imaju konstrukcijski nedostatak ili nedostatak zbog nepostojanja odgovarajućih instrukcija predviđena subjektivna odgovornost, odnosno odgovornost zasnovana na krivici.²⁹

Dakle, za proizvodne nedostatke (*Manufacturing Defects*) predviđena je objektivna odgovornost, s obzirom da ovaj nedostatak postoji kada proizvod nije onakav kakav bi prema dizajnu trebao biti.

Za konstrukcijske nedostatke (*design defects*), koji postoje kada je čitava linija proizvoda neprihvatljivo nebezbedna (*unacceptably unsafe*) za upotrebu i instrukcijske nedostatke (*warning defects*), koji postoje kada je proizvod perfektno konstruisan i proizveden, ali ne nosi upozorenja ili je upozorenje o opasnosti koje nosi upotreba proizvoda neadekvatno, odgovornost je zasnovana na subjektivnoj odgovornosti, te je teret dokazivanja postojanja ovih nedostataka na oštećenom.

Kod konstrukcijskog nedostatka proizvođač odgovara za pogrešan izbor, jer nije postupio kako je trebalo, naravno ukoliko to dokaže oštećeni. Proizvođač se može osloboditi odgovornosti ukoliko je proizvod dizajniran prema specifikacijama koje je proizvođaču dala vlada (administracija), ukoliko je ukazao na opasnosti dizajna koje vladi nijesu bile poznate.³⁰

Treća vrsta manjivosti proizvoda se ispoljava kada proizvod, koji nema proizvodne ili konstrukcijske nedostatke, ne nosi upozorenje ili je upozorenje o opasnostima koje nosi upotreba proizvoda neadekvatno (*Warning defects*). Proizvođač ne mora upozoravati na očiglednu opasnost, a na oštećenom je da dokaže da se adekvatnim upozorenjem mogao umanjiti rizik od nastanka štete koji se mogao predvidjeti.

Neki autori vide sličnost između instrukcijskih i konstrukcijskih nedostataka, tvrdeći da je sa nedostatka fokus pomjeren na ponašanje proizvođača. Sličnost postoji, s obzirom na to da obje vrste nedostataka pogađaju cijelu liniju proizvoda, kao i da je odgovornost zasnovana na riziku od štete koji se mogao predvidjeti.³¹

Restatements (Third) of Torts napušta standard potrošačevih očekivanja (*consumer expectation test*), usvajajući *risc-utility test*, koji mjeri korisnost prema riziku koji nosi upotreba proizvoda³². Relevantnim faktorima, pri određivanju korisnosti,

²⁹ *Ibid.*; vidi i : Karanikić Marija, *op. cit.*, str. 729.

³⁰ Karanikić Marija, *op. cit.*, str. 730.

³¹ *Ibidem*.

³² Kako je uvijek moguć drugačiji dizajn, greška proizvođača se ogleda u izboru koji je učinio povodom dizajna. Jene Stapleton, kroz primjer, upoređuje efekte oba testa. Osoba teška 150 kilograma sjeda na stolicu koja se lomi, jer ne može izdržati njenu težinu. Da li to znači da je dizajn stolice loš? Moguće je napraviti jaču stolicu, samo će koštati više. Ilustrovani problem pokazuje da je u većini slučajeva osnovno pitanje: koliko sigurnosti i pouzdanosti se očekuje od proizvoda? Gdje treba podvući crtu? Test potrošačevih očekivanja, koji je otvoreno subjektivan, ispitivaće koliko stolica treba da bude

se smatraju:

- postojanje adekvatne zamjene za proizvod sa nedostatkom;
- sposobnost proizvođača da eliminiše rizik bez neopravdanih troškova i umajenja upotrebljivosti proizvoda, i
- sposobnost proizvođača da umajni rizik koji sam snosi, tako što će taj rizik prenijeti na potrošače uvećanjem cijene proizvoda, ili tako što će se osigurati.

Prilikom utvrđivanja rizičnosti proizvoda, ocjenjuje se da li je proizvođač mogao predvidjeti da potrošač neće biti svjestan opasnosti koje nosi upotreba proizvoda, kao i da li je tu opasnost mogao izbjeći.

6. Zaključak

Tvorci *Restatements (Third) of Torts* odustali su od objektivne odgovornosti za konstrukcijske i instrukcijske nedostatke i odgovornost za ovakve nedostatke proizvoda vratili na polje krivice. Pod proizvodom se podrazumijeva pokretna stvar, odgovorno lice je proizvođač, kao i svako lice u lancu distribucije proizvoda, a pod štetom samo stvarna šteta.

Dakle, pravila o objektivnoj odgovornosti proizvođača u SAD-u su tvorevina sudova, to jest bogate sudske prakse, teorijski zasnovane na pragmatizmu, gdje je raspodjela rizika propratna pojava, a ne osnovni razlog za prihvatanje objektivne odgovornosti.³³

čvrsta. Test rizika i korisnosti, ispitivaće korisnost jeftinih stolica, postojanje alternativnog dizajna, ali će na kraju, ipak, morati biti dat odgovor na pitanje koliko stolica treba da bude čvrsta. (Jane Stapleton, "Restatement (Third) of Torts: Products Liability, an Anglo-Australian Perspective", *Washburn Law Journal*, vol 39, NO. 3, 2000. godine, str. 379.)

³³ Karanikić Marija, *op. cit.*, str. 736.

Summary

Author explains historical development of products liability in Anglo-Saxon law. He follows development throughout multiple periods of development, from strict relativity of the contracts between parties, to development of strict liability for products liability. He is elaborating cause of the liability and types of the product liability: manufacturing defect, design defect and failure to warn defects. Author focuses on rules of Restatement (Third) of Torts: Products Liability, on strict liability only for manufacturing defects, but not for the design defects and failure to warn.

Key words: *liability for damages, strict liability, product liability, Restatement (Third) of Torts*

УГОВОРНИ ПРЕНОС KNOW-HOW КАО ЕКСКЛУЗИВНЕ ИМОВИНЕ ДАВАОЦА ФРАНШИЗЕ

Мр Страхиња Миљковић*

Апстракт: Потреба капитала за освајањем нових тржишта кроз минимална инвестициона улагања може се остварити путем франшизинга као специфичног метода уговорног пословања. Франшизинг као специфични инвестициони метод уговорног пословања најједноставније се може окарактерисати као метод продаје роба и услуга. Разлози који се засигурно могу идентификовати, а који утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу за тако нешто¹.

Значај који франшизинг као инвестициони метод има, огледа се управо у томе што се кориснику франшизе закључењем уговора омогућава да приступи развијеној франшизиној мрежи, тј. систему. Корисник франшизе приступањем франшизном систему користи све предности развијеног и у пракси провереног система, тј. метода пословања даваоца франшизе². Иако је корисник франшизе фактички подређен даваоцу франшизе, ипак, за корисника франшизе од значаја је да он послује самостално у своје име и за свој рачун³. Инвестициони ризици нису искључени, они и даље постоје, али су умногоме мањи него да корисник франшизе самостално започиње са развојем свог пословања. Корисници успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност у пословању, представљају једне од значајнијих опредељујућих разлога приступања франшизинг систему од стране потенцијалног корисника франшизе.

* Мр Страхиња Миљковић, Правни факултет у Косовској Митровици.

¹ М. Mendelsohn, Franchising law, Second edition, Richmond, 2004., p. 1.

² Корисник франшизе користи развијен метод пословања и технологије које је развио давалац франшизе, одређене облике интелектуалне својине.

³ Корисник франшизе у односима са трећим лицима наступа самостално и одговара као независан правни субјект.

I. Природа поверљивих информација – confidential information

Поверљиве информације (confidential information), пословна тајна (trade secret) и know-how донекле представљају синонине и као такви су од значаја за франшизинг пословање, односно управо они представљају једне од чинилаца успешног раста франшизинг система.

Под поверљивим информацијама (confidential information) сматрају се „... информације које не представљају јавну својину, нити их јавност познаје. Захтевани стандард тајности није апсолутан; довољно је релативна тајност. Чињеница да наведене информације могу бити познате конкурентским предузећима и њиховим запосленима не искључује могућност грађанске парнице због кршења правила поверљивости.“⁴ Поверљиве информације обухватају специфичне детаље попут бројки везаних за продају, листе купаца, ценовника, маркетиншких и управљачких процедура, као и информација које се тичу пословног система, know-how, личне и друге информације без обзира на њихов предмет.⁵

Know-how као скуп практичних вештина и знања представља суштину пословања давоца франшизе омогућавајући му конкурентност на тржишту. Know-how одликује се елементима тајности и као такав садржи елементе поверљивих информација (confidential information) односно елементе пословне тајне. На основу наведене дефиниције поверљивих информације know-how у тренутку када постане познат широј јавности⁶ губи своју поверљиву природу, тј. престаје бити тајан. Ипак, треба истаћи да је појам know-how шири од појма пословне тајне, тј. пословна тајна чини један од елемената know-how. Из разлога што пословна тајна чини један специфичан know-how, односно посебно заштићен део know-how, она представља тзв. поверљиви know-how – „confidential know-how“.

II. Појам know-how-а у праву и судској пракси ЕУ

1.1. Блок изузеће - Block Exemption

Да би се на целисходнији и потпунији начин сагледала обавеза преноса know-how неопходно је пре тога појмовно одредити шта се подразумева под појмом know-how-а. Најзначајније дефиниције које су имале утицаја на одређивање шта се сматра и шта може бити know-how, односно које карактеристике мора имати know-how садржане су у праву ЕУ и то у Блок изузећу за

⁴ Lord Greene M.R., у случају Saltman Engineering v Campbell Co (1948) 65 RPC 203.

⁵ M. Mendelsohn, Franchising law, Second edition, Richmond, 2004, p. 220.

⁶ Под појмом „јавност“ у смислу франшизног пословања подразумевамо све оне који су обухваћени пословањем даваоца франшизе.

вертикалне уговоре и усаглашене праксе - Block Exemption.⁷

Значај Блок изузеће – Block Exemption у томе је да се директно примењује на уговор о франшизингу. Блок изузећем – Block Exemption know-how се дефинише као:

(g) „... пакет непатентираних практичних информација, насталих из искуства, тестираних од стране добављача, које су тајне, значајне и идентификоване: у овом контексту, „тајан“ (secret) значи да know-how, није опште-познат и лако доступан; „значајан“ (substantial) значи да је know-how значајан и користан купцу за употребу, продају или препродају уговорене робе или услуга; „идентификован“ (identified) значи да је know-how описан на довољно разумљив начин тако да је могуће проверити да ли се испуњавају критеријуми тајности и важности“⁸. За лице које се појављује у својству корисника know-how користи се термин „купац“ (buyer). Одредбама Блок изузећа о вертикалним уговорима одређује се да је „купац“ „... предузеће које, на основу уговора који спадају под члан 101(1) Уговора⁹, продаје робу или услуге у име другог предузећа“¹⁰. Да не би дошло до настанка заблуде приликом тумачења наведене одредбе, а нарочито у погледу употребе термина „у име“, треба истаћи да наведени термин не треба тумачити у смислу трговинског заступништва. „У име“ увек треба тумачити у складу са Блок изузећем односно да се као купац појављује лице које је саставни део маркетиншког ланца продаје робе или вршења услуга (франшизинг, дистрибуција итд.).

Иако је Блок изузећем No. 330/2010. одређена садржина, тј. карактеристике know-how-a, од значаја је и Регулатива ЕК 4087/88 од 30. новембра 1988.¹¹, а то управо из разлога њене садржајности¹². Значај Регулативе 4087/88

⁷ Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L102/1,23.4.2010.p.1-7. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010R0330:EN:NOT>

⁸ Art. 1. 1.(g). Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L102/1,23.4.2010.p.1-7.

⁹ Treaty establishing the European Economic Community (EEC) 25.3.1957, познатији као Римски уговор.

¹⁰ Art. 1. 1.(h) Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L102/1,23.4.2010.p.1-7.

¹¹ Commission Regulation (EEC) No. 4087/88 of 30. Nov.1988. on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of franchise agreements, OJ L359, 28.12.1988. p. 46.

¹² Know-how представља пакет непатентираних практичних информација насталих као резултат искуства и тестирања од стране даваоца франшизе, који је тајан, значајан и идентификован. „Тајан“ (secret) значи да know-how као тело или прецизна конфигурација и скуп његових компоненти, није уопштено познат или му се може лако приступи; он није ограничен у ужем смислу да свака засебна компонента know-how мора бити потпуно непозната или недоступна изван даваоачевог пословања; „Значајан“ (substantial) значи да know-how обухвата информације које су битне за продају добара или пружање услуга крајњим корисницима, поготово код

такође се огледа да је имала великог утицаја на ревидирање одредби Европског етичког кодекса за франшизинг.¹³

На основу садржине дефиниција предвиђених Блок изузећима долази се до закључка да know-how може постојати само ако има карактеристике: а) тајности; б) значајности информација које садржи и в) индентификованости. Карактеристике know-how-а, предвиђене Блок изузећем, представљају показатељ на основу којег се одређује да ли практичне вештине и знања испуњавају наведене услове и да ли се могу одредити као know-how.

1.2. Судска пракса

Судска пракса¹⁴ се децидније бави термилошким одређењем односно садржином know-how-а. На основу решења судске праксе know-how се обавезно мора састојати (структура) од: а) комерцијалних техника; б) да је тестиран; в) да је специфичан; г) оригиналан и д) да је ажуриран. Став правне теорије такође се поклапа са решењима судске праксе и као таква добијају њену пуну подршку тј. наведене карактеристике које know-how мора имати широко је заступљен у правној теорији.¹⁵

Концепт комерцијалног know-how може обухватити информације везане за све области одређене пословне активности, и то: техничке, комерцијалне, административне, финансијске и промотивне.¹⁶ Такође, према француским

представљања робе за продају, обраде робе повезане са пружањем услуга, метода пословања са потрошачима, администрације и финансијског менаџмента; know-how мора бити користан за корисника франшизе у смислу да му омогућава у тренутку склапања уговора, да побољша конкурентску позицију побољшањем корисникових перформанси или помажући му да уђе на ново тржиште; „Идентификован“ (identified) значи да know-how мора бити описан на довољно разумљив начин да би омогућио верификацију да исти испуњава критеријуме тајности и значаја; опис know-how-а може се убацити у уговор о франшизингу или у одвојени документ или може бити записан у било ком другом прикладном облику“. Commission Regulation (EEC) No. 4087/88 of 30. Nov.1988. on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of franchise agreements, OJ L359, 28.12.1988. p. 46.

¹³ Европска франшизна федерација – European Franchise Federation - EFF основана је 23. септембра 1972. године. - <http://www.eff-franchise.com/>

¹⁴ За потребе рада узета су решења француских судова и то: с једне стране из разлога развијености франшизинг пословања и, с друге стране, богатства судске праксе услед непостојања односно оскудног постојања директне правне регулативе уговора о франшизингу.

¹⁵ J. M. Leloup заступа став, да се захтев значаја према правилима о конкуренцији дели на два нешто специфичнија захтева: оригиналност и специфичност know-how-а, а да захтев преносивости одговара захтеву идентитета према правилима о конкуренцији, више о томе видети: J. M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, 4 ed, Delmas, Paris, 2004, p. 56.

¹⁶ Доносећи пресуду од стране European Court of Justice – ECJ у случају Yves Rocher (Случај 87/14, Yves Rocher (1987), OJ L8/49), суд је стао на становишту да се комерцијалне технике могу односити на било какве информације везане за различите аспекте комерцијалне активности, посебно техничког, комерцијалног, промотивног, административног, финансијског или едукативног карактера и у вези општег управљања.; J.P. Gunther их сматра пакетом информација које се односе на методе производње, трговине, управљања и финансирања роба и услуга, више

судовима широк спектар пракси се може односити на know-how, и то: серија докумената која се мора повремено освежити, приступ рачунарском систему који освежава понуду на тржишту, одређена презентација производа, посебне методе организације и менаџмента или једноставнији избор производа.

Информације садржане у know-how, а које давалац франшизе уступа морају бити информације о томе како да корисник франшизе употребљава на прави начин уступљену пословну методу коју је давалац франшизе тестирао.¹⁷ Значај наведеног је у томе што француска судска пракса, а самим тим и правна доктрина, доследно заступају становиште да се франшизна веза састоји из „понављајућег спровођења успешног пословног концепта“ („reiteration d'une réussite commerciale“) од стране корисника, с тим да концепт пословања који се уступа мора бити претходно употребљен на успешан начин од стране даваоца франшизе.¹⁸

Know-how који давалац франшизе уступа кориснику франшизе, мора бити по својој садржини специфичан, односно мора одговарати, с једне стране, сектору активности на који се односи, и с друге стране врсти роба и услуга које се дистрибуирају.¹⁹

Оригиналност know-how представља један од услова успешног пословања даваоца франшизе, самим тим и потенцијалног корисника франшизе у односу на конкуренцију. Know-how је оригиналан онда када конкуренција нема приступа информацијама које су послате кориснику франшизе, а односе се начин спровођења пословања.²⁰ Ипак, француска судска пракса је става да се know-how може сматрати оригиналним и онда када се састоји из информација које корисник франшизе не може сам да добије. На основу оваквог става судске праксе постоје одлуке из којих се закључује да know-how који не доприноси информацијама које су већ доступне кориснику франшизе не може се

о томе видети J.P. Gunther, franchising, in G.Bogaert & U. Lohmann (eds.), Commercial Agency and Distribution Agreements, law and practice in the Member States of the European Union, 3 ed, London, 2000, p. 272.

¹⁷ Cour de Cassation od 30. januara 1996, JCP 1996, I 3929, суд је усвојио тужбу корисник франшизе, јер је корисник франшизе у довољној мери доказао да је давалац користио корисничково пословање као пилот јединицу и стога се није могло тврдити да давалац има било каквог претходног искуства у вођењу тог пословања.

¹⁸ D.Ferrier, Droit de la distribution, 3 ed. Litec, 2002, p. 104: „франшизинг је заснован на комерцијалном искуству који је успешно развијен од стране давоца франшизе“.

¹⁹ Ph. Bessis, Le contrat de franchisage, notions actuelles et apport du droit europeen, LGDJ, Paris, 1991, p. 33: „la specificite du savoir-faire peut s'apprécier par rapport au marche considere qui depend de l'activite du franchiseur.“

²⁰ Know-how није оригиналан када се испостави да је приступ информацијама прилично лак од стране сваког професионалца, као што је пресудио Cour de Cassation у одлуци од 24. маја 1994, Cont. Conc. Consomm. 1994, no. 191.; Tribunal de Grand Instance из Bressuire-a у случају од 19. јуна 1973, D. 1974, p. 105, суд је закључио да, у оквиру франшизног уговора о вођењу радње за хемијско чистићење, никакав know-how није пренет, с обзиром да су коришћене методе и машине биле идентичне или веома сличне онима које је користила конкуренција.

сматрати оригиналним.²¹ Критеријум „тешког приступа“ информацијама као критеријума који судови узимају у разматрање приликом оцене оригиналности know-how-а по свему судећи није дефинитиван, тј. није апсолутан, односно овај критеријум је релативног карактера. Постоје пресуде где је know-how окарактерисан као оригиналан чак и онда када је корисник франшизе могао сам да добије информације, а све из разлога јер је то кориснику франшизе омогућило да сачува време и новац који би неминовно утрошио да би задобио такав know-how.²²

Ажурирање know-how-а од стране давоца франшизе је обавезно, с тим да је давалац франшизе у обавези да свремена на време, тј. повремено, изврши процену свог know-how-а да ли функционише у складу са комерцијалним и једнозначним техникама које су у континуитету ажуриране и контролисане.²³ Од давоца франшизе се захтева да у складу са околностима које владају на тржишту, а које су најчешће променљиве, изврши прилагођавање know-how у складу са условима који владају на тржишту. Поред ова четири услова које know-how мора да испуни, а која своју потврду налазе у судској пракси, правна теорија поставља још један услов, услов преносивости know-how-а. Иако услов преносивости још није добио потврду у судској пракси као услов обавезности, правна теорија сматра да је овај услов неопходан.²⁴ Преносивост know-how-а је у томе што know-how мора бити пренет кориснику франшизе на такав начин да му он омогућава адекватно и ефективно коришћење информација и њихову примену у пословној пракси.

²¹ CA Paris од 29. септембра 1992, D. 1995, somm., p. 78., суд је нагласио да су се технички документи који су требали да садрже специфичну методу коју је корисник франшизе морао да примени да би управљао одређеном машином, испоставили као једноставна репродукција техничког приказа којег су претходно изменили неки синдикати професионалаца. По овом основу, know-how је проглашен неоригиналним.

²² Cass. com. 1. јул 2003, 01-12699. – ова одлука се односи на франшизу спровођења пословања везаног за обавезну инспекцију возила. Давалац франшизе је кориснику франшизе, који је такође био професионалац у пољу возила, пренео неколико докумената који су садржали комплетан опис методе, као и техничке и комерцијалне аспекте пословања. Он је такође обезбедио информатичка средства. Суд је закључио да се такав know-how мора сматрати оригиналним, јер би корисник франшизе тако нешто могао добити једино путем дуготрајног и скупог личног истраживања.; Colmar Cour d'appel од 9. јуна 1982, D. 1982, p. 553. – ова одлука је донесена у вези функционисања агенције за љубавне састанке. Прималац франшизе је тврдио да know-how, који се састојао из приступа фајловима клијената и пружања помоћи, није био оригиналан. Суд је међутим закључио да је know-how оригиналан, јер је омогућио примаоцу франшизе да одмах добије информације, без да мора да утроши новац и време да би их сам добио.

²³ CA Paris 22. септембар 1992, D. 1995, somm., p. 78, судска одлука се односила на франшизни уговор о продаји венчаница. Суд је пресудио да корисник франшизе не може да подигне тужбу због недостатка каузе на основу непостојећег know-how-а када је доказано да су даваоцеве комерцијалне методе ажуриране да би се прилагодиле укусима клијентеле.

²⁴ J.M. Leloup, наглашава да захтев преносивости одговара захтеву идентитета у закону о конкуренцији, више о томе видети: J.M. Leloup La franchise, droit et pratique, 4 ed, Delmas, Paris 2004, p. 56.

III. Know-how као ексклузивно средство даваоца франшизе

Know-how као скуп пословних и практичних вештина које је давалац франшизе развио током свог пословања, а које уступа кориснику франшизе, не представља ништа друго до кодификацију општих принципа доброг и успешног пословања. Питање које се поставља односи се на то да ли сваки know-how који давалац франшизе развије и уступа кориснику франшизе се може сматрати ексклузивним средством (имовином) даваоца франшизе. У суштини know-how се увек сматра ексклузивним средством лица које га је самостално развило током свог пословања без обзира на степен иновативности. Ипак, иако know-how увек представља ексклузивно средство лица које га је развило, а у зависности од степена иновативности, оно нема исти значај и третман у франшизинг пословању.

У околностима када давалац франшизе кориснику франшизе уступа стандардне методе пословања, које су сличне методама пословања које је самостално развио потенцијални корисник франшизе²⁵, know-how се не може сматрати ексклузивним средством. Управо know-how који је корисник франшизе развио самостално и know-how које му давалац франшизе уступа, а које се односи на стандардне методе пословања, не може се сматрати ексклузивним. Овакав know-how који давалац франшизе уступа кориснику франшизе познат је као know-how „општег типа“. Know-how „општег типа“ никада се не може одредити као ексклузивни know-how. Ипак, начин на који је представљен у приручнику о пословању (manual of operation) know-how „општег типа“ може се сматрати ауторским правом даваоца франшизе, па самим тим као такав може уживати овај вид правне заштите.

За разлику од know-how „општег типа“ know-how „ексклузивног типа“ од значаја је како за даваоца франшизе, тако и за корисника франшизе. Know-how који давалац франшизе развије, тј. изуми током свог пословања, а који је посебан и везан за било који производ, процес или услугу и који је саставни део франшизног пословања, тај и такав know-how је (може да буде) ексклузивно средство даваоца франшизе и основни састојак goodwill-а. Коришћењем know-how-а „ексклузивног типа“ у пословању франшизинг јединице корисник франшизе налази се у повлашћеном положају у односу на тржишну конкуренцију. Садржину „ексклузивног“ know-how-а чине методи високог степена иновативности који се односе на дистрибуцију, технологије (производњу), паковања, промоције и маркетинга, а који се користе код продаје производа или пружања услуга.

²⁵ Потенцијални корисник франшизе је кроз самостално пословање које је водио пре приступања франшизинг систему, развио свој know-how као метода пословања.

IV. Обавеза преноса know-how-a

Уговором о франшизингу увек су обухваћене обавезе које се односе на: а) коришћење франшизе²⁶; б) коришћење заједничког имена или ознаке радње, и јединствену презентацију уговореног простора²⁷ и/или превозних средстава; в) пренос know-how-a са даваоца франшизе на корисника франшизе; г) континуално пружање комерцијалне или техничке помоћи кориснику франшизе од стране давоца франшизе, током трајања уговора и д) плаћање директне или индиректне финансијске надокнаде.

Обавеза да уговором на корисника франшизе пренесе право коришћења know-how-a може се посматрати као једна од есенцијалних обавеза даваоца франшизе. Правна теорија чврсто стоји на становишту²⁸, а такође и одређена законодавства својим одредбама предвиђају обавезу преноса know-how-a као једну од главних обавеза даваоца франшизе.²⁹ Пренос know-how-a представља услов конститивности важења уговора, односно ако уговором није предвиђена обавеза преноса know-how-a, не може се говорити о постојању франшизинг односа

Давалац франшизе у обавези је да кориснику франшизе пренесе know-how, с тим да треба истаћи да се know-how попут интелектуалних права треба посматрати као основна пословна вредност коју давалац франшизе нуди кориснику франшизе.³⁰

Обавеза преноса know-how-a предвиђена је одредбама PEL CAFDC-a³¹. Давалац франшизе у обавези је да кориснику франшизе пренесе know-how, а то из разлога јер су то информације које се тичу пословне методе даваоца

²⁶ Франшиза представља пакет права индустријске или интелектуалне својине која се односе на робне марке, ознаке радњи, модела коришћења, дизајне, ауторска права, know-how или патенте који се користе у препродаји добара или пружања услуга крајњим корисницима.

²⁷ „Уговорен простор“ представља простор који се користи за употребу франшизе, треба разликовати две врсте „уговореног простора“, и то: а) фиксну базу и б) мобилну базу. Под „фиксном базом“ подразумева се уговорени простор којег посећују крајњи купци роба и корисници услуга, а под „мобилном базом“ подразумева се уговорени простор који се налази унутар одређеног превозног средства (камион или друго возило) које омогућава кориснику франшизе да посећује купце роба и кориснике услуга.

²⁸ Ph. Bessis, J.M. Leloup, O. B. Diaz, D.Ferrier и остали.

²⁹ Чл. 2. Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores, BOE n.283 od 26.novembra 1998. (RCL 1998/2769)., допуњен чл. 1. Real Decreto 419/2006. de 7 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores, BOE n.100 od 27.aprila 2006.

³⁰ O. B. Diaz, Franchising in European contract law, 2008., p.126.

³¹ Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts – PEL CAFDC 2006. донет од стране Study Group on a European Civil Code (SGECC) у форми предлога јединствене Европске регулације чија се садржина односи на трговинско заступништво - commercial agency, франшизинг – franchising и уговора о дистрибуцији - distribution contracts.

франшизе и методе њене примене игра значајну улогу у франшизном систему посебно за корисника франшизе који зависи од таквих информација да би био у могућности да спроведе пословање.³²

Обавеза преноса know-how са даваоца франшизе на корисника франшизе одређена је на следећи начин, и то:

1. током трајања уговора, давалац франшизе мора пренети кориснику франшизе know-how који је неопходан за спровођење франшизинг пословања;
2. уговорне стране не могу одступити од ове одредбе.³³

Значај наведене одредбе је у томе да ако уговорне стране не могу да се договоре о обавези уступања know-how-а од стране даваоца франшизе, такав уговорни однос се не може сматрати франшизинг уговором. Давалац франшизе није у обавези само да приликом закључења уговора на корисника франшизе пренесе know-how, већ је у обавези да током трајања уговора преноси и обезбеди кориснику франшизе know-how како би му омогућио успешно вођење франшизне јединице. Know-how који давалац франшизе током трајања уговора уступа, тј. пружа, мора бити ажуриран. Обавеза даваоца франшизе, да током трајања уговора уступа ажуриран know-how, од значаја је за корисника франшизе, и то из разлога што се код корисника франшизе ствара осећај сигурности, да ће давалац франшизе током целог трајања уговора уступати му ажуриран know-how, који му омогућава успешно пословање. Обавезу преноса know-how, како у почетном пакету, а тако и касније, током трајања уговорног односа, приликом закључења уговора будуће уговорне стране не могу једнострано искључити.

Иако не постоји законска обавеза преноса know-how-а, судска пракса и правна теорија заступају став даваоачеве обавезе преноса know-how-а. Давалац франшизе у обавези је да кориснику франшизе обезбеди потребан и адекватан know-how³⁴, како би корисник франшизе на адекватан начин и у складу са потребама и циљевима франшизинг система, тј. мреже, успешно водио франшизинг јединицу, тј. франшизинг пословање (le savoir-faire). Давалац франшизе у обавези је да приликом закључења уговора на корисника франшизе пренесе know-how, тј. обавеза преноса представља услов пуноважности уговора о франшизингу. Обавеза преноса know-how од стране даваоца франшизе не завршава се преносом know-how у почетном пакету права која се преносе приликом закључења уговора већ обавеза постоји и током целокупног трајања уговорног односа.³⁵

³² Art. 3:202 PEL CAFDC.

³³ Art. 3:202 PEL CAFDC.

³⁴ У правној теорији заступљен је став да know-how који давалац франшизе уступа кориснику франшизе мора имати одређен „квалитет“.

³⁵ У одлуци Paris Cour d'appel од 22. септембра 1992, D. 1995, somm., p. 78, obs., суд је закључио „да је давалац франшизе испунио трајну обавезу преноса know-how-а, јер је континуално обезбеђивао за корисника франшизе упутства за рад, циркуларе и каталоге нових производа изабраних за сваку колекцију“.

Једно од централних питања које се поставља у правној теорији је и питање у којој се форми преноси know-how. Иако је Принципима регулисана обавеза преноса, треба истаћи да се истим не предвиђа форма преноса know-how-a. Правна теорија, а самим тим и судска пракса, не одређују форму преноса know-how-a. Ипак, и поред нерегулисања овог питања у пословној пракси know-how се преноси у форми приручника о пословању³⁶ (manual of operation) или предствала саставни део уговора о франшизингу.³⁷ Давалац франшизе у обавези је да током целог трајања уговорног односа уступа кориснику франшизе know-how, па самим тим и у обавези је да увек освежава и ажурира know-how (уводи неопходне измене у упутства за рад)³⁸. Ажурирање know-how-a остварује се најчешће освежавањем приручника о пословању (упустава за рад) и пружањем помоћи кориснику франшизе, ако то захтевају околности.³⁹ Ако то изискују околности на тржишту, односно ако је дошло до промена на тржишту, давалац франшизе ће ажурирати know-how у складу са потребама и промененим околностима на тржишту. У околностима да на тржишту настану промене где ажурирана упутства нису довољна, давалац франшизе ће приступити новој обуци корисника франшизе.

V. Уговорна заштита know-how-a

Питање заштите, односно избора најефективнијег механизма заштите know-how-a, представља једно од централних питања приликом закључења уговора, а од значаја за даваоца франшизе. Разлог који је то наједекватнији механизам заштите know-how-a своје основе налази у томе да know-how има карактеристике тајности, тј. има статус поверљивих информација (confidential information).

Заштита know-how-a путем патента је могућа, али мало вероватна. Разлог зашто know-how неће уживати или ће тешко уживати патентноправно заштити, управо је томе што је у пракси мало вероватно да ће даваочев know-how бити довољно иновативан да би се квалификовао за овај вид правне заштите.

Најпоузданији вид заштите know-how-a за даваоца франшизе је уговорна заштита. Уношењем одређених одредби у уговор у виду клаузула ограничава се коришћење и објављивање одређених информација⁴⁰, тј. поверљивих инфор-

³⁶ СА Paris од 22. септембра 1992, D. 1995, somm., p. 78: „прималац франшизе је тражио ништавост уговора због недостатка каузе. Суд није усвојио ову тужбу, јер је давалац франшизе, поред давања лиценце за коришћење робне марке, пренео свој know-how тако што је примаоцу франшизе доставио серију докумената који су садржали информације о методама организације, управљања и администрације, а такође је пружао и континуалну помоћ путем циркулара, периодичних састанака и обуке.

³⁷ Art. 3:202., PEL CAFDC, Коментар D.

³⁸ Ph. Bessis, Le contract de franchise, notions actuelles et apport du droit europeen, LGDJ, Paris, 1991., p. 34.80.

³⁹ Art. 3:202., PEL CAFDC, Коментар E.

⁴⁰ Информације које давалац франшизе уступа сачињава know-how, садржај упутства за рад као

мација, којим се корисник франшизе ограничава од спровођења конкурентског пословања током и након престанка уговора о франшизингу. Клаузула о поверљивости „confidential clauses“ представља саставни део уговора о мастер франшизингу (master franchise), а такође и уговора о под-франшизингу. Значај „confidential clauses“ је у томе што се локалном даваоцу франшизе и корисницима франшизе забрањује да откривају садржину поверљивих информација и пословних тајни трећим лицима. „Grant back clauses“ локални давалац франшизе на основу уговора о мастер франшизингу и корисници франшизе у обавези су да сва побољшања, иновације и усвршавања која настану током пословања франшизинг јединица, уступе мастер даваоцу франшизе. Следећа у низу клаузула којом се обезбеђује тајност know-how-а је клаузула о „пољу примене“ којом се корисник франшизе обавезује да уступљени know-how неће користити у друге сврхе, осим у вези са уступљеним франшизинг системом.⁴¹

Уговорне одредбе – клаузуле којима се штити поврељивост уступљеног know-how-а најчешће се комбинују са условима који ограничавају могућност примаоца франшизе да се такмичи⁴² са даваоцем франшизе у току и након истека уговора (уговором одређени рок). Ограничења у виду клаузуле о некуконкурентцији „non competition clauses“ начелно немају подршку судова. Ипак, судска пракса их дозвољава једино ако иста нису шира него што би требало да буду, а у циљу заштите интереса даваоца франшизе у смислу обухваћених активности, географске области на која се односе ограничења током периода трајња уговора.⁴³

и скривене информације које корисник франшизе може добити, а које су повезане са пословањем и структуром даваоца франшизе.

⁴¹ И. Спасић, Franchising и облици интелектуалне својине, Право и привреда, бр. 5-8, 2008.

⁴² Да се корисник франшизе неће директно или индиректно ангажовати на истом или сличном послу на територији одређеној уговором о мастер франшизингу.

⁴³ Lord Macnaghten у случају Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co (1894) AC 535, HL.

THE CONTRACTUAL TRANSFER OF KNOW - HOW AS THE EXCLUSIVE PROPERTY OF FRANCHISOR

Summary

The need for further self-expansion of capital and the conquest of new markets through the minimum investments can be achieved through franchising as a specific investment method of contract business. Using successful methods of business, reduced investment risks and independence in business are among the governing reasons for joining franchise by potential franchisees. The franchisor is obliged to pass the “know-how” to the franchisee in the moment of the contract conclusion. The obligation to transfer know-how can be seen as one of the essential obligation of the franchisor. The secrecy of the know-how is provided by stipulating the contractual provisions i.e. clauses which restrict the use of the transferred know-how by franchisee, in accordance with the business needs and the ban of publication to third parties.

Keywords: *franchise agreement, franchisor, franchisee, know-how, confidential information, liability transfer, clause.*

ДРЖАВА И ДИПЛОМАТИЈА

Матеј Савић*

Апстракт: Дипломатија се данас схвата као синоним за више различитих дисциплина, које обједињују активности дјеловања државе у домену спољне политике. Дипломатија (у смислу овога рада) представља вођење међународних односа путем преговора изузимајући силу, при чему се може примијетити неријетко кориштење пропагандом, док се примјена права у међународним односима остварује кроз посебне механизме. Положај државе у међународној заједници врло је комплексан, у смислу права која стиче настанком и обавеза које иста преузима у међународним односима. Држава као оригинални субјекат међународног јавног права реализује своју спољну политику одржавајући међународне односе унутар међународне заједнице путем својих званичних институција и акредитованих представника. Међународни односи представљају облик комуникације између субјеката међународног јавног права, из којих произилазе одређена правила понашања. Такође, људску историју, у низу преокрета, појединачно су прекројавала свакојака дјела и поступци, који су засигурно познати само човјеку. Надаље, модерна пракса међународних односа, у смислу мултилатералне дипломатије данас примјењује сва достигнућа технолошког развоја конзумирајући неповратну тековину већ изграђених међудржавних односа. Држава се данас налази у односу комплексности између унутрашње и вањске политичке реалности, док нас еволуција државних правних система и њихових односа условљености води у правцу хармонизације норми и уједначења начина живљења у цивилизованом свијету.

Кључне ријечи: држава, дипломатија, међународно јавно право, међународни односи, дипломатски односи, спољна политика, међународно и унутрашње право, технолошки развој, конгрес, конференција, глобализација, социјалистичка револуција, капитализам, Друштво народа, Савјет Европе, Организација Уједињених нација.

* Матеј Савић, асистент, Факултет политичких наука, Универзитет у Бањалуци.

„Та не седи судија зато да правду поклања, него да је утврђује. И заклео се да неће делити милост онима којима се њему свиди, него да ће судијску службу вршити по законима“¹.

Платон

1. ПОЈАМ ДИПЛОМАТИЈЕ

Ријеч „дипломатија“ етимолошки потиче од грчке ријечи *диплома*, која је у то вријеме означавала писмо, повељу или исправу пресавијену на двоје као акт суверена који би једна страна предавала другој на почетку преговора, док би друга страна, по завршетку преговора о конкретном послу, учинила исто, уручивши *диплому*, чиме се свечано завршавао дијалог, а на основу чега је бивао закључен споразум. Уопште, у народном говору, под изразом *дипломатија* подразумјева се способност, спретност, умјешност у вођењу неког посла. Међутим, да би се одредило конкретније, значење појма дипломатија мора се довести у везу са спољном политиком коју одређена држава води као учесник међународних односа и као субјекат међународног права.

Сматра се да је француски кардинал Ришеље први употребио израз *дипломатија*, у периоду док је био предсједник владе и стварни господар Француске (1624. до 1642. године).

Дипломатија се данас схвата као синоним за више различитих дисциплина, које обједињују активности дјеловања државе у домену спољне политике. Наиме, дјеловање државе у међудржавним односима (*inter se*), односима са међународним организацијама и уопште њено поступање у међународној заједници обухваћено је појмом *дипломатије*. Активности државе у међународној заједници су следеће:

- спољнополитичко представљање државе, односно њено право посланства²,
- вођење спољнополитичких односа државе путем службеног комуницирања од стране одређених државних органа са одређеним органима других држава,
 - способност – знање и умијеће вођења преговора са другим државама,
 - организовани апарат државе за вођење спољнополитичких односа,
 - званична активност шефова држава, влада и специјалних органа спољних послова за реализацију задатака и циљева спољне политике,
 - наука или вјештина која обједињава све претходне садржаје и активности дипломатије.³

¹ Сократове ријечи које наводи Платон *Одбрана Сократова*, Дерета, Београд 2002. стр 45.

² М. Митић, *Дипломатија*, 1999, Београд, стр. 1, истиче да право посланства обухвата право државе да шаље и право да прима дипломатске представнике преко којих се одржавају редовни дипломатски односи у билателарној дипломатији.

³ Шире в. С. Ђорђевић и М.Митић, *Дипломатско и конзуларно право*, Београд, 2000.

Проучавање докумената који се тичу дипломатије и проучавање праксе држава на основу којих се образују међудржавни односи и пракса у међународној заједници захтјевају поимање прије свега политичких, али и културолошких, правних и економских условљености са међународним карактером (извана). Тачније речено, морамо сагледати однос једне државе према спољном свијету, међународној заједници, другим државама у смислу међусобне релације или пак, како поједини аутори наводе, неформалне „зависности у модерном времену“, јер, данас држава тешко да може, у традиционалном смислу ријечи бити независна и у потпуности суверена.

Правила о дипломатским односима, утврђена су документима међународног јавног, односно дипломатско-конзуларног права. Организација Уједињених нација у оквиру Генералне скупштине, обезбједила је организовање тематских конференција у Бечу, које су резултирале усвајањем низа конвенција, чиме је остварена кодификација обичајних правила из области дипломатских односа и којом је обезбјеђен даљи прогресивни развој међународног права. Потписане конвенције, с обзиром на број држава чланица које су ратификацијом преузеле права и обавезе из ових докумената, сматрају се изворима међународног јавног права, универзалног карактера. У модерној теорији међународног јавног права овај пакет конвенција назива се *corpus diplomaticus*.⁴ У том смислу, на основу ових конвенција створен је нормативни основ који, *per se*, одређује дипломатско право као самосталну подграну међународног јавног права. Такође, с обзиром да су у оквиру ових конвенција регулисани и конзуларни односи, који се, уопште, по природи ствари, не могу посматрати одвојено од дипломатије и дипломатских односа, најпрецизније етимолошко одређење ове подгране међународног јавног права било би *дипломатско и конзуларно право*, иако поједини аутори користе израз *corpus diplomaticus*, као ужи појам и као синоним за израз дипломатија и право.⁵

Дипломатско и конзуларно право садрже правила међународног права којима су регулисани односи у међународној заједници. То су односи између

⁴ Тако у *corpus diplomaticus* спадају: *Бечка конвенција о дипломатским односима*; *Бечка конвенција о конзуларним односима*; *Конвенција о специјалним мисијама*; *Конвенција о спречавању и кажњавању кривичних дјела против лица под међународном заштитом*; *Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера*; *Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција* и посебно *Конвенција о привилегијама и имунитетима Уједињених нација*. Такође, поједини аутори у *corpus diplomaticus* уврштавају и акте Савјета Европе али и неке друге изворе дипломатског права као што су билатерални међународни уговори, обичајно међународно право које се односи на питања која нису уређена међународним конвенцијама и билатералним уговорима, што потпуно има смисла, јер дипломатски и конзуларни односи свој темељ проналазе у међудржавним односима, прије свега, док документи регионалног карактера имају недовољен утицај на међународну заједницу уопште. Како В. Димитријевић истиче у *Основи Међународног јавног права*: Београд 2005. стр. 28-41, „да сваки извор међународног права посједује димензију регионалности, те да међународно право посједује, поред свега и карактер регионалности.

⁵ Шире в. Д. Ђ. Дашић, цит. дј., *Савремена дипломатија*, Београд 2008. стр. 29.

држава, као основних субјеката међународног права, али и односи између држава и међународних организација. Такође, дипломатско и конзуларно право обухватају и односе између међународних организација, али и односе у оквиру међународних организација.⁶

Уопште, најчувенију дефиницију *дипломатије* изрекао је Сатоу: „Дипломатија је примјена интелигенције и такта на вођење званичних односа између влада независних држава.“⁷ Према Берицу (G.R. Beridge) „дипломатија је вођење међународних односа више преговорима него силом, пропагандом или примјеном права“.⁸ У том смислу, и поред гледишта појединих аутора да *дипломатија* представља умјетност, она се мора одредити, прије свега, као наука, а затим и као вјештина (пракса). Дипломатија је, такође и професија, струка која се учи. Наиме, можемо рећи да се ради о адвокатури у међународним односима, реторици која са знањем и способношћу, у складу са одређеном политиком (државе), треба да оствари зацртане резултате у међународној заједници.

Из тог разлога, да бисмо употпунили наше ставове, навешћемо следеће ријечи које само могу употпунити схватање дипломатије:

„Чини ми се да у дипломатској служби свих земаља има, више него и у једној другој, ‘промашених људи’, који су погрешили врата па сада нико не може да их изведе, а они не умију да нађу излаз и да се врате. У другим струкама такав ‘залутао’ човјек остаје непримијећен, пјева у хору, не помаже, али и не квари, па се његов глас и његов слух не могу процјенити. У дипломатској служби прилике присиле већину људи да морају прије или послје да иступе самостално и да покажу какви су и шта умију. Не само да дипломатија ‘није за сваког’ него се може слободно рећи да је мали број људи који заиста имају дара и знања за тај посао. Наравно, много је теже рећи какви су или какви би требало да буду ти људи. Но, покушајмо.

То су људи добре али једноставне памети, људи упрошћене осјетљивости и хладна срца, али не и лишени срца и без сваке осјетљивости, способни за претварање, али не затворени и тајанствени, још мање подли, снажни, али не груби, брзи и одлучни, али не преки и брзоплети, стварни, трезвени, али не и суви и досадни. Треба бити многострук и једноставан. Не бити личан, али бити природно поносан, чак и горд понекад. Укратко, треба бити човјек нарочите врсте а нимало не личити на то, него увијек и у свему имати изглед обичног, просјечног човјека. Стотину способности треба имати, али строго

⁶ „Дипломатија, дипломатски и конзуларни односи, дипломатска делатност, дипломатска професија и дипломатско организовање регулисани су одговарајућим међународним конвенцијама (тзв. међународним законодавством) које чине основу савременог дипломатског и конзуларног права.“ Исто, цит. дј., стр. 29.

⁷ Chas. W. Freeman: *The Diplomat's Dictionary*, United States Institute for Peace Press, Washinton 1997. стр. 70.

⁸ G.R. Beridge: *Diplomacy, Theory and Practice*, London-New York, 1995, стр. 1.

и на сто начина дозираних...

Али једно је сигурно: ко нема барем неке главе од побројаних особина ни барем у основи свога темперамента, карактера и васпитања и ко није способан да их у току рада развије и практички примјени – за тога је боље да никад не улази у такву службу... Погрешка у избору звања плаћа се у свим службама али нигдје тако скупо и тешко као у дипломатији. У другим струкама такав залутао човјек може да се изгуби у множини и остане непримјећен, да пјева у хору у ком не помаже али и не квари, па се његов глас и његов слух и не могу процјенити. У дипломатској служби прилике присиле човјека да мора прије или послје да иступи и да покаже какав је и шта умије. Ко тај испит не положи постаје и смијешна и жалосна фигура у служби за коју није а које више не може да се ослободи, олупина која још дуги и даље плови. То трује живот и подрива душу и ствара несрећнике нарочите врсте. Од њих та необична и необично тешка струка, која и у најповољнијем случају и деформише човјека, ствара настране људе, мизантропе и кандидате за самоубице... Јер, у тој служби која изгледа униформисана и укроћена као ниједна друга, нема ничег сталног ни извјесног, него човјек иде као кроз маглу у којој свјетлост која повремено просијава више збуњује и вара очи него што показује пут и омогућује човјеку да се снађе“.⁹

2. ДРЖАВА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Схватање према коме државе самим настајањем стичу одређена права развило се под окриљем школе природног права, аналогно принципу да људско биће чином рођења стиче један обим права. Та права која државе стичу настанком неотуђива су, те су се неријетко називала оригинарним, темељним, основним, апсолутним правима. С обзиром, на чињеницу да државе настанком уживају (добивају) одређени обим права, подразумјева се да самим чином настанка преузимају и одређене обавезе. Класификација основних права и дужности држава која утврђује конкретне особине држава, на основу чега се оне и разликују од других субјеката међународног права није јединствена ни у теорији међународног права ни у пракси.¹⁰ Иако теорија није јединствена у

⁹ И. Андрић, *Свеске*, Београд 1982. стр. 131-133.

¹⁰ Сматра се да су права и обавезе држава садржани у члану 2. *Повеље Уједињених нација*, гдје су таксативно наведена начела (принципи) према којима се руководе и према којима поступају државе чланице Уједињених нација и сама организација Уједињених нација. То су следећа начела: 1. суверена једнакост држава чланица, 2. поступање у доброј намјери, 3. обавеза мирног рјешавања спорова, 4. уздржавање од примјене силе против територијалног интегритета или политичке независности било које државе и 5. обавеза пружања подршке организацији Уједињених нација, у складу са Повељом... О чему шире в. Organisation of the United Nations - Charter of the United Nations, Chapter I, Article 2. The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles; 1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members. 2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations

погледу систематизације права држава, издвојићемо класификацију коју је извршио В. Димитријевић наводећи следећа основна права држава: **сувереност, једнакост, самоодржање, међународно општење и поштовање**.¹¹

Поред тога, да би одређена држава уопште настала, са аспекта међународног права, у основи, мора посједовати елементе државности. „Иако међународно право не регулише настанак држава, оно садржи три мерила по којима се утврђује да нова држава постоји.“¹² Елементи државе су: дефинисана **територија**, стално **становништво** и ефективна **власт**. Такође документима међународног права дефинисано је да „држава као лице у међународном праву треба посједовати следеће квалификације: а.) стално становништво, б.) дефинисану територију, ц.) власт и д.) капацитет да се укључи у односе са другим државама.¹³ Оваква класификација која је извршена Конвенцијом из Монтевидеа прихваћена је од готово свих стручњака из области међународног права.

Неопходност посједовања територије је очигледна, међутим њене границе не морају бити дефинитивно одређене. Становништво које се подразумева као елемент државе треба да буде стално настањено на претходно одређеној територији. Такође, власт мора бити ефективна, легитимна и самостална, у смислу да није подвргнута ниједном другом ентитету, како свана, тако и изнутра. У складу с тим, држава настаје када се стекну наведени елементи, чиме долази до изградње државе као организације и самог државног суверенитета. У случају да су испуњени елементи државности, „на ту чињеницу надовезују се правне последице које одређује међународно право“¹⁴. У складу с тим, обавезност остваривања капацитета за одржавање међународних односа са другим субјекти-

assumed by them in accordance with the present Charter. 3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered. 4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations. 5. All Members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action. 6. The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security. 7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII. Такође, ова начела су конкретније одређена у Декларацији о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом Уједињених нација.

¹¹ В. Димитријевић и други, *Основи међународног јавног права*, Београд 2005, стр. 77.

¹² Исто, стр. 75.

¹³ *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, Article 1 „The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states.“ Конвенција је потписана 26. децембра 1933. године у Монтевидеу, Уругвај.

¹⁴ Исто, В. Димитријевић и други, 2005. Београд, стр. 75.

ма међународног права, која се данас често поставља као четврти, обавезујући услов, уско је у вези са елементом ефективне власти и самим државним суверенитетом, јер држава међународне односе успоставља путем органа власти чија је дјелатност дефинисана највишим националним актом, уставом. С тим у вези навешћемо мишљење I. Brownliea који дефинише државу као правно лице признато међународним правом.¹⁵ На овај начин способност одржавања међународних односа поставља се само по себи као услов, јер да би држава могла бити субјекат међународног јавног права, она мора посједовати наведени капацитет. Такође, у модерној теорији међународног јавног права, наглашавају се и посебне обавезе које држава мора преузети самим настанком. У том смислу све значајнији услов који се захтјева од држава је обавеза поштивања људских права, као и потреба обезбјеђења слободног тржишта.¹⁶

Држава као оригинарни субјекат међународног јавног права одржава међународне односе унутар међународне заједнице путем својих званичних институција и акредитованих представника. Она то ради у складу са одредбама међународног јавног права (међународним законодавством), а на основу свог највишег националног документа, устава. Међутим, државу, у односу националног и међународног права не можемо одредити на једноставан начин. Положај државе је условљен како националним законодавством, тако и међународним правом.

Интересантно је напоменути да у правној теорији уопште о питању односа међународног и унутрашњег (националног) права још увијек постоје одређене контроверзе.¹⁷ Тако нпр. С. Ђорђевић, истиче да је „међународно право, пре свега својеврстан, истина још не и свеобухватан, скуп правних начела и правила, који се разликује од одговарајућих норми унутрашњих правних дисциплина: та посебност огледа се у њиховом настанку, правној природи и санкцијама које их прате. Субјекти међународног права су државе, међуна-

¹⁵ Шире в. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1990, стр. 71. Аутор, такође, наводи да ипак сам карактер правног лица није сам по себи довољан да би се могла одредити државност. Понекад се каже да појам државности представља питање факта, у смислу да не представља питање права. Међутим, критеријуми државности су успостављени правом.

¹⁶ Европска унија је постављала одређеним трећим државама обавезу успостављања демократског друштва као услов за њихово признање. Најбољи примјер су биле балтичке државе у периоду дисолуције Совјетског савеза, када су тадашње чланице ЕУ експлицитно захтијевале од Литваније, Летоније и Естоније успостављање примјене и заштите људских права као услов њиховог међународног признања. Такође, након низа реформи у оквирима Европске уније од 1999. до 2007. године, приступање Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) се захтијева као услов према преосталим трећим државама у процесу придруживања.

¹⁷ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2007, стр. 63, истиче да се „однос унутрашњег (државног) права и међународног права, по правилу, посматра кроз призму монистичко-дуалистичке контроверзе“ док С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд, 1999. стр. 36, наводи да „у савременим условима развијеног правног саобраћаја између држава, питање односа међународног и унутрашњег права представља проблем од огромног теоријског и практичног значаја“.

родне организације и друге целине, а сасвим изузетно и појединци.¹⁸ Поред овога, овај однос се практично своди на однос државе, тј. њеног суверенитета и међународног права. Тако се често истиче да „схватање односа између државе и међународног права у својој основи представља (не) прихватање појма суверености државне власти, тј. разумијевање односа између унутрашњег и међународног права.“¹⁹ Е.В.Спекторски сматра да се питање о односу међународног и државног права састоји у следећем: „да ли заиста унутрашња сувереност државе не зависи од њене спољашње правне ситуације“. Наиме, „према класичној теорији нема суверене државе ако она није потпуно самостална и унутра и споља. Али стварност увек не одговара теорији. Пре свега, да би једна држава ступила у међународну заједницу, тражи се њено признање од стране других држава. И оно се понекад добија само по цену извесних услова, који се односе на унутрашње уређење дотичне државе. Осим тога, дешава се да се неке државе сматрају надлежним да својом интервенцијом руше непробојност туђих територија“.²⁰

О односу међународног и унутрашњег права, као паралелним правним областима постоје двије основне теорије, то су **монистичка и дуалистичка теорија**. Тако аутори који припадају монистичкој теорији истичу јединство унутрашње и међународне димензије права, док други, дуалисти, сматрају да је међународно право право право, као и унутрашње, те да постоје два правна система, један поред другог.²¹ Монистичко схватање даље се дијели на двије велике теоријске позиције које дају примат унутрашњем или међународном праву. Према ставу о примату унутрашњег права, међународно право постоји ако га држава признаје. Други став, став о примату међународног права над унутрашњим, заступа становиште да је међународно право супериорно у односу на унутрашње право. У том смислу М. Н. Шо сматра да је „унутрашње право делегирано међународно право, јер међународна заједница поседује власт која је независна од људи који живе на одређеној територији.“²²

Сматра се да је традиционалне темеље правне теорије о односу међуна-

¹⁸ С.Ђорђевић, *Увод у међународно право*, Београд, 2007. стр. 7, при чему и М. Шаховић, *Опита питања кодификације међународног права*, Београд, 1958, стр. 6, наводи да се „метод који неки теоретичари примењују ради утврђивања правне природе међународног права састоји у његовом поређењу са унутрашњим правом. На основу њихове сличности односно разлике цени се правна природа међународног права. Насупрот, један број других писаца скреће пажњу на то да правна природа међународног права треба да се одређује утврђивањем његових сопствених обележја. Отуда, због овако различитог приступања решавању овог питања, настаје теоријски спор око тога да ли је међународно право право или не“, о чему шире в. J. L. Briery, *Le fondement du caractere obligatoire du Droit International, Recueil des Cours*, t. 23, p 534-535

¹⁹ С. Савић, *Држава и међународно право*, Схватања Ханса Келзена, Правна ријеч 18, 2009. стр. 21.

²⁰ Е.В. Спекторски, *Држава и њен живот*, Београд, 2000, стр. 212.

²¹ Р. Степанов - Г. Вукадиновић, цит. дј., стр.142.

²² M. N. Shaw, *International law*, Cambridge 2003, стр. 110.

родног права и државе, односно унутрашњег правног поретка, поставио њемачки правни писац Ј. Ј. Мосер (1701-1785) „полазећи од Хегелових схватања државе. Ову теорију су у потпуности уобличили познати њемачки правници Бергборн, Цорн и Венцел. Према овој теорији, национално право има приоритет у односу на међународно право које се јавља само као спољно државно право. Међународно право није, према овој доктрини, скуп обавезних правила понашања већ само низ принципа с привременим важењем које моћне државе могу укинути чим су у супротности с њиховим интересима“.²³ Наиме, њемачки правници су у том смислу и сковали назив „спољно државно право“.²⁴

Дуализам је ближи традиционалном схватању међународног права. Наиме дуалистички теоретичари сматрају да су међународно и унутрашње (национално) право два одвојена правна система, који се не поклапају, али дјелују један на други. Дуализам нарочито заступају извјесни њемачки и италијански писци позитивистичке оријентације. Према њима, акти унутрашњег права важе на територији конкретне државе, док акти међународног права важе на територији неке државе тек пошто их она ратификује (позакони). Такође, дуалистичка теорија је настала на темељу ставова према међународном праву који су изражени у Уставу САД и енглеском *case law*. Сматра се да је „теоријску конструкцију ових ставова изградио њемачки публициста Х. Трипел, а даље ју је развио Д. Анцилоти.²⁵ Према овој доктрини међународно и унутрашње право представљају два различита и формално одвојена правна поретка.“²⁶ „Дуалистичко схватање одговара старијим међународним уговорима: они су изричито прописивали да ће државе потписнице својим законима дати нека права или забранити неке поступке – и тиме искључивати своју непосредну примјену.“²⁷ Дакле, може се рећи да је „основна премиса дуалистичке теорије да међународно и унутрашње право коегзистирају као два независна, одвојена објективна права, два самостална правна круга. Не постоје стварне, материјалне везе између ова два правца, јер је међународно право - право између држава, а унутрашње (државно) је право изнад физичких и правних лица која се налазе на територији државе“.²⁸ Сматра се да је основ одвајања међународног и унутрашњег права разлика у изворима једног и другог права. Трипел, оснивач дуалистичке теорије, истиче да унутрашње право настаје законом, а међународно право споразумом, те да је, према томе, извор унутрашњег права воља

²³ С. Савић, цит. дј., стр. 21-22.

²⁴ Шире в. I. Seidl-Hohenveldern, *Volkerrecht*, 1994, стр. 8.

²⁵ Сматра се да Анцилоти објективни основ међународног права не налази у категорији воље, већ у метафизички схваћеном принципу *res sunt servanda* као хипотези која се не може објаснити и на којој се гради међународни поредак, како то истиче М. Крећа у цит. дј., стр. 64.

²⁶ С. Савић, цит. дј., стр. 22.

²⁷ В. Димитријевић и др, цит. дј., стр. 64.

²⁸ М. Крећа, цит. дј., стр. 64.

државе, а извор међународног права воља више држава, заједничка воља више држава.²⁹

Може се рећи да се данас „улога држава у модерном свијету, сходно важећим међународним правним принципима, базира на једнакости и суверености“.³⁰ Под притиском технолошке експанзије, развојем вјештине комуникације и уопште глобализације, у смислу међународних односа, дошло је до стварања специфичног облика међузависности између држава. У таквим, модерним околностима дошло је до ограничавања суверенитета држава с циљем координације и активне партиципације унутар међународне заједнице. Стога, потребно је навести и модерну „теорију *координације*“, која представља блажи облик дуализма и која полази од тога да међународно и унутрашње право функционишу на различитим пољима и да свако има примат на свом пољу. Према овој теорији, не постоји сукоб између унутрашњег и међународног права, али може да постоји сукоб обавеза, тј. немогућност државе да на домаћем плану поступа у складу са својим међународним обавезама.“³¹ “С обзиром на време у којем живимо: мондијализација размене, стални потреси на финансијском тржишту, анархичан развој телекомуникација, али и њихова повећана улога, рат који у последњих педесет година није престајао, указују нам на то да би сваки искључиви одговор о односу између међународног и унутрашњег права имао извесне утопијске елементе“.³² Стога, можемо закључити да теорија координације највише одговара стварности.

3. ДИПЛОМАТИЈА И СПОЉНА ПОЛИТИКА

Спољна политика државе означава њено дјеловање у међународним односима путем својих званичних институција (органа). То су односи који су регулисани нормама међународног јавног права, дакле односи државе са другим државама и субјектима који имају признат статус субјекта међународног јавног права и, с друге стране односи држава са међународним организацијама. Спољна политика подразумјева комплекс политичких, безбједоносних, економских, правних и других односа, „у које поједина држава или други међународни субјект својим деловањем, акцијама и активностима ступа са спољним светом, руковођени сопственим унутрашњим и спољним интересима, у оквиру датог система односа у међународној зајеници.“³³ У складу с тим, активности државе и других субјеката међународног јавног права представљају њихову спољнополитичку дјелатност. Спољнополитичка дјелатност реализује се кроз

²⁹ Исто.

³⁰ Ф. Турчиновић - В. Поповић, *Међународно јавно право*, Бања Лука, 2009, цит. дј., стр. 11.

³¹ I. Brownlie, цит. дј., стр. 33.

³² S.Sur, *Système juridique internationale et utopie, Archives de philosophie du droit*, 1987, T.32, p. 35 etc, цит. по Р. Степанов - Г. Вукадиновић, цит. дј., стр. 143.

³³ Д.Ђ. Дашић, цит. дј. стр., 24.

спољне послове конкретне државе и другог субјекта међународног јавног права, што, на међународном плану, резултира доношењем спољнополитичких одлука.

Наиме, дипломатија је у нераскидивој вези са одржавањем међународних односа, јер дипломатија је средство спољне политике конкретне државе. Дипломатија се, неријетко, поистовјећује са спољном политиком, са спољним пословима, са спољнополитичком дјелатношћу, са доношењем спољнополитичких одлука, а нарочито са спровођењем тих одлука у живот. Међутим, између наведених појмова не може се ставити знак једнакости. У том смислу, „спољна политика се састоји у непрекидном процесу доношења одлука и поступања по њима“, због чега се може рећи да је „спољнополитичка делатност непрекидно доношење спољнополитичких одлука“.³⁴

Дипломатија представља ужи појам у односу на спољну политику и спољне послове. Аналогија се може увидјети и када посматрамо однос међународног јавног права, које регулише односе у међународној заједници, односе који настају при реализацији спољних политика субјеката, и дипломатско-конзуларног права које представља саставни дио међународног јавног права и које регулише положај, привилегије и имунитете дипломатских и конзуларних представника.³⁵ Дакле, како је дипломатско-конзуларно право садржано у међународном јавном праву, тако је и дипломатија укључена у спољну политику и спољне послове.

Спољна политика условљена је државно правним поретком и унутрашњим политичким системом, с једне стране, и стањем и природом односа у међународној заједници, с друге стране.

Уређен државноправни поредак и успјешна унутрашња политика, готово по правилу, производе плодотворну спољну политику, са запаженим повратним позитивним утицајима. Квалитетан темељ, посматрајући у овом смислу, представља изграђен правни систем, који при том функционише и обезбјеђује национално јединство, координацију и програм-стратегију, чиме бивају дефинисани циљеви спољне политике. Такав правни систем подразумијева, али и условљава развијен правни поредак унутар њега.³⁶ Наиме, спољна политика спроводи се прије свега на основу устава, али и законских прописа конкретне државе, дакле националних легислативних аката, на којима почива државноправни поредак.

С друге стране, међународни токови и дешавања условљавају дјелатности које државе предузимају у области спољне политике. Држава као субјекат

³⁴ Шире в. В. Димитријевић и Р. Стојановић, *Међународни односи*, 1966. година, Београд, стр. 233.

³⁵ *Правна енциклопедија*, Београд, 1985, стр. 252.

³⁶ Правни поредак представља нормативно уређен друштвени поредак или, пак уређене друштвене поретке, који изграђују друштво и представља саставни дио правног система конкретне државе.

међународног јавног права наступа преузимајући права и обавезе у односима унутар међународне заједнице и на тај начин, како појединачни, тако и општи акти утичу на дјеловање државе у међународним односима. Наиме, држава дјелује у складу са међународним уговорима и међународном праксом, при чему је тангира дјеловање других држава и међународних организација. У том вртлогу, држава без уређеног државноправног поретка не може реализовати своје циљеве, не може квалитетно заступати интерес народа и ни на који начин не може спровести своју спољну политику.

Мир у домаћинству и склад унутра доноси позитивне резултате и на спољној сцени, према другима, ако ништа друго, субјекат међународног јавног права може квалитетно презентовати сопствене интересе према другим лицима. Међутим, у случају немира у кући, све мањкавости и сви недостаци могу се неко вријеме скривати, али кад тад изрони на видјело све оно што сви народи тако брижно чувају и што нам је свима заједничко, а то су слабости управо државноправних поредака нација (држава) које могу одиграти пресудну улогу у међудржавним односима унутар међународне заједнице.

4. ДИПЛОМАТСКИ ОДНОСИ

Међународни односи, како смо већ рекли, саткани су од безброј партикуларних поступака, на основу којих се и граде конкретни међународни односи. Ти односи представљају облик комуникације између субјеката међународног јавног права, из којих произилазе одређена правила понашања. Док се партикуларни односи одвијају, можемо примјетити, кроз очи јавности, неријетко оптерећене појединце, чији поступци наизглед дјелују неартикулисани, борбени и насумично предузети, док се ти појединци индивидуално сучељавају, као дипломатски представници. Таква, наочиглед површна слика може се створити када овлаш пратимо средства информисања и посматрамо званична и незванична саопштења, покушавајући разазнати суштину између редова. Међутим, позадина свега скривена је много дубље, иако транспарентно постоји и да би се спознала, неопходно је континуирано посматрати све односе, и колико је то могуће, из објективног угла.

Стога, када се размакну застори, може се уистину рећи да сви појединци који у персоналном смислу заступају одређене интересе, у оваквом, наоко непрегледном свијету имају заједнички циљ. То је циљ заступања националних или нечијих уопштених интереса. Као такав, циљ је увијек одређен различитим стајалиштима и сваки поступак, сваки корак, условљен је другим кораком, поступком, одговором или дијелом. На тај начин, чест је случај да наизглед, безглаве политике проналазе средства дипломатије, чиме, накнадно постају рационализован дио укупне политике конкретне државе. Затим, партикуларни односи, стихијско дјеловање, поједини, само наизглед исхитрени коментари, као и понашање званичника које изазива разнолике емоције у оквирима

становништва овога свијета, одједном, добијају аргументе на основу којих се може увидјети потпуни асортиман „зашто-зато“ питања и одговора. Тек послије утврђивања низа разлога, може се увидјети ваљаност конкретних дјела. У сваком случају, психологија човјека, суревњивост, интерес и уопште људска свијест, условљене су од стране државе коју појединци представљају, али и социјалне средине у којима исти живе, а коју су, опет људи изградили. Наиме, државни апарати комуницирају преко појединаца, људи, који никада нису сигурни, у потпуности, са каквим стајалиштима и намјерама наступају дипломатски посланици са друге стране стола, и неријетко, можемо пронаћи, бојазност, неувјереност, сумњу и наравно свеprisутну суревњивост као разлог због кога су пропали значајни међувладини и невладини конгреси, билатерални преговори, али и конференције (као посебан облик мултилатералне дипломатије). У том смислу изазови који су постављени у националним стратегијама држава, прије него што се супротставе према другим субјектима међународног права, наилазе на конфликт у смислу унутрашњег политичког, правног, па и економског живота конкретне државе, у чему долази до наглашавања проблема у персоналном смислу. На крају, одређени појединци, унутар конкретне државе, стварали су стратегије спољне политике, примјена истог документа повјеравана је именованим појединцима, који се прије свега сусрећу са самима собом, па тек онда са дипломатским посланицима других држава. Ипак, све су то људска бића, која посједују горе наведене особине, појединачно у себи. Наиме, људску историју, у низу преокрета, појединачно су прекројавала свакојака дјела и поступци, који су засигурно познати само човјеку.

Иако искрени противник потпуне глобализације и комерцијалне дигитализације, признајем да данас, у таквом моменту, све чари технологије које су нам доступне у процесу интернационализације јесу од пресудног значаја, јер је данас дипломатско комуницирање између држава на изузетном нивоу. Технологија је омогућила редовност, адекватност, ажурност и стабилност односа у међународној заједници, чиме је бар, и даље, у једном неформалном виду, простор за стварање заблуда у међународном праву сведен у минималне оквире.

Свеукупне спољне политике субјеката међународног права, као и сви појединци који у персоналном смислу заступају одређене интересе имају, како смо већ рекли, истовјетан циљ. Тај циљ се, у практичном смислу може одредити као заузимање што повољнијег положаја у међународној заједници, у односу на појединачне и стратешке-регионалне националне интересе. Дакле, говоримо о дијелењу карата и одигравању адута у процесу бесконачног заигравања, све док започета партија траје. Такође, метод постизања утврђеног циља одређен је у оквиру различитих полазних основа, које, углавном бивају претходно еродирани до, како практичари са западних страна воле рећи, црвених и жутих линија, преко којих се може и не смије прећи.³⁷ На тај начин, чест

³⁷ Пракса САД-а изнедрила је доктрину у оквиру међудржавних односа која се базира између свега осталог и на принципу *Checks and balances* (принцип контроле и равнотеже) при чему

је случај да наизглед појединачне безглаве политике проналазе средства дипломатије, чиме, накнадно постају рационализован дио укупне националне стратегије, која бива остварена кроз познате механизме спољне политике. Да бисмо могли уопште сагледати чињенице, у том смислу, неопходно је посматрати континуитет одређене дипломатске активности у изузетно дугим временским периодима, тек тада постоји могућност спознавања сврсисходности конкретних предузетих поступака. У том смислу, релевантна временска раздобља су вијекови, периоди од неколико стотина година спољне политике и дипломатије, при чему је неопходно примијетити технолошки, културни и социолошки развој, као и његов утицај како на државе, тако и на дипломатију држава. Ми ћемо искористити прилику и у границама теме овог рада направити кратки пресјек кроз историју дипломатије и модерних међудржавних односа.

Наиме, од периода најстаријих држава, изолованих култура дипломатски односи обављали су се без средстава комуникације. Мандати мисија су трајали изузетно дуго, јер су директни преговори били заробљени тадашњим процедурама и мукотрпним церемонијалима, при чему не смијемо изоставити и фазу одласка и доласка (путовања) посланика, у тадашњим условима саобраћаја. Затим, негдје у периоду XV и XVI вијека, и даље без савремене технологије, ипак, долази до континуираног развоја и поступног, али тешког³⁸ стварања сталних дипломатских односа. Прво прихватањем, а затим и ширењем дипломатске праксе, отворио се пут ка успостављању мултилатералне дипломатије којом ће касније бити обезбијеђена, уистину боља комуникацију између држава, која је употпуњена и технолошким развојем. Наиме, у XVII вијеку долази до примјене комуникацијских технологија у дипломатским односима. Затим, у другој половини XVIII вијека развојем буржоазије, у смислу промјене владајуће класе можемо примијетити зачетке данашње глобализације. Међутим, овако посматрајући, овај процес чини се врло динамичним, али извори историјско-правне природе упућују на то да је припрема која је предстојала заиста вијековна. Такође, у смислу мултилатералне дипломатије, посебно ћемо истаћи 1815. годину, када је одржан Бечки конгрес, јер већина данашњих аутора сматра да је управо одржавањем конгреса и усвајањем Финалног акта, мултилате-

се дефинишу, кроз западњачки прагматизам, границе и крајње границе дипломатског и уопште (унутрашњег) политичког дјеловања, што на основу тог успостављеног оквира повлачи даље посљедице. Шире в. интернет, доступно на <http://www.chomsky.info/articles.htm> (приступљено: јуни 2011. године).

³⁸ Дипломатија се тешко, али ипак сигурно развијала кроз вијекове. Дипломатски ставови Византије, Османлијског царства, али и осталих империја на тлу Европе, касније, одржавали су вијековима међудржавне односе неравноправним. Нпр. "Желећи да ту божанску снагу свога цара прикажу и приликом званичних сусрета са представницима страних држава, Византинци су детаљно разрадили правила протокола и церемонијала. По њима, никакав странац, ма ког ранга био и ма коју државу представљао, није могао заузети исти ранг са царем, нити је чак могао да седне у његовом присуству, већ је пред њим морао да клечи или стоји." Шире в. С. Ђорђевић и М. Митић, стр. 15. Управо из тих разлога, питање *preseansa* наметнуло се кроз вијекове, као једно од најбитнијих питања кодификације међународног права уопште.

рална дипломатија у формалном смислу успостављена. Даљим развојем технологије и комуникација крајем XIX вијека мултилатерлана дипломатија долази до своје прекретнице, кроз поступак одржавања првих Хашких мировних конференција 1899. и 1907. године. Хашке конференције биле су познате и као „**конференције мира**“ Главна идеја конференција била је „замјена института рата, као примјене силе и његове употребе у међународној заједници уопште Интернационалним судом за мировно рјешавање спорова међу нацијама.³⁹ У складу са тим, Њемачки професор међународног права и политичар Валтер А. Шукинг (*Walther Adrian Schücking 1875 – 1935*), познат као први Њемачки судија у сталном Међународном суду правде у Хагу⁴⁰, отишао је са том идејом још даље. Он је посматрао Хашка засједања као Међународну Унију Хашких конференција (*the International Union of the Hague Conferences*) заступајући тезу формирања међународне федерације чиј нуклеус, сматрао је, представља управо наведена Унија.⁴¹ На основу тога постојала су мишљења да су међународни органи, као што је то Међународни суд правде, али и други, настали као институције те неконституисане организације, чији континуиран историјски развој је био прекинут, управо војним дејствима, касније у Првом свјетском рату.

У тренутку одржавања Хашких конференција Руска царевина посједује највећи капацитет сопствене дипломатске моћи и намеће се као главни посредник предметних конференција, поред осталих европских империјалистичких сила.⁴² Наиме Руски цар Николај II Романов (1868-1918) покренуо је иницијативу за одржавање Прве Хашке конференције, док је друга, такође одржана под патронатом Руског цара, али на иницијативу предсједника САД, Теодора Рузвелта (*Theodore Roosevelt 1858-1919*). Такође, цар Русије доживјеће трагичну судбину, у периоду Октобарске револуције, након иступања Русије из Првог свјетског рата.

Надаље, с обзиром на то да буржоаској класи, изворно не одговарају уске националне границе, јаким механизмама и да она од свог настанка инсистира на чврстом јединству диктираном заједничким политичким и економским интересима, капиталистичке државе испољавају отворену тежњу за експанзијом.⁴³ Владајућа буржоаска класа у оквиру капиталистичког система, у томе је и успјела. Успјех имућне класе је првенствено институционализован, претходно

³⁹ Интернет, доступно на http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp (приступљено: мај 2011. године) *Document Archive* цит. „replacing the institution of war with an international court for the pacific settlement of disputes among nations.“

⁴⁰ Цит. прев. енгл. *Permanent Court of International Justice*

⁴¹ Интернет, доступно на http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/haguemen.asp (приступљено: април 2011. године) *Document Archive*, цит.: Walther Adrian Schücking asserted that a definite political union of the states of the world has been created with the First and Second Conferences”.

⁴² Шире в. Р. М. Милашиновић, *Терор Слободе*, Београд 1983. и В.П. Потемкин, *Историја Дипломатије (свеска трећа)*, Београд 1951.

⁴³ Шире в. Исто, Р. М. Милашиновић.

у почетку XX вијека, да би се убрзо затим упустио у борбу против новоформираног „непријатеља“ глобализације, социјализмом. Контрверзно питање социјализма-догматски устоличеног комунизма, је питање његовог манифеста, јер чињенично поријекло *Капитала* је Њемачка. Карл Маркс и Фридрих Енгелс као творци комунизма припадали су евро-континенталној школи, данас, условно речено, мјесто овом дијелу многи теоретичари проналазе у западноевропској доктрини, капиталистичких држава. При томе, аутори су теоријски поставили догму рођену на основу управо буржоаске револуције која се одиграла на тлу једне друге капиталистичке државе, Француске, у већ споменутом периоду од 1789. до 1795. године, догму радничке једнакости *liberte-egalite-fraternite*. То се догодило непосредно прије успостављања мултилатералне дипломатије у Бечу. Такође, по завршетку I свјетског рата 1919. године, уочи Конференције мира у Версају, поред примирја које је званично потписано, чиме су прекинута ратна дејства, било је неопходно потребно ново примирје, „утолико више што се у Њемачкој ширио револуционарни покрет“.⁴⁴

Револуционарни рат у Њемачкој представља, наизглед, мање битан тренутак за данашњицу који је, сам по себи, проговорио пророчанске ријечи. Тада, биле су блокиране станице, зграде управе, власти, сав саобраћај, водиле су се уличне борбе у Берлину. Наиме, социјалистичка револуција у главном граду Њемачке није била једина која се одигравала на тлу Европе, поред најмаркантније, Октобарске револуције у Русији. У тадашњем сукобу социјализма, предвођеног бољшевицима, Њемачка је реаговала дипломатски, те је одлучила да предложи савезницима заједнички фронт против бољшевика, а да заузврат добије уступке на западу, одричући се Марксове доктрине коју је запад анатемисао и обукао у мантил бољшевика. С друге стране, Русија је иступањем из I свјетског рата под притиском Октобарске револуције искључила саму себе из оквира сила побједница и поставила отворено питање уопште признања сопственог међународноправног субјективитета.⁴⁵ Оваквим својим статусом, Русија је обезбиједила (капиталистичким) империјалистичким силама⁴⁶, као субјектима међународног права маневар утврђивања супротног јединства, кохерентног фронта који се, ипак уз тешкоће успоставио. Револуција у Царској Русији 1917. године дала је прилог историји, сачињен од „наметнутих одредаба“ у држави под ратом, којима је ресетован дипломатски континуитет Русије. Револуционарним ратом који је буктао, за вријеме Версајске конференције мира, бољшевичка машинерија закључивала је амандмане новог поретка Русије и постављала их уз елан идеолошког тијумфа, обезбиједивши наредних осамдесет година

⁴⁴ Цит. дј., В.П. Потемкин, *Историја Дипломатије (свеска трећа)*, Београд 1951.

⁴⁵ „Међународноправни субјективитет подразумијева да је нека јединка носилац права и обавеза према међународном праву, да се понаша у складу са правилима тог права и да је непосредно подвргнута међународноправном поретку“, цит. дј., Војин Димитријевић научни рад, *Београдски центар за људска права*, Београд 2005.

⁴⁶ Шире в. исто *Историја Дипломатије (свеска трећа)*.

историју без Русије као субјекта међународног права. У Руску царевину, која је престајала да постоји уведен је социјализам (комунизам) који „није само радничко питање... него углавном атеистичко питање, питање савременог оваплоћења атеизма, питање Вавилонске куле, која се зида без Бога“⁴⁷.

Велике силе побједнице у I свјетском рату ношене ставом војног тријумфа, који је потпиривао међусобну суревњивост и појединачну препотентност у дипломатији, а мотивисане страхом од Њемачке, надограђивале су незасићене империјалистичке тенденције још из XIX вијека. Заказану конференцију мира дочекале су спремне са својим незаситим програмима, са укрштеним мачевима дипломатије, што је и одредило форму и мањкавости Версајског мира, чијим Финалним актом се први свенародни рат формално и завршио.

Још тада, утврђена констелација односа одредила је смјерове кретања европских сила, које су упловиле са једнако нејединственим духом и у II свјетски рат. Тадашњи идеолошки успон социјализма одредио је пловидбени ток XX вијека, али је поставио непријатеља капитализму, при чему су ове двије идеологије, подијелиле свијет и пронашле пандан за међусобно постојање. Рат који је разорио Европу, посторужаним дјеловањем, формално је завршио процедурама које су државе побједнице, овај пут заједно са СССР-ом, проводиле са још израженијим територијалним тенденцијама и суревњивошћу.

Међутим, државе на тлу Европе искористиле су своја наслеђства и искуства стечена у оквиру Версајске конференције мира, успјевши остварити какво такво политичко јединство, које је обезбједило координисано иступање у међународним односима. Под окриљем јединствене Европе, Европе без рата, мултилатерална дипломатија, у регионалном смислу ријечи, дала је изузетне резултате, прво 1949. године када је формиран Савјет Европе, а потом и 1951. године при конституисању Европске заједнице за угаљ и челик, а касније и осталих европских заједница 1957. године. На основу постигнутог политичког консензуса, који је уз тешку муку остварен, створене су регионалне међународне организације, у оквиру којих су утврђена правила понашања европских држава. Европа је добила институције које су обезбједиле регулативу у међународном праву, регионалног карактера, која је кроз реформе Европских заједница у периоду од 60 година, прерасла у зрео надржавни правни систем, у виду комунитарног правног поретка.

Такође, 1945. године државама у међународној заједници пошло је за руком оно што није остварено формирањем Друштва народа у Версају.⁴⁸ Наиме

⁴⁷ Ф.М. Достојевски, Одабране мисли, Београд, 2008. стр. 11.

⁴⁸ Иницијатива за формирање Друштва народа покренута је од стране В. Вилсона, предсједника Сједињених Америчких Држава, која је доживјела неуспјех у тој земљи јер је Конгрес, као законодавни орган САД-а, одбио да ратификује параф који је оставио предсједник на тлу Европе, чиме су Сједињене Америчке Државе одбиле приступање. Циљеви организације Друштва народа су били: разоружање; спречавање рата преко колективне безбједности; рјешавањем размирица између земаља путем преговарачке дипломатије; и побољшање глобалног благостања. Од свог настанка Друштво народа прерасло је временом у међународну организацију, која је све више

конституисана је организација Уједињених нација која је имала низ задатака, од којих су били примарни: обезбјеђење свјетског мира и провођење процедуре мирног рјешавања спорова; утврђивање и очување једнакости држава у међународној заједници; кодификација и обезбјеђење примјене међународног права и обезбјеђење и подстицање прогресивног развоја међународног права. Дакле, формирана је универзална међународна организација у оквиру које су државе чланице, као субјекти међународног права, могле обезбиједити успостављање облика међународног законодавства, чијим правним правилима, садржаним у конвенцијама, ће касније бити нормирани многи односи у међународном праву. Кроз 60 година праксе држава у организацији Уједињених нација, у међународној заједници и управо у виду низа успјешно извршених кодификација у XX вијеку обезбијеђен је развој међународних односа, доктрине спољне политике, дипломатије и, што је најзначајније, међународног јавног права. Кроз прогресивни развој створен је низ формалних правила из области међународног јавног права, али и дипломатског и конзуларног права као његовог саставног дијела. У оквиру организације Уједињених нација, по први пут у историји, обезбијеђен је нормативни напредак у међународном праву, који и данас настоји да обухвати и формално уобличи односе и обичајна правила која се манифестују у међудржавним односима унутар међународне заједнице.

Међутим, у таквом оквиру глобализација је имала достојног противника који се представио јаким, али ипак институционално повредивим системом, толико непостојаним, да се урушио као кула од карата крајем XX вијека. Формална побједа буржоазије и њене доктрине глобализације потврђена је управо сломом социјалистичког система, који је ипак највише капитулирао, у државном облику, управо под притиском капитализма, који данас још увијек, тражећи не налази достојног противника и који се отворено супротставља његовим насилним принципима тако отворено као што је то учинио Совјетски савез и Варшавски пакт, предвођен њиме. Ипак, пракса је изњедрила своје, и крај XX вијека донио је окончање блоковске подјеле, обојене идеолошким разликама, историја дипломатије говори своје ријечи о поријеклу тог окончања чију историју пишемо баш данас. На тај начин, у политичком смислу свијет је уведен у нову модерну еру међудржавних односа, дипломатије и дипломатске праксе, која је наизглед обезбијеђена (кодификованим) нормама међународног права.

Такође, модерна пракса међународних односа, у смислу мултилатералне дипломатије данас примјењује сва достигнућа технолошког развоја конзумирајући неповратну тековину већ изграђених међудржавних односа. Наиме, дипломатска воља која је довела до формирања мултилатералне дипломатије, уз свеукупни друштвени и државни напредак омогућила је сталну вишестрану комуникацију, док је међународно право, у смислу прогресивног развоја, губила политичку моћ и која није остварила зацртане циљеве у области међународног права. Пред II Свјетски рат Друштво народа није посједовало готово никакве механизме којима би било у могућности, као међународна организација да оствари достигнућа зацртана циљевима дефинисаним у Оснивачком акту.

кроз праћење и одржавање континуираног међународног обичаја, понајприје, у институцијама организације Уједињених нација кодификовало устоличена правила изграђена и усвојена од стране држава чланица, као субјеката међународног права. Такође, друштвени и, прије свега, технолошки развој омогућио је да се велики број државних представника може састати на једном мјесту, док трају конкретни преговори, када се расправља о питањима општег карактера, која се тичу свих држава и, при томе, захваљујући комуникацијама, имају могућност дијалога са званичним органима у (својој) држави слања. Дакле, државе су активне и у току су дешавања, на основу чега могу дјеловати непосредно у вези са конкретним темама и случајевима, за вријеме преговора. При томе, државни представници имају своје преговарачке задатке, али и имају могућност непосредне консултације и обавјештавања, што је било, до прије вијек и по, незамисливо у међудржавним односима.

Развој мултилетарне дипломатије изњедрио је међународне организације као субјекте у међународном праву, док су, с друге стране, међународне организације обезбиједиле потпуну афирмацију сталне мултилатералне дипломатије (организација Уједињених нација) и учиниле исту институционалним стубом између држава, на ком почива данашњи међународноправни поредак.

5. ЗАКЉУЧАК

Данас, у постиндустријском друштву присутан је посебан, нов вид међудржавне зависности, којим су дефинисане многе сфере националних интереса. Комуникација између субјеката међународног права доживјела је своју еволуцију кроз, уопште, технолошки, сада већ напредни дигитални напредак. Дипломатија заузима све значајније мјесто у животу држава и њена егзистенција у међународној заједници, кроз реалност односа, представља једну од неформалних, али најзначајнијих националних обавеза. Не требамо се заносити са међународним (међудржавним) љубавима и сентиментом, који недвојбено заиста постоји, мада све мање у данашњем (капиталистичком) систему вриједности, државе немају љубавнике, државе само имају интересе. Актуелни интерес број један у свијету, без премца је новац. Наравно, не може се тврдити да новац и материјална добра у историји држава и међународних односа нису посједовала то мјесто, али у порецима који су претходили овај мотив бивао је коригован принципима друштва, породици као основу друштва, моралним табуима, етичким врлинама и, прије свега, културолошкој емпатији. Међутим, данас када су, постепено, отклоњене све препреке заиста нема разлога да такав аспект комуникације између држава и заиста буде другачији.

Дипломатски односи су резултат праксе деликатне природе. Државе су усмјерене једна на другу, поступци држава су условљени међусобно док међународне организације имају изузетан значај у међународној заједници. Модерни међународни дипломатски односи своде се на заступање националних инте-

реса према свима у међународној заједници. Народи држава обавезни су, како би обезбједили просперитет, учествовати у токовима међународних односа, без обзира на жртву и цијену, док оне заједнице које одбијају учешће, неријетко бивају остављене на маргини међународног поретка. На тај начин посматрано „свјетским очима“, сваки човјек, појединац у народима нпр. Сјеверне Кореје и доскора Кубе представља управо дио неукроћене звијери, која одбија да се припитоми и тако остаје примитивна. Државе које су ипак одређене за међународну интеграцију и које су окренуте ка позитивним токовима, преузимају обавезу законског усклађивања, хармонизације норми и националних правних прописа, при чему пријашњи систем вриједности бива у потпуности дерогирани. Према појединим свјетским критеријумима развијености правне државе и владавине права, државе се сврставају у неколико категорија, при чему се оним државама за које се сматра да посједују недовољно развијен правни систем намеће обавеза реформисања или, пак изградња новог правног поретка. У сваком случају, систематизована хармонизација правила је пожељна, али системско уништење одређених националних вриједности, које је већ узело маха, широм свијета, је недопустиво.

Држава се данас налази у односу комплексности између унутрашње и вањске политичке реалности, док нас еволуција државних правних система и њихових односа условљености води у правцу хармонизације норми и уједначења начина живљења у цивилизованом свијету. Такође, јачање међународног права у односу на национално право, кроз политичку глобализацију и технолошки напредак дјелује обавезујуће на државе, при чему се сусрећемо са парадоксом који је најбоље објаснио Х. Келзен. Према њему „теорија међународног права налази се у противречности између тежњи ка светском праву изнад држава и моћи суверености појединих држава.“⁴⁹ Међутим, данас међународно право, понајвише кроз универзалну Организацију Уједињених нација, која обједињује, готово све државе свијета почиње задобијати надмоћ над националним правима. Та надмоћ, је ипак, не толико у нормативном или уопште правном, колико у политичком смислу, јер Уједињене нације на институционалном крову свијета, тј. државе, сталне чланице Савјета безбједности, посједују монопол принуде над државама, као субјектима међународног права.

⁴⁹ Х. Келзен, *Проблем суверености и теорија међународног права*, Београд, 2000, стр. 268-269.

STATE AND DIPLOMACY

Summary

Diplomacy is now understood as a synonym for a variety of disciplines, which encompasses the activities of the state action in the field of foreign policy. Diplomacy (in the sense of this paper) is the conduct of international relations by negotiation with the exception of power, where one can notice the frequent use of propaganda, while the application of law in international relations is achieved through special mechanisms. The position of the state in the international community is very complex, in terms of the emergence of acquired rights and obligations assumed by international relations. The state as the originary subject of public international law pursues its foreign policy of maintaining international relations within the international community through its formal institutions and accredited representatives. International relations are a form of communication between the subjects of public international law, from which arise certain rules of conduct. Also, human history, in a series of turns, has been changed by all sorts of individual acts and actions and procedures, which are definitely known only to man. Furthermore, the modern practice of international relations, in terms of multilateral diplomacy, today is practiced in all the gains of technological development by consuming non-refundable pre-made achievements of inter-state relations. The state is now in relation to the complexity of the internal and external political realities, while the evolution of national legal systems and their relationship is leading us to the harmonization of norms and unification of ways of life in civilized world.

Keywords: *state, diplomacy, international public law, international relations, diplomatic relations, foreign policy, international and domestic law, technological development, conventions, conferences, globalization, the socialist revolution, capitalism, the League of Nations, the Council of Europe, the United Nations.*

РИМ I УРЕДБА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА УГОВОРНЕ ОДНОСЕ

Јелена Беловић*

***Апстракт:** Уредба Европског парламента и Савета Европске уније бр. 593/2008 од 17. јуна 2008. године (познатија као Рим I Уредба), примењује се од 17. децембра 2009. године на уговоре закључене након овог датума. Она је заједно са Уредбом Рим II, и Брисел I Уредбом, производ кодификације правила међународног приватног права за облигационе односе на нивоу ЕУ. Настала је ревизијом Римске Конвенције о меродавном праву за уговорне односе из 1980. године и њеним претакањем у инструмент заједнице. Поједина решења Римске Конвенције су задржана, нека су унапређена, а од појединих се одступило, све у циљу остварења предвидљивости и правне сигурности, као основних начела у регулисању меродавног права за уговорне односе. Овај чланак анализира одредбе Уредбе, уз паралелни приказ решења садржаних у Римској Конвенцији како би се сагледао обим и домаћај измена и указало на неке проблеме који могу настати у њеној примени.*

***Кључне речи:** Рим I Уредба, Римска конвенција о меродавном праву за уговорне односе, меродавно право, право Европске уније.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Међународно приватно право је, у својој суштини, посвећено одређивању територијалног домаћаја правних норми одређеног правног поретка у ситуацијама у којима се у чињеничном склопу правног односа појављује елемент иностраности. Поставити правило које ће указати на меродавно право је изузетно тежак задатак, јер претпоставља веома сложено вредновање могућих веза једног правног односа са разним суверенитетима и оцену различитих интереса за примену једног или другог права.¹

* Јелена Беловић, дипломирани правник-мастер, асистент Правног факултета Универзитета у Приштини - Кос. Митровица

¹ Т. Варади *et al.*, "Међународно приватно право", Службени гласник, Београд 2007, стр. 39.

Чини се ипак, да највише потешкоћа задаје питање одређивања меродавног права у материји уговорних односа, а разлози за то су вишеструки. Најпре, у вези уговора, спорна могу бити бројна питања: питање пуноважности уговора, тумачења, застарелости, итд. Да ли меродавно право треба да решава само одређено питање или рецимо круг одређених питања у вези са уговорима? Такође, постоје различите врсте уговора, па се оправдано пита: да ли меродавно право јесте једнако меродавно и за уговоре о купопродаји, о трансферу технологије, о превозу, или треба уважити разлике и за побројане категорије поставити посебне колизионе норме? Не треба заборавити и то да је уговор производ једне планиране акције и да странке често, служећи се аутономијом воље, споразумно одређују меродавно право, најчешће путем посебне уговорне клаузуле. Стога је, у овој сфери, веома битно поставити границе и домашњег аутономије воље. На крају, али не и мање битно, разлог тежине овог питања лежи у вишеструкости фактора који се везују за спорове у материји уговорних односа, што условљава тешкоће у детерминисању једног - опредељујућег фактора, који ће понети "титулу" тачке везивања, и који ће нам, у том смислу, указати на меродавно право. У области уговора то могу бити бројни фактори: место закључења, место извршења уговора, домицил, седиште, боравиште, националност уговорних страна. Ком фактору дати значај тачке везивања? У другим областима сукоба закона, ван сфере уговорних односа, јасно је који је фактор опредељујући, нпр. место закључења брака води нас до меродавног права за форму брака, *lex rei sitae* води нас до меродавног права за стварна права на непокретним, али и на покретним стварима, уз одређене изузетке. Код уговорних односа не постоји линеарно решење, већ се захтева сложени и аналитички приступ проблему који резултира у постављању сложених тачака везивања у многим националним правима.

У правцу давања одговора на постављена питања, као и у циљу унификације националних прописа, учињен је вишедеценијски напор у оквиру европске заједнице, који је резултирао доношењем Рим I Уредбе² којом је извршена унификација колизионих норми у области уговорних односа у оквиру Европске уније. Заједно са Уредбом Рим II о меродавном праву за вануговорне односе коју су Европски парламент и Савет усвојили 11. јула 2007. године³, овом Уредбом окончан је рад на унификацији колизионих норми у сфери облигационих односа у оквиру ЕУ.

2. ИСТОРИЈАТ

На предлог представника Белгије Заједници од 1967. године, да се размотри могућност унификације колизионог права у оквиру Заједнице, Комисија ЕЗ

² Уредба Европског парламента и Савета бр. 593/2008 од 17. јуна 2008, објављена у ОЈ 2008 L177/6, а која се примењује од 17. децембра 2009. године на уговоре закључене након овог датума.

³ Уредба бр. 864/2007 од 11. јула 2007, објављена у ОЈ 2007 L199/40.

је започела са радом 1969. године када су постављени циљеви и домен унификације. Унификација је по мишљењу чланова Комисије била потребна у четири области и то: у области стварног, облигационог (уговорног и деликтног) права, по питању форме правних послова и меродавног права за извођење доказног поступка. Године 1970. формиране су радне групе за сваку наведену област. Само група која је била предвођена проф. Giulianom Lagardeом успела је да 1980. године понуди Нацрт конвенције за сукоб закона у облигационим односима и то само у сфери уговорних односа. На темељу овог Нацрта, 19. јуна 1980. године у Риму је шест држава чланица потписало Римску Конвенцију о меродавном праву за уговорне обавезе (у даљем тексту: РК).⁴ Чланом 29. Конвенције прописано је да она ступа на снагу након седмог потписа, а тај моменат је уследио 1991. године када је Конвенцију потписала Ирска.

Конвенција је у државама чланицама заживела на два начина: инкорпорацијом путем опште норме⁵ или преузимањем садржаја конвенције у текст закона.⁶

Тако је развитак европског међународног приватног права у првих четрдесетак година ЕЗ⁷ био обележен доношењем и ступањем на снагу два међународна уговора као унификацијских инструмената, и то: Бриселска Конвенција о судској надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године, која је ступила на снагу 1. фебруара 1973. године и РК од 19. јуна 1980. године, која је ступила на снагу 1. априла 1991. године.

Савремено међународно приватно право на подручју ЕУ или европско МПП у ширем смислу⁸ смештено је у постамстердамску фазу развоја ЕУ. У овој фази довршено је садашње уређење европског колизионог права. Легислативна надлежност институција ЕУ темељи се на чл. 61, т. С) и чл. 65 измењеног Уговора о оснивању ЕЗ, у циљу стварања заједничког правног простора унутар ЕУ. Инструменти за остварење наведеног циља јесу уредбе - обавезујући општи правни акти са непосредним дејством на територији Заједнице. Европско колизионо право се по први пут на овај начин уређује 11. јула 2007. доношењем Уредбе Рим II. Инструменте унификације донете пре ступања на снагу Уговора из Амстердама требало је преточити у Уредбе, како би се ускладили са

⁴ OJ L 266 од 9. октобра 1980. године.

⁵ Чл. 57. италијанског ЗМПП-а из 1995. године.

⁶ Чл. 27-37 немачког ЗМПП-а из 1986. године.

⁷ То је период од 1. јануара 1958. године, када је на снагу ступио Уговор о оснивању ЕЕЗ (познат као Римски уговор) до 1. маја 1999. године, када на снагу ступа Уговор из Амстердама донесен 2. октобра 1997. године.

⁸ О појмовима "европско међународно приватно право" и "европско међународно приватно право у ширем смислу" види у: В. Боучек, "Извори европског међународног приватног права", *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3-4/2003, стр. 748.

савременим европским правом. Комисија је прво иницирала замену Бриселске конвенције уредбом, тзв. Брисел I Уредба.⁹

Основ за настанак Рим I Уредбе је *Зелена књига о претварању Римске Конвенције из 1980. године о меродавном праву за уговорне обавезе у инструмент Заједнице* коју је Савет Европске заједнице објавио 2003. године.¹⁰ То је први пут да стручна јавност преиспитује решења РК. Након спроведене јавне расправе после објављивања *Зелене књиге*, Комисија је децембра 2005. године доставила Предлог уредбе. О предлогу је своје мишљење дао и Европски економски и социјални савет¹¹. Европски парламент и Савет су усвојили одређени број амандмана на Предлог Уредбе, тако да је верзија од 3. децембра 2007. године остала без “револуционарних” одредби које су повучене.¹² Уредба Рим I (у даљем тексту: Уредба) усвојена је од стране Европског парламента и Савета 17. јуна 2008. године, на основу овог Предлога, а ступила је на снагу у децембру 2009. године, с тим да се примењује на уговорне односе закључене после овог датума. Наведеним изменама РК, као и претакањем текста Конвенције у секундарно право ЕУ, постигло се, пре свега, једнообразно тумачење Уредбе од стране Европског суда¹³, као и престанак важности два Протокола уз Конвенцију којима је на Европски суд пренета надлежност за тумачење РК.¹⁴

У овом раду биће изложена основна правила Уредбе, уз паралелни приказ решења РК, како би се сагледао обим и дубина промена у материји европског колизионог права у уговорној области, а са циљем да се одговори на питање да ли Уредба представља само “облачење РК у ново рухо” или је реч о метаморфози РК?

3. СТРУКТУРА И ПОЉЕ ПРИМЕНЕ

3.1. Руководна начела

У изради ове Уредбе, од централног значаја је поштовање начела правне сигурности, што је назначено у преамбули саме Уредбе.¹⁵ Ово начело потврђе-

⁹ Уредба Европског Савета бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, објављена у ОЈ L12 од 16. јануара 2001. године.

¹⁰ Текст Зелене књиге на енглеском језику доступан на: <http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/grp/2002/com2002/>

¹¹ ОЈ С 318, од 23.12.2006. год.

¹² Види: Council of the EU, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to Contractual Obligation (Rom I)*-Outcome of the European Parliament's First reading 1583/07, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07>

¹³ РК су судови држава уговорница тумачили на различите начине.

¹⁴ Оба Протокола су из 1988. године, а ступила су на снагу тек 2004. године.

¹⁵ Види тачку 6 Преамбуле.

но је и искључењем установе *ranvoi*¹⁶, као и аутономним тумачењем основних појмова садржаних у Уредби као што су: редовно боравиште¹⁷, пружање услуга, продаја робе, потрошача, итд., што наводи ширу стручну јавност на закључак да је Уредбом прихваћена Рабелова теорија квалификације.¹⁸ Ради постизања униформности, а у служби правне сигурности, одлучујућа је улога Европског суда правде, који је надлежан да пружи обавезујућа тумачења одредаба Уредбе, када му се за то обрате надлежни судови држава чланица. Уредба, поред униформне, претендује и на универзалну примену, што значи да се као меродавно примењује оно право на које укажу одредбе ове Уредбе без обзира да ли је у питању право државе чланице или не.¹⁹ Тумачењем текста Уредбе, може се закључити да је овом начелу дат већи значај и разрада у односу на РК. То је највидљивије у одредби којом се одређује меродавно право у одсуству страначког споразума.²⁰

Као други угаони камен Уредбе стоји начело правичности које је потврђено одступањем од општег колизионог правила и постављањем посебних колизионих норми за поједине уговоре. Уредба надограђује РК постављањем посебних колизионих норми осим за потрошачке уговоре и појединачне уговоре о раду и за уговоре о превозу²¹ и уговоре о осигурању²². Начелу правичности посебно служи и постављање опште избегавајуће клаузуле, која гласи: “када је из свих околности случаја јасно да је уговор *очигледно уже повезан* са државом различитом од оне из става 1 и 2 (чл. 4 Уредбе) примењује се право те друге државе”. Међутим, исправљање резултата упућивања дозвољено је само у посебним случајевима, када је уговор у *очито ужој вези* са другом државом, па ову одредбу треба уско тумачити. Суд ће морати, на темељу ове одредбе, да квантификује, али и квалификује везе једног уговора са различитим државама, а у обзир долазе географски елементи (место закључења, место извршења уговора, седишта уговарача) и друге околности (садржај уговора, природа и предмет уговора, као и природа самог спорног питања).

3.2. Структура Уредбе

Уредба је подељена у само четири поглавља којима претходи 46 рецитета. Рецитали су од веома велике важности, јер појашњавају циљеве и мотиве за усвајање појединих решења, и утрђују и дефинишу садржај основних појмова којима се Уредба служи.

¹⁶ Чл. 20 Уредбе.

¹⁷ Чл. 19 Уредбе.

¹⁸ E. Rabel: “Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ*, 1931, стр. 241.

¹⁹ Види чл. 2 Уредбе и у том смислу исти члан РК.

²⁰ Види под 4.2.

²¹ Упореди чл. 4, ст. 4 РК са чл. 5 Уредбе.

²² Чл. 8 Уредбе.

Прво поглавље носи наслов *Поље примене*.²³ Поглавље II носи наслов *Јединствена правила* и представља срж саме Уредбе. Оно садржи чланове којима је уређена аутономија воље као круцијална тачка везивања у сфери уговорних односа, опште колизионо правило у одсуству аутономије воље, и посебна колизиона правила за уговоре о превозу, потрошачке уговоре, уговоре о осигурању и појединачне уговоре о раду.

У овом поглављу налази се одредба о примени норми непосредне примене²⁴, која је за разлику од одредбе РК знатно унапређенија.²⁵ Наиме, најспорнији члан РК о меродавном праву за уговорне обавезе је управо била одредба о нормама непосредне примене, из тог разлога што је упутство судијама за употребу ових норми било исувише неодређено и остављало је доста простора арбитрарности.²⁶ У циљу отклањања наведених слабости Уредбом се дефинишу норме непосредне примене “као норме за које дотична држава сматра да су од круцијалне важности у циљу очувања јавног интереса, као што су политичко, социјално и економско устројство, до те мере да се оне имају применити у било којој ситуацији у којој се остварује њихов циљ, без обзира на меродавност права друге државе сходно другим одредбама ове Уредбе”. Дакле, брисана је спорна формулација да судија “може” дати учинак принудним прописима, као и упутство да “код одлучивања о томе да ли ће дати учинак таквим прописима, судија узима у обзир њихову природу као и циљ и последице њихове примене или непримене”. Даље, ово поглавље садржи одредбе о материјалној и формалној пуноважности уговора где се као тачке везивања наводе решења садржана и у РК: путативни *lex cause* и правило *in favorem contractus* у смислу формалне пуноважности, с тим што се Уредбом оно детаљније обрађује и нуди се једна опција више за опстанак уговора. Друго поглавље садржи и одредбе које уређују питања опсега примене меродавног права, неспособности, суб-организације, питање доказа и по први пут уређено је питање меродавног права за право на раскид.²⁷

Треће поглавље носи наслов *Остале одредбе* и оно садржи самосталне и неколизионе норме које су од значаја приликом одређивања меродавног права. У циљу предвидљивости и правне сигурности у овом поглављу аутономно је дефинисан појам редовног боравишта, са посебним освртом на правна лица.²⁸

²³ О њему ће бити речи у наставку.

²⁴ Чл. 9 Уредбе.

²⁵ Упореди чл. 9 Уредбе са чл. 7 РК.

²⁶ У прилог томе говори и чињеница да је 7 од укупно 25 држава које су ратификовале РК ставило резерву управо на овај члан.

²⁷ Чл. 17 Уредбе.

²⁸ Према чл. 19, ст.1, редовним боравиштем правних лица сматра се главно место пословања. Ако се као уговорна страна појављује представништво или филијала правног лица, или пословна јединица, онда се под редовним боравиштем подразумева место пословања те јединице. Према ст. 2, ако је уговор закључен од стране физичког лица, у оквиру његове пословне делатности, редовним боравиштем ће се сматрати његово место пословања.

У истом циљу стоји и одредба о искључењу *ranvoi*.²⁹ Одредбе о нејединственом правном поретку и јавном поретку су истоветне решењима РК. Значајне су и одредбе о односу Уредбе према дугим инструментима комунитарног права. Уредба не спречава примену, нити будуће усвајање аката Заједнице којима се установљавају колизионе норме у одређеним посебним областима, као и норми које Заједница доноси у циљу бољег функционисања заједничког тржишта, а које се не могу применити у конијунцији са правилима Уредбе. Такође, меродавно право, на основу одредаба Уредбе, не може искључити примену комунитарних инструмената којима је гарантован слободан проток робе и услуга (мисли се на Директиву Европског Савета и Парламента 2000/31/ЕС од 8. јуна, 2000. године). Нажалост, због превелике амбициозности ове Директиве, она је најчешће критикован инструмент комунитарног права, и истовремено важење ове Директиве и Уредбе ће за последицу имати велике компликације.³⁰ У односу на билатералне уговоре, које су закључиле државе чланице у овој области, Уредба има предност. Али, нема предност у односу на мултилатералне уговоре чији су потписници државе чланице Заједнице. У том смислу, државе чланице треба да, у року од 12 месеци од усвајања Уредбе, обавесте Комисију о томе да ли остају везане овим мултилатералним инструментима или не. Међутим, ако су, у време закључења уговора, сви материјални елементи случаја концентрисани на територији једне или више држава чланица, Уредба ће имати предност у примени у односу на:

1. Хашку конвенцију о праву које се примењује на међународну купопродају телесних покретних ствари (1955), и

2. Хашку конвенцију о меродавном праву за уговоре о заступању (1978).³¹

Уредбом је дефинисан и њен однос према РК, уз нагласак да Уредба замењује РК која је важила међу државама чланицама у овој материји, са изузетком у односу на оне државе чланице на које се Уредба не примењује на основу члана 299 Уговора о ЕЗ.

Четврто поглавље носи наслов *Завршне одредбе* и њиме је регулисано ступање Уредбе на снагу.

3.3. Поље примене

У првом поглављу одређено је поље примене Уредбе у погледу врсте правних односа (*ratione materiae*). Позитивном формулацијом, прописано је да се Уредба примењује на уговорне облигације које рађају сукоб закона (тј. избор једног од права више држава) у грађанским и трговачким стварима. У правцу

²⁹ Чл.21 Уредбе.

³⁰ М. Bogdan: "Contract in cyberspace and the new Regulation Rome I", *Masaryk University Journal of Law and Tehnology*, Vol. 3, Issue 2 (2009), pp. 225.

³¹ М.Станивуковић, П.Ћундић: "Предлог Уредбе Европског Парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)", *Ревија за европско право*: VI (2004) 2-3, str. 52.

одређивања поља примене, од веома велике важности јесу одлуке Европског суда правде о разликовању *obligationes quae ex contractu nascitur* и *obligationes quae ex delicto nascitur* донесених у односу на примену чл. 5 Бриселске Конвенције, односно истог члана Брисел I Уредбе.³² Негативном формулацијом одређена питања искључена су из поља примене Уредбе, и у том смислу, готово да постоји паралела са РК. Новина је та, да је из поља примене експлицитно искључено питање предуговорне одговорности, тј. обавеза проишашлих из преговора, које по мишљењу већине стручњака спада у сферу вануговорне одговорности.³³

Ratione temporis, Уредба Рим I од 17. јуна 2008. године примењује се на уговоре закључене после ступања Уредбе на снагу, дакле, после 17. децембра 2009. године, што значи да је РК остала релевантна у прелазном периоду од усвајања до ступања Уредбе на снагу, као и да ће остати релевантна у извесном периоду од ступања Уредбе на снагу.

Ratione territorii Уредба се примењује на све државе чланице, изузев оних које су из њеног домаћаја искључене по основу чл. 299 Уговора о ЕЗ. У складу са чланом 3 Протокола о позицији Уједињеног Краљевства и Ирске, који је анексиран Уговору о ЕУ и Уговору о оснивању ЕЗ, Ирска је дала изјаву да жели да учествује у усвајању и примени Уредбе. На основу члана 1 и 2 истог Протокола Уједињено Краљевство и Данска су дали негативну изјаву, тј. изјавиле да неће учествовати у усвајању и примени Уредбе. Међутим, Влада Уједињеног Краљевства је 23. јула 2008. године одлучила да жели да приступи Уредби. Комисија је усвојила ову одлуку и проширила поље дејства Уредбе и на територију УК 22. децембра 2008, а ова одлука је ступила на снагу 16. јануара 2009. године.

Тако се сада Уредба не примењује само у односу на Данску.

4. МЕРОДАВНО ПРАВО

4.1. Аутономија воље

У области уговорних односа, једнако као и у националним правима држава чланица, и РК, као централна тачка везивања, и Уредбом је постављена *lex aoutonomie*. Домаћај и границе страначке аутономије воље постављене су широко, као и у РК.³⁴ Новина је та, што у циљу остваривања правне сигурно-

³² И. Кунда: "Уредба Рим II: Уједначена правила о меродавном праву за извануговорне обавезе у Европској унији", *Зборник Правног факултета свеучилишта у Ријеци* (1991) в. 28, бр. 2, стр. 1275.

³³ Види чл. 12. Уредбе Рим II.

³⁴ Избор права може бити учињен *expressis verbis* или *tacito consensu*, могућност вољне мултипликације статута и могућност промене споразума о избору меродавног права без утицаја на формалну пуноважност уговора и права трећих лица.

сти, јесте ближе одређен појам прећутног избора меродавног права. Наиме, сматраће се да су странке пророгацијом суда или трибунала, прећутно извршиле и избор меродавног права, али под условом да је у питању суд или трибунал државе чланице. Ова претпоставка је оборива, и суд може, у одређеним случајевима, закључити и другачије. Комисија је, нешто раније, у Зеленој књизи изразила забринутост због чињенице да се схватања о појму прећутне аутономије разликују у судској пракси држава чланица. Конкретније, немачки и енглески судови су спремнији да констатују да овакав споразум постоји, за разлику од судова других земаља чланица.³⁵ Оно што такође представља значајну новину је то што Уредба допушта, са ослонцем на аутономију воље, могућност примене *lex mercatoria*, као и инструмената које ће Заједница у будућности доносити, а која се односе на уговорне односе.³⁶

Доследност европског колизионог права видљива је у томе, што и Рим I (члан 3, ст. 3), и Рим II Уредба (члан 14, ст. 2), на једнак начин постављају границе аутономији воље, у том смислу, што странке својим избором не могу дерогирати императивне норме оног права које је са чињеничним односом најтешње повезано. Члан 3, ст. 4 Уредбе, посебно истиче да споразум о избору меродавног права не утиче на примену императивних норми комунитарног права, довољно је да таква норма постоји и она се у конкретном случају има применити, без обзира на страначки избор. Тако, иако Уредба садржи правило о одређивању меродавног права за потрошачке уговоре, ово право се неће применити уколико Директива Заједнице у овој области налаже државама чланицама да примене једностране колизионе норме садржане у Директиви, и у ситуацијама када би по одредбама Уредбе било меродавно неко друго право. ЕУ је донела бројне директиве које садрже једностране колизионе норме: Директива о пакет аранжманима, о непоштеним уговорним клаузулама. Директиве о дистанционим уговорима, Директиве о продаји потрошачке робе итд.

4.2. Меродавно право у одсуству страначког избора

Уредба одступа од базичног принципа најтешње повезаности у потрази за меродавним правом, онда када страначког избора нема.³⁷ Да ли је разлог томе то што је судска пракса у периоду од двадесетак година искристалисала шта ће се сматрати најближом везом за поједине типове уговора, или је разлог томе то што је овај принцип отварао простор арбитражности, дискутабилно је! У сваком случају, овај принцип задржан је и у Уредби, али само као допуна. Чланом 4, ст. 3 предвиђен је као клаузула изузетка, уз услов “да је из околности

³⁵ М. Станивуковић, П. Ђундић: “Предлог Уредбе Европског Парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)”, Ревиија за европско право: VI (2004) 2-3, str. 41.

³⁶ Рецитал 13 Уредбе.

³⁷ Што је био случај са чл. 4 РК, који у ставу 2 садржи претпоставку да је уговор у најближој вези са државом у којој се, у време закључења уговора, налази редовно боравиште или седиште главне управе носиоца карактеристичне престације из уговора.

случаја *јасно*, да је уговор у *очито ближој вези* са правом различитим од онога на које указују ставови 1 и 2 овог члана”.³⁸ Принцип најтешње повезаности чланом 4, став 4, предвиђен је и као решење када се меродавно право не може одредити са ослоном на ставове 1 и 2 овог члана.

Уместо принципа најтешње повезаности, Уредба се одређује за *hard-and-fast rules* за осам врста уговора које наводи у ставу 1. Неке од ових тачака везивања јесу конкретизација правила карактеристичне престације, нпр. код уговора о продаји, пружању услуга, уговора који за предмет имају стварна права на непокретностима.³⁹ Заокрет је начињен у погледу следећих пет категорија уговора за које је предвиђено одступање од правила карактеристичне престације: уговор о дистрибуцији, о франшизингу⁴⁰, привремени закуп непокретности, код аукцијске продаје, уговоре на које се примењује специфичан-посебан правни режим.

У случају да се спорно питање не може подвести у неко од осам предвиђених категорија, меродавно право се одређује уз помоћ теорије карактеристичне престације, с тим што је Уредбом дефинисано да је карактеристична она престација у којој се налази тежиште, одн. седиште правног односа.⁴¹ Дакле, може се закључити да је значај теорије карактеристичне престације редуциран у односу на РК, али да ипак служи као допунско решење за веома велики број неименованих уговора које партнери у пракси закључују, а са ослоном на аутономију воље.

4.3. Посебне колизионе норме

За разлику од РК која је предвиђала посебне колизионе норме за потрошачке уговоре и индивидуалне уговоре о раду, Уредба проширује круг посебних колизионих норми и за уговоре о превозу и уговоре о осигурању.⁴²

4.3.1. Уговори о превозу

Уредба уговоре о превозу сврстава у две категорије: уговори о превозу робе и уговори о превозу путника. Странке могу споразумно одредити меродавно право, али не ван листе опција понуђених Уредбом, у погледу уговора о превозу путника.⁴³ Код уговора о превозу робе, у одсуству избора меродавно је право државе у којој се налази редовно боравиште превозника, под условом да

³⁸ Истоветну формулацију садржи и чл. 4, ст. 5 РК.

³⁹ Чл. 4, ст. 1, (а), (б) и (ц) Уредбе.

⁴⁰ Што је у складу са начелом заштите слабије стране у уговору, па се код ових уговора примењује право редовног боравишта дистрибутера односно примаоца франшизинга, види чл. 4, ст. 1 (е) и (ф) Уредбе.

⁴¹ Чл. 4, ст. 2 Уредбе.

⁴² Упореди чл. 5 и 6 РК, са чл. 5, 6, 7 и 8 Уредбе.

⁴³ Чл. 5, ст. 2 Уредбе.

је се у тој држави налази место где је роба преузета или испоручена, или се у тој држави налази седиште консигнатора.⁴⁴

За уговоре о превозу путника, у недостатку избора предвиђене су две опције: а) редовно боравиште путника, под условом да се у тој држави налази место поласка или дестинације, и б) уколико ови услови нису испуњени, редовно боравиште превозника.

И у овом члану је постављено допунско правило о примени принципа најтешње повезаности, уколико су испуњени услови из чл. 5, ст. 3 Уредбе.

4.3.2. Потрошачки уговори

Европско уговорно право дуги низ година усавршава заштиту потрошача, који се перципирају као слабија уговорна страна. Предлог Уредбе из 2005. године је чак искључивао сваку могућност страначког избора меродавног права, одређујући као меродавно право, право редовног боравишта потрошача. Коначни текст Уредбе је редигован, на захтев Економског и социјалног савета 2006. године, у том смислу што је остављена одредба РК којом се дозвољава могућност да странке саме одреде меродавно право. Међутим, аутономија воље је знатно сужена, јер не може имати за резултат лишавање заштите потрошача које му пружају норме државе његовог редовног боравишта.⁴⁵ Потрошачи уживају заштиту, коју им пружа Уредба, под условом да се као друга уговорна страна јавља *професионалац* и то под условима дефинисаним чл. 6, ст. 1 Уредбе⁴⁶. Негативно, Уредбом су из поља примене овог члана искључене категорије набројане од тачке (а) до тачке (е).⁴⁷

4.3.3. Уговори о осигурању

Уговори о осигурању, дефинисани првом Директивом Савета бр.72/239/ЕС⁴⁸ јесу предмет члана 7 Уредбе, изузев уговора о животном осигурању, и без обзира да ли покривају ризике на територији или ван територије земље чланице. За ове уговоре најпре је меродавно право које уговорне стране споразумно одреде. У недостатку споразумног избора, меродавно је право редовног боравишта осигуравача. И у овом члану је предвиђена клаузула изузетка.⁴⁹

⁴⁴ Чл. 5, ст. 1 Уредбе.

⁴⁵ Чл. 6, ст. 2 Уредбе.

⁴⁶ Први је услов да је једна од уговорних страна лице које обавља професионалну делатност у држави чланице у којој потрошач има редовно боравиште, или ако, на било који начин, усмерава такву делатност према једној или више држава чланица, укључујући и ону у којој потрошач има своје редовно боравиште, а закључени уговор улази у поље такве делатности, осим ако професионалац није знао где се налази редовно боравиште потрошача.

⁴⁷ Чл. 6, ст. 4 Уредбе.

⁴⁸ Чл. 5, тач (д) Директиве.

⁴⁹ Чл. 7, ст. 2 Уредбе.

За уговоре о осигурању који покривају не тако велике ризике на територији држава чланица страначки избор је сужен на опције одређене чл. 7, ст. 3 Уредбе.

Важно је и то да се члан 7 не односи на уговоре о реосигурању, меродавно право за ове уговоре одређује се у складу са чл. 3 и чл. 4 Уредбе. Финални текст овог члана, у ствари је производ усклађивања Уредбе са директивама ЕУ у овој области.

1.1.4. Појединачни уговори о раду

Чланом 8 Уредбе регулисано је меродавно право за појединачне уговоре о раду. Уговорним странама дозвољено је да саме учине избор меродавног права, с тим што такав избор не може лишити запосленог заштите коју му пружају императивне норме државе у којој или из које запослени обавља рад и које ће сходно Уредби и бити меродавно у недостатку избора.⁵⁰ У том смислу, постоји другачија формулација од оне коришћене у РК која пледира за право државе у којој запослени *уобичајено* обавља рад.

Уколико постоје тешкоће у одређивању меродавног права, сходно ставу 3 овог члана меродавним се сматра право оне државе у којој се налази пословна јединица која га је запослила.

Предвиђена је клаузула изузетка, за случај да је, на основу свих околности случаја, јасно да је уговор у ближој вези са неком другом државом.⁵¹

5. ЗАКЉУЧАК

Уредба Рим I не садржи револуционарна решења. Она садржи модернија решења у односу на Римску конвенцију, инспирисана у циљу остварења начела правне сигурности, а везано за оне одредбе РК које су водиле арбитражности на које је указивала двадесетогодишња судска пракса националних судова држава потписница. Отуда, она представља више једну филигранску обраду своје базе, пре него њену метаморфозу.

Везано за примену Уредбе стоји бојазан о могућности њене конијункције са директивама ЕУ, које садрже једностране колизионе норме, и које налажу државама чланицама да обезбеде њихову примену и онда када би било меродавно неко друго право.

За Републику Србију, која се налази у процесу реформисања колизионих норми у овој области, решења Уредбе треба да послуже као инспирација и узор. Као аргументација у прилог њиховог усвајања стоји дугогодишње иску-

⁵⁰ Чл. 8, ст.1 и 2 Уредбе.

⁵¹ Чл. 8, ст.4 Уредбе и чл.6, ст.2 РК

ство и тежња да се постигне права мера између предвидивости и флексибилности резултата у одређивању меродавног права.

ROME I REGULATION OF THE EUROPIAN UNION: APPLICABLE LAW FOR CONRACTUAL OBLIGATIONS

Summary

Regulation (EC) No 539/2008 (Rome I Regulation) of the European Parliament and of the Council adopted on 17 Jun, 2008 are required to apply as of 17 December 2009 on contracts concluded after this date. Together with Rom II Regulation and Brussels I Regulation it codifies conflict of law rules for obligations in European Union. It presents revised version of the Rome Convention on law applicable to the contractual obligations from 1980 transformed into European legal frame. Some provision prescribed by Rome Convention remains, some are improved and some are abandoned, in aim to achieve predictability and the certainty, as the fundamental Regulation's rules. This article examines the provisions of the Regulation, comparing them with the provisions of th Rome Convention, in order to presume the value and the scope of revisions, and in order to indicate some issue that may prove to be problematic in its application.

Key words: *Rome I Regulation, Rome Convention on the law applicable to the contractual obligations, applicable law, european law.*

ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ ПРИДРУЖИВАЊА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ ЗАКЉУЧЕНОГ СА БОСНОМ И ХЕРЦЕГОВИНОМ

Душко Глодић*

Апстракт: Овај рад разматра институционални аспект придруживања у оквиру Споразума о стабилизацији и придруживању закљученог са БиХ. Сагледана је правна природа придруживања (асоцијације) у међународном праву и у пракси Европске уније, као и правна природа и циљеви Споразума о стабилизацији и придруживању. Представљени су структура и овлашћења асоцијацијских органа, као и правна природа и дејство одлука које они усвајају. Споразум о стабилизацији и придруживању предвиђа формирање сљедећих асоцијацијских органа: Савјета за стабилизацију и придруживање, Одбора за стабилизацију и придруживање, уз могућност формирање пододбора за поједине секторе, и Парламентарног одбора за стабилизацију и придруживање. Закључено је да је потребно одлуке асоцијацијских органа у правном систему БиХ тумачити у свјетлу права Европске уније.

Кључне ријечи: споразум о стабилизацији и придруживање, право Европске уније, право међународних организација, међународно јавно право, *acquis* Уније.

1. Увод

Међународноправни оквир за односе Босне и Херцеговине, с једне стране, и Европске уније и њених држава чланица, с друге стране, тренутно је уређен Привременим споразумом о трговини и трговинским мјерама¹, који је

* Душко Глодић, Дирекција за европске интеграције Савјета министара БиХ.

¹ Привремени споразум о трговини и трговинским мјерама између Европске заједнице, с једне стране, и Босна и Херцеговине, с друге стране, *Службени гласник БиХ – Међународни уговори, број 5/08*. Политичку одређеност Босне и Херцеговине за приступање Европској унији као стратешки циљ државе изразиле се њене институције у више наврата усвајањем резолуција и других аката: Одлука Савјета министара БиХ о иницијативи за приступање Европској унији,

ступио на снагу 1. јула 2008. године и који представља дио Споразума о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: „ССП“).² Да би ССП ступио на снагу, потребно је да Савјет Европске уније донесе одлуку о прихватању споразума будући да је Босна и Херцеговина, као и све државе чланице Европске уније, већ депоновала инструмент о ратификацији.³ Иако је ступање на снагу ССП-а повезано са испуњавањем одређених услова, а будући да је његово ступање на снагу први наредни корак у односима БиХ и ЕУ, значајно питање је институционални оквир за провођење придруживања на основу овог споразума.

Да бисмо размотрили ово питање, у овом раду ћемо се користити општим теоретским спознајама о имплементацији споразума о придруживању које је закључивала Европска унија, као и конкретним сазнањима из искуства држава које имплементирају ССП. Осврнућемо се на општи појам придруживања у међународном праву да бисмо анализирали придруживање у контексту европских интеграција. Обрадићемо састав и овлашћења органа за придруживање који ће се основати на основу ССП-а који је закључила БиХ и изнијећемо одређене процјене о правној природи и дејству аката које буду доносили ови органи.

2. Појам придруженог чланства у међународним организацијама

Пракса међународног организовања показује да се односи између међународне организације и треће државе остварују кроз статус придруженог члана и статус посматрача. Конкретни облик придруживања (асоцијације) државе међународној организацији, у суштини, зависи од самих одредаба оснивачког уговора међународне организације у питању, као и од одредаба инструмента, најчешће међународног уговора, којим се успоставља придруживање. Без обзира на различите праксе, најопштије одређење придруживања се огледа у томе да придружени чланови имају права која се мање или више разликују од права пуноправних чланова, али су, у правилу, лишени права гласа у оквиру институција међународне организације.⁴

Политички и правни *raison d'être* успостављања придруживања је израз тенденције међународних организација да створе модалитете учешћа у њихо-

Службеник гласник Босне и Херцеговине, број 3/99, Резолуција Парламентарне скупштине о европским интеграцијама и Пакту стабилности, Службеник гласник Босне и Херцеговине, број 12/99, Резолуција Парламентарне скупштине о убрзавању процеса приступања Босне и Херцеговине у чланство Европске уније, Службеник гласник Босне и Херцеговине, број 27/2008.

² Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, *Службени гласник БиХ – Међународни уговори, број 5/08.*

³ Детаље види на страници Савјета ЕУ: <http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database.aspx?command=details&id=&lang=en&aid=2008023&doclang=EN>, 1.7.2011.

⁴ Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international publique*, 8^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2009, p. 651.

вим активностима и оних држава које нису у могућности да постану пуноправни чланови или које то не желе, а различити интереси их упућују на ближе односе и сарадњу. У међународноправном смислу, придруживање значи протежање одређених права и обавеза пуноправних чланова на оне државе које нису стекле статус пуноправног члана организације. Придруживањем се проширује дјеловање одређених правила које усваја међународна организација у питању на већи број субјеката у односу на број држава чланица. Осим тога, није искључено да институт придруживања у случају појединих међународних организација служи као претходна фаза у процесу приступања организацији.

У већини случајева, односи проистекли из придруживања се уређују међународним уговором закљученим између међународне организације и државе. Једно од питања које се уређује уговором о придруживању јесте начин и обим учешћа придружене државе у раду институција међународне организације или успостављање заједничких институција и поступака.⁵

3. Правна природа придруживања на основу споразума о стабилизацији и придруживању

ССП спада у споразуме о придруживању или асоцијацијске споразуме које Европска унија (ранија Европска заједница) заједно са својим државама чланицама закључује са трећим државама, у циљу унапређивања цјелокупне сарадње, а на првом мјесту економских односа. Споразуми о придруживању су мјешовити уговори, јер обухватају питања која нису у искључиваој надлежности Европске уније, већ улазе и у надлежност држава чланица. Правни основ за закључивање споразума о придруживању налази се у члану 217. Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: „УФЕУ“)⁶ који предвиђа да „Унија може закључити са једном или више држава или међународних организација споразуме о придруживању који подразумевају реципрочна права и обавезе, заједничко дјеловање и посебне процедуре.“

Споразуми о придруживању су у члану 217. УФЕУ дефинисани на екстензиван начин. Из ове одредбе се може закључити да се предмет споразума о придруживању може односити не само на економска питања, већ на сва питања која су обухваћена оснивачким уговорима. Наглашавање процедуралног аспекта придруживања наводи на закључак да је могуће успостављање одређене асоцијацијске институционалне структуре, што се у пракси редовно дешава.

Досадашња пракса ранијих Европских заједница свједочи о постојању трију група асоцијацијских споразума. У прву групу спадају они споразуми који се закључују са европским државама и чији је циљ припремање тих држа-

⁵ Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Economica, Paris, 2002, pp. 69-70.

⁶ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Version consolidée, *Journal Officiel de l'Union européenne*, C 115/1, 9.5.2008. Некадашњи члан 310. Уговора о оснивању Европске заједнице

ва за приступање Европској унији. У ову групу су улазили слични споразуми закључени са државама источне и средње Европе, тзв. европски споразуми⁷, а тренутно ова група обухвата споразуме о стабилизацији и придруживању. Поједини аутори сматрају да они представљају европске споразуме којима је придодат један нови елемент - потреба за стабилизацијом, с обзиром на дешавања из деведесетих година прошлог вијека на подручју западног Балкана.⁸ Наиме, овај споразум као први корак на путу припрема за пуноправно чланство у Европској унији успоставља читав низ обавеза које су намијењене усклађивању правног, економског и политичког система придружене државе са одговарајућим захтјевима *acquis*-а Уније. Другу групу ове врсте споразума чине споразуми који се закључују са неевропским земљама које саме по себи због географског положаја не могу приступити Унији, као што су споразуми са Мароком и Тунисом закључени давне 1969. године. И коначно, у трећу групу улазе споразуми закључени са оним европским државама које не желе да постану чланице Уније.⁹

Придруживање у смислу члана 217. УФЕУ је у досадашњој пракси веома широко тумачено од стране европских институција и остваривано у различитом обиму и на различите начине, те је тешко дати његово прецизно одређење. Стога нам се као најприкладнија дескрипција дијапазона различитих модалитета придруживања, које се овим механизмом успостављају, чини став који је изнио Валтер Халштајн (њем: Walter Hallstein), некадашњи предсједник Европске комисије, према коме се „*придруживање креће од приступања – 1 до трговинског споразума + 1.*“¹⁰

Без обзира на права и обавезе које могу бити обухваћене споразумом о придруживању, придруживање са Европском унијом је редуковано у једном значајном сегменту у односу на уобичајено придруживање. Наиме, теорија разликује интерно придруживање које укључује право придружене државе, која се може назвати придруженим чланом, да учествује у раду органа међународне организације. У случају ЕУ не постоји модалитет придруженог чланства, односно интерног придруживања. Једино је могуће екстерно придруживање у склопу којег се не дозвољава придруженим државама да учествују у раду ин-

⁷ Европски споразуми, као облик споразума о придруживању са циљем припремања придружених земаља за пуноправно чланство у Европској унији, закључени су били са следећим земљама средње и источне Европе: Мађарска (ОЈ ЕС, L 347/1, 1993), Пољска (ОЈ ЕС, L 348/1, 1993), Румунија (ОЈ ЕС, L 357/1, 1993), Бугарска (ОЈ ЕС, L 358/1, 1994), Словачка (ОЈ ЕС, L 359/1, 1994), Чешка (ОЈ ЕС, L 360/1, 1994), Летонија (ОЈ ЕС, L 26, 1998), Литванија (ОЈ ЕС, L 51, 1998), Естонија (ОЈ ЕС, L 68, 1998) и Словенија (ОЈ ЕС, L 51, 1999).

⁸ David Phinnemore, 'Stabilisation and Association Agreements: Europe Agreements for the Western Balkans,' *European Foreign Affairs Review*, No. 8/2003, p. 80.

⁹ Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 9ème édition, Sirey, Paris, 2006, pp. 167-168.

¹⁰ Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Economoca, Paris, 2002, p. 647.

ституција ЕУ.¹¹ Ово екстерно придруживање се остварује путем посебно формираног органа на основу споразума о придруживању. И ССП садржи такво рјешење.

3.1. Циљеви придруживања на основу Споразума о стабилизацији и придруживању

Главни циљ споразума о придруживању, па тако и ССП-а, огледа се у промовисању унапређења привредних односа Европске уније са придруженом државом да би се поспјиешо економски развој придружене државе. Њихов циљ је успостављање слободне трговине између Европске уније и придружене земље и интегрисање у јединствено тржиште Европске уније које обухвата четири слободе: кретање роба, лица, капитала и услуга.¹² Поред економске сарадње, придруживање подразумијева и правно и политичко приближавање Европској унији. Придруживање се остварује у оквиру споразумом предвиђеног транзиционог периода који је у случају БиХ одређен у члану 8, став 1. ССП-а и износи шест година.

Члан 1, став 2. ССП-а дефинише циљеве придруживања између Уније и њених држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране. Вриједности чије остварење треба да резултира постизањем постављених циљева су политичке, економске и правне природе.¹³

4. Асоцијацијски органи према Споразуму о стабилизацији и придруживању

ССП у дијелу одредаба институционалног карактера предвиђа оснивање одређених органа који треба да прате његово провођење, као и да обезбиједи конкретне механизме за остваривање придруживања. Асоцијацијски институционални оквир, као и одговарајуће процедуре, успостављен је члановима 115 – 126. ССП-а закљученог са Босном и Херцеговином и чине га Савјет за

¹¹ Dominique Hanf, Pablo Dengler, *Accords d'associations*, Research Papers in Law, College of Europe/Collège d'Europe, 1/2004, pp. 4-5.

¹² Heather Grabbe, 'European Union Conditionality and the *acquis communautaire*,' *International Political Science Review* (2002), Vol 23, No. 3, p. 258.

¹³ Члан 1, став 2, Споразума о стабилизацији и придруживању предвиђа следеће циљеве асоцијације: (а) подржавање напора Босне и Херцеговине у јачању демократије и владавине права; (б) допринос политичкој, економској и институционалној стабилности у Босни и Херцеговини те стабилизацији у региону; (с) пружање прикладног оквира за политички дијалог који омогућава развој блиских политичких односа између страна; (д) подржавање напора Босне и Херцеговине у развијању економске и међународне сарадње, између осталог, и усклађивањем њеног законодавства са законодавством Заједнице; (е) подржавање настојања Босне и Херцеговине да доврши прелаз у функционалну тржишну привреду; (ф) промовисање складних економских односа, те постепено развијање области слободне трговине између Заједнице и Босне и Херцеговине; (г) јачање регионалне сарадње у свим областима обухваћеним овим споразумом.

стабилизацију и придруживање, Одбор за стабилизацију и придруживање, уз могућност формирања пододбора, као и Парламентарни одбор за стабилизацију и придруживање.

4.1. Савјет за стабилизацију и придруживање

Према члану 115. ССП-а, Савјет за стабилизацију и придруживање је надлежан да надзире примјену и провођење споразума. У том смислу, Савјет је овлашћен да рјешава сва важна питања која се појаве у оквиру овог споразума и сва друга билатерална и међународна питања од обостраног интереса. Његово дјеловање ће се одвијати на одговарајућем нивоу у редовним размацима и када то околности захтијевају. Овај орган чине чланови Савјета Европске уније и чланови Европске комисије са једне, и чланови Савјета министара Босне и Херцеговине, са друге стране (члан 116, став 1. ССП-а). Дакле, његови чланови су највише позиционирани носиоци извршне власти у државама чланицама Европске уније (чланови Савјета Европске уније), чланови Европске комисије који представљају Европску унију и чланови Савјета министара БиХ у име Босне и Херцеговине. С обзиром на његов састав, лако је закључити да су стране уговорнице у Савјету за стабилизацију и придруживање представљене на политичком нивоу. Овако успостављеном структуром Савјета за стабилизацију и придруживање адекватно је одражена природа ССП-а као мјешовитог споразума у правном систему Европске уније, јер су у њему заступљени како представници Уније, тако и представници њених држава чланица. Досадашња међународна пракса је показала да закључивању оваквих уговора прибјегава једино Европска унија и њене државе чланице, што је последица, како се то у литератури оцјењује, судске праксе Суда правде Европске уније, посебно Мишљења 1/78¹⁴ у коме је констатовано да у домену подијељених надлежности, државе чланице и Европска унија могу заједнички да закључују међународне уговоре.¹⁵

Рад Савјета се одвија у складу са пословником који исти усваја на основу члана 216, став 2. ССП-а. Да би се постигла ефикасност у раду Савјета, Споразум је предвидио могућност да пословник дозволи заступање чланова Савјета њиховим замјеницима. Надаље, Савјетом за стабилизацију и придруживање наизмјенично предсједавају представник Европске уније и представник Босне и Херцеговине, у складу са одредбама које ће бити утврђене у пословнику Савјета. Поред чланова, у раду Савјета може учествовати у својству посматрача Европска инвестициона банка уколико се као предмет разматрања појави неко питање из њене надлежности.

Ради постизања циљева придруживања, на основу члана 217. ССП-а, Савјет за стабилизацију и придруживање је овлашћен да доноси одлуке у окви-

¹⁴ Opinion 1/78, *Natural Rubber* [1979] ECR 2871.

¹⁵ Delano R. Verwey, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004, p. 156.

ру овог споразума, у случајевима који су у њему утврђени. Донесене одлуке су обавезујуће за стране, које морају предузети мјере неопходне за њихово провођење. Савјет за стабилизацију и придруживање такође може давати одговарајуће препоруке. Одлуке и препоруке Савјета су консензуалне природе јер је за њихово усвајање потребно постизање договора између страна. На тај начин је успостављена формална равноправност страна које учествују у придруживању. Одлуке су акти међународноправног карактера.

У смислу члана 8. ССП-а Савјет за стабилизацију и придруживање провјерава начин на који БиХ проводи обавезе проистекле из ССП-а. Придруживање се остварује постепено у оквиру општег транзиционог рока од шест година (члан 8, став 1. ССП-а). Поред редовних засједања која могу резултовати усвајањем одлука или препорука, најкасније треће године од ступања на снагу ССП-а, Савјет ће на основу провјере процијенити напредак који је постигла БиХ и у смислу истих обавезно донијети одговарајуће одлуке и препоруке.

Сљедећа битна функција Савјета за стабилизацију и придруживање је предвиђена у одредбама ССП-а о политичком дијалогу између уговорних страна. Чланови 10. до 13. успостављају начине и модалитете вођења политичког дијалога, а у циљу успостављања ближих политичких односа између ЕУ и БиХ. У том процесу Савјет за стабилизацију и придруживање има кључну позицију, јер служи као основно и редовно тијело за одвијање политичког дијалога и рјешавање свих отворених питања.

Он је овлашћен да разрјешава најважнија питања од обостраног интереса, да тумачи споразум, да рјешава евентуалне спорове (смислу члана 126. ССП-а и посебног Протокола 6. о рјешавању спорова) и да оснива помоћна тијела или одборе за поједина питања која оцијени битним за имплементацију споразума.¹⁶ Према члану 120. ССП-а, Савјет за стабилизацију и придруживање може одлучити да оснује било какав други посебан одбор или тијело које ће му помагати у обављању дужности. Савјет за стабилизацију и придруживање у свом пословнику одредиће састав и дужности таквих одбора односно тијела и начин њиховог рада. На овај начин је дата могућност Савјету да прошири мрежу помоћних органа, и то по принципу специјализације за поједине области. Тако се они послови који захтијевају експертска знања могу повјерити једном од ових органа на разматрање и предлагање одређеног рјешења Савјету о коме овај треба да одлучи.

С обзиром да Савјет за стабилизацију и придруживање има овлашћење да доноси правнообавезујуће одлуке, поставља се питање њиховог правног дејства. Због крајње оскудне дефиниције споразума о придруживању у оснивачком уговору, о њиховом правном карактеру и дејству у праву Европске уније,

¹⁶ Evgeni Tanchev, Jenia Peteva, 'Bulgaria', in: Alfred E. Kellermann et al., *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of New Member States ad (Pre-) Candidate Countries*, T.C.M. Asser Press, The Hague, 2006, p. 54.

могуће је говорити једино на основу праксе Суда правде ЕУ који је овлашћен да међународне уговоре које закључи Унија тумачи *ex ante* у поступку њиховог закључивања, као и *ex post* након ступања на снагу и то у прелиминарном поступку из члана 267. УФЕУ.¹⁷ У случају *Haegemann v. Belgian State* установљено је да уговори које Европска заједница закључи са трећим државама могу бити предмет прелиминарног поступка.¹⁸ Надаље, у овој пресуди је констатовано да „*одредбе од ступања на снагу споразума чине саставни дио комунитарног правног поретка.*“¹⁹ Међународни уговори које закључи Европска унија у хијерархији правних норми налазе се испод оригинарног (примарног права), али изнад деривативних (секундарних) извора права Европске уније.²⁰

Пракса је наметнула и питање директног дејства одредаба уговора о придруживању. Суд правде ЕУ је у предмету *Van Gend en Loos* утврдио услове које једна норма треба да испуњава да би имала директно дејство. Норма треба да буде прецизна, јасна, безусловна и да не захтијева нормативну дјелатност националних институција, односно да се може примијенити без транспозиције у националне прописе.²¹ У погледу Споразума о придруживању закљученог са Турском у случају *Demirel* признато је директно дејство одредбама овог споразума: „*Одредба споразума који је Заједница закључила са државама које нису чланице мора се сматрати директно примјењивом уколико, с обзиром на њен текст, као и предмет и природу споразума, одредба садржи јасну и прецизну обавезу, чије провођење и ефекти не зависе од доношења неког другог акта.*“²² Директно дејство одредаба међународног уговора није правило, већ у сваком поједином случају треба утврдити да ли конкретна одредба има ово дејство. Уколико не постоји, у том смислу, сагласност страна уговорница, оставља се простор да суд дјелује.²³

Правни статус одлука које доносе институције основане међународним уговором такође је третиран у пракси Суда правде ЕУ. Режим који се односи на споразуме о придруживању треба примијенити и на одлуке асоцијацијских органа, јер споразуми овим органима повјеравају овлашћења за доношење одлука уз одређење да исте имају правнообавезујуће дејство за стране.²⁴ Пракса

¹⁷ Siniša Rodin, 'Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske,' *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 35, No. 3-4, 2003, str. 594.

¹⁸ Paul Craig & Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 435.

¹⁹ Case 181/73, *R. & V. Haegemann v. Belgian State*, [1974] ECR 449, para. 5.

²⁰ Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 348.

²¹ Case 26/62 *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, [1963] ECR I

²² Case 12/86 *Meryem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719, para. 14.

²³ Jean Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 596.

²⁴ Jean Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2009, pp.

већ постојећих институција основаних у контексту придруживања, а које представљају пандан Савјету за стабилизацију и придруживање у оквиру ССП-а, јасно показује да су одлуке ових тијела имале обавезујућу снагу и за остварење чијих ефеката није потребна њихова ратификација или други облик прихватања међународноправног акта од стране уговорнице. Тако је у предмету *Bresciani* Суд правде ЕУ потврдио да ови акти чине саставни дио комунитарног права.²⁵ Да би се омогућило правно дејство овим одлукама и да би им се дао одговарајући номотехнички облик, институције Европске уније су у прошлости усвајале уредбе којима овим одлукама признају директну примјењивост и исте су објављивали у анексу уредбе у свом службеном гласилу.²⁶

Међутим, у предмету *Sevince* Суд правде је у свом креативном маниру и користећи се методом системског и телеолошког тумачења Споразума о придруживању закљученог са Турском, а у погледу испитивања правног дејства једне одлуке Савјета о придруживању Турске и тадашње Европске економске заједнице, која није била објављена у службеном гласилу Заједнице, утврдио да „пошто су директно повезане са споразумом који се њима извршава, одлуке Савјета за придруживање чине, на исти начин као и сам споразум, почев од њиховог ступања на снагу, саставни дио комунитарног правног система.“²⁷ Према томе, и одлуке Савјета за стабилизацију и придруживање у правном систему Европске уније имају исту правну снагу као и сам споразум. Такође, државе чланице не могу својим прописима да уређују питања која су предмет регулисања неког међународног уговора који је закључила Унија, па тако ни одлуке коју доноси орган успостављен са циљем његове имплементације.²⁸

С друге стране, потребно је осврнути се на положај који ће имати ССП и одлуке асоцијацијских органа у правном систему БиХ. Да би се дао одговор на ово питање потребно је испитати уставне одредбе о односу унутрашњег и међународног права, као и примату извора једног или другог права у случају сукоба њихових норми. О положају појединих извора међународног права у правном систему Босне и Херцеговине, Устав БиХ²⁹ говори на два мјеста. Прво, члан II/2. се односи на међународне стандарде у контексту заштите људских права и основних слобода и утврђује: „Права и слободe предвиђени у Ев-

543-544.

²⁵ C 87/75, *Bresciani*, [1976] ECR 129.

²⁶ Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 9ème édition, Sirey, Paris, 2006, p. 234.

²⁷ C-192/89 *S.Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461, para. 9.

²⁸ C-280/93, *Germany v. Council*, [1994] ECR I-4973, C-126/95, *Hallaouzi-Choho*, [1996] ECR I-4807,

²⁹ Текст Устава БиХ на веб сајту Канцеларије високог представника у БиХ http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372, 1.7.2011. Напомињемо да Устав БиХ, који је Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски споразум) није званично преведен на службене језике у БиХ нити је објављен у „Службеном гласнику БиХ.“ Стога се као референца најчешће користи текст објављен на сајту Канцеларије високог представника.

ропској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и у њеним протоколима, се директно примјењују у Босни и Херцеговини. Ови акти имају приоритет над свим осталим законима.“ Из овога је јасно да у случају сукоба домаћих прописа са поменутиим међународним уговорима ови други имају примат. Будући да је предмет ове одредбе положај међународних уговора који се односе на људска права и слободе, одредба се не чини релевантном за испитивање положаја осталих међународних уговора у правном систему БиХ. Друго, члан III/3(b) Устава Босне и Херцеговине *in fine* утврђује „општа начела међународног права су саставни дио правног поретка Босне и Херцеговине и ентитета.“ Општа начела међународног права представљају општа правила која се апстраховањем изводе из међународних обичајних и уговорних норми које су на снази и као такве су међународноправног поријекла. Општа начела међународног права су различита од општих правних начела признатих од стране просвећених народа, која се установљавају *in foro domestico*.³⁰

Устав БиХ у цитираним одредбама не третира положај међународног права као цјелине, нити говори о положају међународних уговора, осим оних из члана II. Поред тога, у Уставу недостају експлицитне норме о приоритету у случају сукоба норми унутрашњег и међународног права. За разрјешење овог питања најреферентнија је пракса Уставног суда БиХ који је у предмету У-5/09 *Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА* утврдио да Устав не прописује трансформацију међународних правила у домаће право путем закона чиме је, према нашем мишљењу Уставни суд оцијенио да Устав БиХ усваја монистичку теорију, те је одредбу члана III/3(b) протумачио тако да домаће право мора бити усклађено са општим начелима међународног права.³¹ Уставни суд је, надаље, утврдио да је начело *pacta sunt servanda* једно од општих начела међународног права те да је „Члан III/3(b) Устава Босне и Херцеговине повријеђен у ситуацији када домаћи закон није у складу са одредбама општег правила међународног права *pacta sunt servanda* ... као и кад није у складу са одредбама међународног уговора којем је Босна и Херцеговина приступила.“³² Из овога се види да је Уставни суд БиХ прихватио примат међународних уговора, чија је страна уговорница БиХ над домаћим законима у случају сукоба домаћег закона са међународним уговором. Сходно томе, ССП ће након ступања на снагу имати примат над домаћим законима и другим прописима које доносе институције БиХ и њених ентитета.

³⁰ Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Четврто измењено и допуњено издање, Правни факултет у Београду, Београд, 2010, стр. 96; Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international publique*, 8^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2009, p. 381; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 19.

³¹ У-5/09, Одлука о допустивости и меритуму – Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА, Уставни суд БиХ, 25.09.2009, параграф 30.

³² У-5/09, Одлука о допустивости и меритуму – Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА, Уставни суд БиХ, 25.09.2009, параграф 38.

Прецизније одредбе о извршавању међународних уговора садржане су у Закону о поступку закључивања и извршавања међународних уговора.³³ Члан 27, став 1. овог закона прописује да се Савјет министара БиХ стара о извршавању међународних уговора преко надлежних институција Босне и Херцеговине и ентитета. Надаље, члан 28. предвиђа да међународне уговоре којима се стварају непосредне обавезе за Босну и Херцеговину, извршавају надлежни органи државне управе у чију надлежност спадају питања која се уређују тим уговорима, док, с друге стране, према члану 29, став 1. оне међународне уговоре којима се стварају обавезе за домаћа правна лица, непосредно извршавају та лица. Из овога произилази да уколико је поједина одредба међународног уговора тако формулисана да ствара обавезу за државне органе и правна лица без потребе њихове транспозиције правним актима унутрашњег права, адресати ових одредаба их директно проводе и ове одредбе могу имати директно дејство у правном систему Босне и Херцеговине. Сходно томе, исправним се чини закључак да одредбе ССП-а које потпадају под цитиране законске одредбе могу, такође, имати директно дејство.

Што се тиче одлука Савјета за стабилизацију и придруживање, које у правном систему БиХ имају статус међународноправног акта, мишљења смо да у погледу њихове правне природе треба преузети рјешења устаљена у праву ЕУ и да њихово дејство треба тумачити у свјетлу овог права. На тај начин се врши један вид усклађивања правног система БиХ са *acquis*-ем Уније. Одлуке асоцијацијског савјета треба да имају исти статус и дејство као и одредбе ССП-а. Чини нам се да би ради ефикасног провођења ССП-а требало избјећи праксу по којој би одлуке асоцијацијских органа подлијегале прихватању од стране надлежних институција у БиХ јер их доноси орган основан у оквиру ратификованог међународног уговора уз пуну сагласност представника БиХ који учествују у његовом раду, а њихов садржај је *ratione materiae* начелно уређен ССП-ом. Да би се ово рјешење провело, вјероватно ће бити потребно да се измијене одређени прописи који уређују материју прихватања међународних аката. Ипак, чини се потребним да се настави пракса установљена у раду Привременог одбора основаног у вези са провођењем привременог споразума о трговини и трговинским питањима, те да ове одлуке буду објављиване у Службеном гласнику БиХ, не да би се на тај начин испунили услови за правно дјеловање, већ једино да би се субјекти права благовремено упознали са њима.³⁴

³³ Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, „Службени гласник Босне и Херцеговине,“ број: 29/2000.

³⁴ Види нпр. Одлука бр. 1/2008 Привременог одбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине од 7. октобра 2008. године о Пословнику којим је обухваћен опис послова и структура пододбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, број 47/09.

4.2. Одбор за стабилизацију и придруживање и помоћна тијела

Сљедеће тијело чије формирање предвиђа члан 118. ССП-а је Одбор за стабилизацију и придруживање. Савјету за стабилизацију и придруживање ће у обављању његових дужности помагати Одбор за стабилизацију и придруживање, који се састоји од представника Савјета Европске уније и представника Европске комисије, с једне стране, и представника Савјета министара Босне и Херцеговине, с друге стране. На основу ове одредбе је јасно да ће стране у Одбору бити представљене на техничком нивоу. Надаље, институције које су представљене у Одбору ће вјероватно донијети одлуке о начину свог представљања и именовању својих представника.³⁵ Пословником Савјета за стабилизацију и придруживање утврђују се дужности Одбора за стабилизацију и придруживање, које обухватају припремање састанака Савјета за стабилизацију и придруживање, те одређује начин рада Одбора. Савјет за стабилизацију и придруживање може Одбору за стабилизацију и придруживање делегирати било које од својих овлашћења. У том случају, Одбор за стабилизацију и придруживање доноси своје одлуке у складу са условима из члана 117. Одбор може оснивати пододборе за поједине секторе. ССП једино изричито предвиђа оснивање пододбора за миграције (члан 119. ССП-а).

Одбор дјелује као помоћно тијело Савјета и његова основна функција је припремање састанака Савјета. Однос Савјета и Одбора за стабилизацију и придруживање одражава институционалну логику која је иманентна европској изградњи. Ово асоцира на однос који постоји између Савјета Европске уније и Комитета сталних представника који дјелује као припремно и помоћно тијело за засједања и одлучивање у Савјету Европске уније.

4.3. Парламентарни одбор за стабилизацију и придруживање

Посебна димензија процеса придруживања на основу ССП-а је укључивање и парламентарних представника у асоцијацијску институционалну структуру оснивањем Парламентарног одбора за стабилизацију и придруживање (члан 121. ССП-а). Парламентарни одбор треба да послужи као форум у којем ће се чланови Парламентарне скупштине БиХ и Европског парламента састајати и размјењивати мишљења. Парламентарни одбор дјелује на основу сопственог пословника и састаје се у роковима које сам утврди. Установљавање Парламентарног одбора има за циљ да се придруживању обезбиједи потребна политичка и демократска димензија, с обзиром на његов значај и свеобухватност самог процеса са крајњим циљем који се огледа у приступању Европској унији.

³⁵ У вези са представљањем БиХ у органима основаним ради провођења Привременог споразума, Савјет министара је усвојио Одлуку о успостављању Комисије за европске интеграције у саставу Привременог одбора за стабилизацију, *Службени гласник БиХ*, број 92/08. и Одлуку о успостављању радних група за европске интеграције, *Службени гласник БиХ*, број 47/09. Поред представника власти БиХ, у овим тијелима учествују и представници ентитета и Брчко дистрикта БиХ. Слично рјешење треба очекивати у погледу асоцијацијских органа предвиђених ССП-ом.

5. Закључак

У раду смо обрадили појам придруживања у пракси међународног организовања са посебном анализом придруживања и његових циљева у пракси Европске уније. Констатовали смо да оснивачки акти Европске уније једино дозвољавају екстерно придруживање, што значи да придружене државе немају право да учествују у раду институција ЕУ. Придруживање своју институционалну и процедуралну димензију остварује путем асоцијацијских органа који се оснивају на основу споразума о придруживању. Даље, сагледали смо и анализирали састав, овлашћења и начин функционисања асоцијацијских органа који се успостављају на основу ССП-а. Полазећи од постојеће праксе, установили смо да одлуке асоцијацијских органа, прије свега Савјета за стабилизацију и придруживање, као и сам ССП, чине интегрални дио правног система ЕУ. Ове одлуке су у правном систему ЕУ директно примјениве и није потребно њихово потврђивање и прихватање од стране надлежних институција. У погледу правног система БиХ, а узимајући у обзир смисао придруживања који се огледа у припремању државе за приступање Европској унији, наш је став да правну природу и дејство одлука које доносе асоцијацијски органи треба тумачити у свјетлу права Уније.

Summary

This article explores the concept of association in the practice of international organisations, particularly analysing the same concept and its aims with a view to the European Union practice. It has been found that the EU constitutive treaties merely recognise the model of an extern association, which implies that associated states would not be allowed to participate in the work of the EU institutions. Nonetheless, the institutional and procedural dimension of association is being achieved through association bodies established in accordance with an association agreement. Furthermore, the structure, powers and functioning of the association bodies have been explored and analysed. Following the established practice, it has been concluded that decisions taken by the association bodies in virtue of an SAA make an integral part of the EU legal order. These decisions are directly applicable within the EU legal order and do not require any further transposing measures. As regards the BiH's legal order, and especially bearing in mind the purpose of the association which consists of preparations for the accession to the EU, it has been argued that both legal nature and effects of those decisions should be interpreted in the light of the EU law.

Key words: *Stabilisation and association agreement, EU law, International organisation law, Public international law, Union acquis.*

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

МАТЕРИЈАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО

НАЈНОВИЈЕ ПРОМЈЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Проф. др Милош Бабић*

Апстракт: У раду аутор расправља питање измјена кривичног законодавства, које се у новије вријеме чине доста често, а да иза тога не стоје озбиљни захтјеви кривичноправне теорије и праксе који указују на криминалнополитичку оправданост таквих измјена. При томе се посебно указује на постојање одређене склоности за некритичко преузимање одређених рјешења и праваца из страних кривичноправних система, а да се при томе довољно не сагледава у којој су мјери таква рјешења прихватљива и да ли се она уклапају у постојећи систем и његова основна начела која су владајућа у европском кривичном праву. Иако не искључује оправданост одређених промјена које налажу све опаснији облици (организованог) криминала и потреба саображавања са неким савременим европским рјешењима и међународним стандардима, аутор упозорава на сву сложеност мијењања кривичног законодавства, при чему нарочито скреће пажњу на далекосежне посљедице брзинских и непромишљених промјена кривичног законодавства.

Посебна пажња је посвећена анализи неких од учињених измјена, при чему је аутор указао на одређене пропусте и лоша рјешења која су прихваћена у најновијим промјенама, посебно оним учињеним у 2010. години, а које доносе Новеле КЗ БиХ и КЗ РС.

Кључне ријечи: Нова законска рјешења, принцип кривице, стварна заблуда, основна концепцијска рјешења, кажњивост припремних радњи, супсидијарни затвор, правила асперације и дуготрајни затвор, законодавни језик.

* Проф. др Милош Бабић, Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци

УВОД

У неким ранијим временима је наглашавано да кривично право спада у ред тзв. стабилних грана права, у којој нису пожељне честе промјене. Ово је била једна од карактеристика кривичног права која је у ранијим временима била уздигнута готово на ниво догме, тако да су у неким државама на снази били закони и више од једног вијека, иако са значајним измјенама и допунама.¹ У основи оваквог става углавном су се налазила два основна разлога: први се састоји у томе да кривично право као грана права штити већ успостављене и/или постојеће односе, а други у потреби постојања једног конзистентног и стабилног кривичноправног система. Ово је веома значајно када је у питању принцип правне сигурности и повјерења грађана у правни поредак, те успостављање стабилне казнене политике и конзистентне судске праксе, што би било у приличној мјери компромитовано честим (парцијалним) промјенама у материји кривичног права.

Иако би ову особину кривичног права требало имати у виду и у данашње вријеме, она је ипак у значајној мјери релативизирана, јер су се многе околности, а поготово карактер савременог криминала, битно измијениле. Јављају се све опаснији облици, посебно организованог криминала, који веома озбиљно угрожава квалитет људског живота, а и неки његови традиционални видови добивају све опасније и теже облике и многа класична рјешења су постала неприкладна у његовом сузбијању. Стога су ради ефикаснијег супротстављања таквом виду криминала, нужне измјене неких постојећих рјешења, како у општем, тако и у посебном дијелу (увођењем нпр. нових и адекватнијих кривичних санкција, измјенама услова за примјену мјера које се односе на одузимање прибављене имовинске користи, обликовањем неких нових инкриминација или модификацијом постојећих), али свакако и неким новим кривичнопроцесним рјешењима и рјешењима у области извршног кривичног права.

Међутим, ово никако не оправдава брзоплете, на брзину и неквалитетно изведене промјене, а поготово њихово некритичко преузимање из других законодавстава, што је постала редовна карактеристика измјена нашег кривичног законодавства у новије вријеме. Ако се при томе у довољној мјери не води рачуна о квалитету састава редакторских радних тијела, онда се лако може десити да такве измјене не буду изведене на најбољи начин, што може довести, не само до прихватања лоших кривичноправних рјешења, већ и до озбиљног нарушавања основних кривичноправних принципа на којима почива савремено кривично право.

Законодавац изгледа губи из вида да кривичноправни систем, као један од најбитнијих дијелова укупног правног система, није погодан за честе

¹ У том смислу *Љ. Лазаревић*, Потребне и могућности даље изградње кривичног законодавства Црне Горе, Црногорска ревија за кривично право и криминологију, 1/2008, стр. 13-14.

промјене и да му је посланство стабилизовање друштвених и политичких прилика у друштву. У противном, са честим промјенама, а поготово оних које карактерише импровизаторски приступ и које се раде под девизом „што више кривичног права“, кривично право као најзначајнији сегмент правног система постаје генератор нестабилности. Чини се да је на сцени један тренд „помодарства“ да се кривично право што чешће мијења (по чему се најчешће углавном мјери успјешност једне владе), а да иза тога не стоје озбиљни захтјеви кривичноправне теорије или праксе који указују на криминалнополитичку или догматску оправданост таквих измјена. Чак се примјећује и постојање одређене склоности за некритичко преузимање одређених рјешења и праваца из страних кривичноправних система, а да се при томе озбиљно (или уопште) не сагледава у којој мјери су таква рјешења прихватљива и да ли се она уклапају у постојећи систем, његова основна начела и/или концепцијска рјешења која су владајућа у европском кривичном праву и на којима се заснивао наш кривичноправни систем деценијама. Управо је таква пракса довела до тога да у Босни и Херцеговини на сцени постоје два различита кривичноправна режима у односу на фундаментална питања кривичног права, као што су питање саучесништва, питање почетка и ширине зоне кажњавања, затим питање примјене правила временског важења кривичноправних норми, при чему је посебно изражен и значајно угрожен принцип забране ретроактивне примјене новог, строжег закона, као најзначајнији сегмент принципа законитости, итд. Све ово у озбиљној мјери доводи у питање остваривање основних принципа правне државе, али истовремено доводи до неподношљиве дискриминације оних на које се примјењује кривично право, односно озбиљно доводи у питање равноправност грађана и остваривање основних људских права.² Слично је донекле и са кривичним процесним правом у којем и неке установе које су прихваћене у већини кривичних законодавстава и чији се резултати оцјењују позитивно, код нас не функционишу најбоље, како због неодговарајућег нормативног регулисања, тако и због неуједначене, а понекад и погрешне или лоше практичне примјене (нпр. споразум о кривици).

Општепознато је да рад на изради кривичног законодавства, обликовању његове физиономије и кривичноправних норми, односно одредаба у којима су оне садржане, представља захтјеван и сложен посао. Кривичноправни систем представља cjеловит, међусобно усклађен или кохерентан систем са својим унутрашњим јединством и складним односима у појединим сегментима и рјешењима, што подразумијева висок степен познавања материје, како општег тако и посебног дијела, као и добро познавање праксе и завидну легислативну технику и искуство. То подразумијева не само опрез, већ и крајње промишљен и озбиљан приступ његовим промјенама. Према кривичном праву, такав однос

² У овом смислу опширније вид. З. Стојановић: Кривично право, људска права и глобална криза, Зборник са међународног научног скупа Удружења за међународно кривично право, Тара, 2011, стр. 11-27.

има свака озбиљна правна држава, оно је прескупа играчка да би се са њим олако играло. Утисак је да данашњи законодавци губе из вида да поједине законске интервенције, макар се на први поглед оне чиниле и мање значајним, могу имати озбиљне и далекосежне кривичноправне посљедице. Начин на који су ресорна министарства приступала овим промјенама (што се најбоље види по квалитету измјена које су учињене), показује прилично неозбиљан и неодговоран однос нашег законодавца према кривичном праву. Немаран однос законодавца према кривичном праву и импровизаторски и аматерски приступ и неквалитетан рад на припреми законских текстова, довео је до тога да наведене измјене обилују лошим рјешењима у суштинском и нормативном смислу, али и недопустивим језичко-легислативним грешкама и омашкама. Сада се види колика је штета што су многи добри познаваоци кривичног права код нас искључени из рада на припреми и измјенама кривичног законодавства. Зар је могуће да у таквим тијелима буду и они који немају никаквог додира са кривичним правом или они који јавно на кривичноправним семинарима међународног карактера, готово аподиктички, изнесу став – да није битно како ће један закон бити примијењен „да ли нови или стари, већ је битно да сви злочиници буду ухваћени и процесуирани“.

Овакав однос законодавца мање-више вриједи и када је у питању кривично процесно и извршно кривично законодавство, која такође обилују лошим рјешењима и проблемима у пракси извршења кривичних санкција. Посматрајући такве промјене заједно, укључујући и проблеме у организацији и функционисању правосуђа, може се рећи да се наше кривично право налази у великим проблемима, мада није претјерано ако се такво стање у којем се оно налази означи и као стање кривичноправне кризе.

Да би се стекао прави увид у учињене промјене, углавном је неопходно одређено вријеме њихове провјере или верификације у практичној примјени. Међутим, о неким од извршених измјена могуће је дати оцјене и без тога, јер су легислативно лоше постављене или су суштински и/или нормативно погрешне.

Међутим, прије тога неопходно је, бар кратко, дотаћи питање критеријума којима се радни тим руководио у избору питања која је требало мијењати или уводити нова рјешења, односно нова кривична дјела, што важи за измјене уопште, како оне на нивоу ентитета, тако и оне које су учињене у КЗ БиХ. Ту су многе ствари нејасне. Тако, поставља се питање који разлози стоје у основи промјене одредбе о стварној заблуди, што је учињено прво у КЗ БиХ (и то лоше), а потом и у КЗ РС. У образложењу измјена КЗ БиХ стоји да је ова промјена „оправдана јер неотклоњива стварна заблуда је основ искључења кривице па је то неопходно посебно нагласити у ставу (1). Такође, овим се врши усаглашавање са промјенама у европском државама које познају концепт кривње у материјалном кривичном законодавству и усклађивање са процесним законодавством“.

Да неотклоњива стварна заблуда и без изричито регулисаног принципа кривице, искључује кривичну одговорност у свим њеним облицима и до сада је било посве неспорно и јасно чак и студентима. Стога није било нужно наглашавати, а то није било потребно чинити ни ради процесног кривичног законодавства, имајући у виду да у том погледу није било посебних проблема, јер је наше правосуђе у случају постојања стварне заблуде и до сада доносило пресуде којима се оптужени ослобађа од оптужбе због непостојања кривичне одговорности, осим наравно у случајевима отклоњиве стварне заблуде ако је дато кривично дјело било кажњиво и када је учињено из нехата. Ако је то већ учињено ради јачања принципа субјективне кривичне одговорности, односно кривице, онда је то требало чинити код правне, а не стварне заблуде (код које то ионако није спорно), јер је једино наше кривично законодавство остало код класичног психолошког схватања виности или кривице према којем правна заблуда не искључује кривичну одговорност.

Када су у питању промјене које доноси Новела КЗ РС из 2010. године, оне су услиједиле након ступања на снагу ЗИД КЗБиХ из 2010. године у којем стоји да су надлежни ентитетски органи дужни да у року од 90 дана од ступања на снагу тог закона са њим ускладе своје кривичне законе (чл. 111. ЗИД КЗБиХ)³. Није јасно шта је уставноправни основ за ову одредбу, односно обавезу, ако се има у виду да су сви нивои кривичноправне регулативе у БиХ посве аутономни. Међутим, у КЗ РС се мијењају и многи други институти и уносе нека нова рјешења која уопште нису у тим промјенама, као што је нпр. конструкција продуженог кривичног дјела, радње припремања, итд., које те измјене уопште не садрже, већ је то било у првој верзији текста од 2003. године⁴, или их уопште не садржи КЗБиХ (нпр. промјене код условне осуде или неке нове инкриминације из посебног дијела, итд.). Ако се радни тим држао те логике, онда је требало прихватити и друга рјешења из КЗ БиХ као што је потпуно другачија систематика, мјесто одредби о застарјелости, одредби о значењу законских израза, затим другачија дефиниција појма кривичног дјела, саизвршилаштва, нечињења, итд. Овако, изгледа да се то чинило насумце, без неке ваљане оцјене да ли је нешто оправдано или није. Стога су и прихваћене измјене неких питања које није требало чинити (нпр. код стварне заблуде, условне осуде, неке посебне инкриминације, измјене у односу на радње припремања, итд.), а нису оне за које је то било посве оправдано (нпр. измјене код правне заблуде, основа искључења кривичног дјела и кривичне одговорности, примјене правила стицаја (правила асперације) код одмјеравања дуготрајног затвора, измјене код неких мјера безбједности, итд.).

³ Одредба члана 111. гласи: „Надлежни органи Федерације Босне и Херцеговине, Републике Српске и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине ускладит ће своје кривичне законе с овим законом у року од 90 дана од дана ступања на снагу овог закона.“

⁴ Откуда сада одједном обавеза усклађивања таквих рјешења, а иста није постојала 2003. године? Шта се то у међувремену у уставноправном смислу измијенило?

НЕКЕ ОД ИЗВРШЕНИХ ПРОМЈЕНА

Иако је у односу на наше раније кривично законодавство извршено више доста значајних промјена, у овом прилогу ћу обрадити (доста кратко) само неке од њих, које су по мом увјерењу довољне да би се стекла права представа о њиховој ваљаности, али и због ограничености обима који овакви прилози могу имати. То ће бити углавном промјене које су садржане у Новели КЗ РС из 2010. године, као и Новели КЗ БиХ из 2009. године, али и нека рјешења из КЗ БиХ из 2003. године.

Принцип кривице (чл. 3а КЗ РС и 3а КЗ БиХ)

Принцип субјективне одговорности или кривице дефинисан је у неким савременим кривичним законодавствима већ у општим начелима (нпр. њемачком, аустријском, српском, хрватском, итд.) и углавном се изражава кроз максиму *нема казне без кривице* (*nulla poena sine culpa*). Наше кривично законодавство овај принцип прихвата и регулише у посебној одредби (основна начела) тек измјенама из 2010. године (чл. 3а. КЗРС и 3а. КЗ БиХ). Међутим, било би погрешно тврдити да се наше досадашње кривично законодавство није заснивало на овом принципу. Иако га није изричито предвиђало као један од принципа у основним одредбама КЗ, то је произлазило из других одредаба кривичних закона, а посебно из одредаба које су регулисале питање кривичне одговорности, према којима је учинилац кривично одговоран ако је урачунљив и ако је дјело учинио умишљајно, а када то закон посебно предвиђа и ако је дјело учинио нехатно. Овај принцип произлази и из одредаба које се односе на одговорност саучесника, према којима свако одговара према својој сопственој кривици, односно према тексту закона саизвршиоци одговарају у границама свог умишљаја или нехата, а подстрекачи и помагачи у границама свог умишљаја (чл. 26. КЗРС). У посебно значајној мјери овај принцип долази до изражаја при одмјеравању казне, када се као једна од најзначајнијих околности вреднује управо степен кривичне одговорности, односно кривице учиниоца (вид. чл. 37. КЗРС), као и код изрицања условне осуде (чл. 47. ст. 2. КЗРС).

Међутим, начин на који је овај принцип формулисан изазива одређене дилеме ако се има у виду прихваћени систем кривичних санкција и основи за њихово изрицање.⁵ Овако постављен, он је у противрјечности са тим системом који је у основи дуалистички и нужно је имати у виду разлику између казни и мјера безбједности, односно свих других кривичних санкција. Наиме, из ове одредбе јасно произлази да се без утврђене кривице никоме не може изрицати,

⁵ Одредба члана 3а. КЗРС гласи: „Нико не може бити кажњен нити се према њему могу изрећи друге кривичне санкције ако није крив за учињено кривично дјело.“

не само казна, већ ни било која друга кривична санкција. Творци овакве дефиниције су изгубили из вида да су у КЗ Хрватске (из које је ова одредба дословно преузета - чл. 4. КЗХ) извршили и неке друге измјене у области кривичне одговорности (нпр. прихватили нормативну концепцију кривње према којој правна заблуда искључује кривичну одговорност), али и поред тога она је и у тамошњој литератури подвргнута оштрој критици и стога је већ прихваћена њена измјена.⁶ Оваквим дефинисањем овог принципа превиђа се да је кривица легитимација једино казне као кривичне санкције, односно да је она у основи казне и кажњавања, на што упућује и принцип „нема казне без кривице“ (*nulla poena sine culpa*). Овакву функцију кривица нема у односу на мјере безбједности или неке друге кривичне санкције које су у основи индиферентне према кривици, јер се основи за њихово изрицање не налазе у кривици учиниоца, већ у опасном стању, односно опасности учиниоца или се њихова легитимација састоји у неким другим, специфичним разлозима. Слично је и са васпитним мјерама за чије изрицање није неопходна кривица нити су оне управљене на кривицу, већ се њима остварују преваспитни циљеви, односно специфични циљеви који су везани за малолетнике. Поред тога, на овај начин се доводи у питање уопште кажњавање у неким случајевима гдје није посве јасно да ли постоји и елемент скривљености (у смислу психолошких теорија виности које још и сада прихвата наше кривично право), нпр. код правних лица, одузимања имовинске користи, итд.

Најзад, овако постављен овај принцип доводи у питање могућност изрицања мјере безбједности одузимања предмета, када се ова мјера изриче обавезно, без обзира да ли је или није утврђена кривична одговорност учиниоца. Тако, код неких кривичних дјела предвиђено је обавезно изрицање ове мјере без обзира што је суд оптуженог због недостатка кривице ослободио од оптужбе, односно донио ослобађајућу пресуду, као што је нпр. фалсификовање новца, неовлашћени промет опојним дрогама, итд. То слиједи и процесна одредба из чл. 402. ЗКПРС у којој стоји да ће се предмети који се по КЗ морају одузети, обавезно одузети и онда када кривични поступак не заврши пресудом којом се оптужени оглашава кривим, када то захтијевају одређени интереси. Тако је нпр. у чл. 199. ст. 2., чл. 200. ст. 5. КЗРС, гдје се предвиђа обавезно одузимање материјала порнографског садржаја; у чл. 219. ст. 6. КЗРС одузимање производа штетних за лијечење; у чл. 220. ст. 2. КЗРС отрова; у чл. 221. ст. 6. КЗРС шкодљивих производа; у чл. 224. ст. 2. КЗРС опојних дрога; код кривичних дјела примања и давања мита, одузимање примљених или датих поклона или имовинске користе, итд. Доношење оваквих одлука у супротности је са овом одредбом, али то судови и даље чине. Тако је нпр. Суд

⁶ Према Нацрту КЗХ ова одредба гласи: „Нико не може бити кажњен ако није крив за почињено казњено дјело“. Још прецизнију формулацију прихвата *КЗ Србије* који у чл. 5. предвиђа да „нико не може бити кажњен нити према њему може бити изречена мјера упозорења ако није крив за извршено кривично дело“.

БиХ недавно у једном случају, иако је оптуженог ослободио од оптужбе јер није нашао његову кривицу за кривично дјело фалсификовања новца, изрекао мјеру одузимања лажног новца, а да се при томе уопште није ни осврнуо ову одредбу која представља основно начело које суд сада треба имати у виду када изриче кривичне санкције.

Дакле, може се закључити да је овако формулисана одредба неприхватљива и она је у супротности са прихваћеним системом кривичних санкција који је у основи дуалистички и стога је треба хитно мијењати и поставити рјешење слично оном у КЗ Србије или новопредложеном КЗ Хрватске.

Конечно, ако је већ у наслову одредбе истакнуто „начело“, онда је требало интервенисати и код осталих одредаба и њима дати одговарајуће наслове. Овако, у овој законској глави сада постоји једно „шаренило“, јер ова одредба некако легислативно технички „стрши“, одудара од других одредаба ове главе у којима су предвиђени други принципи, као што је принцип законитости, принцип легитимитета или ограничења кривичноправне принуде. Стога је и ову одредбу требало у наслову њима прилагодити или њихове наслове преобликовати и поставити слично овој одредби.

Стварна заблуда (чл. 18. КЗРС и 37. КЗБиХ)

Није јасно који су разлози у основи измјене установе стварне заблуде. Колико ја знам, у том смислу није било захтјева ни теорије ни судске праксе, а такви захтјеви не произлазе из било којег међународног акта, нити упоредног кривичног права. Ако је то било јачање принципа субјективне кривичне одговорности, односно кривице, онда је било много више оправдања да се то чини код правне, а не стварне заблуде. Ми смо ријетко кривично законодавство које је и даље остало на позицијама класичне психолошке концепције виности или кривице према којој правна заблуда не искључује кривичну одговорност. Ниједно кривично законодавство са југословенских простора није остало на таквом рјешењу, јер су сви прихватили владајуће европско рјешење, према којем правна заблуда искључује кривицу, а ако се ради о отклоњивој правој заблуди, учинилац се може блаже казнити.

Измјена одредбе о стварној заблуди прво је учињена у КЗ БиХ, а након тога такво рјешење је преузето и у КЗ РС Новелом из 2010. године. Бар да је то учињено како ваља, већ се ради о брзоплето и лоше сроченој одредби, рјешењу које је искомпликовало питање стварне заблуде и у чијој примјени ће бити потешкоћа. Напуштена је ранија јаснија одредба, а прихваћена је нова која је веома проблематична.

Наиме, у ст. 1. чл. 18 стоји да није кривично одговоран учинилац који дјело учини у неотклоњивој стварној заблуди. Није спорно да неотклоњива

стварна заблуда искључује кривичну одговорност, дакле и умишљај и нехат као облике кривице. Неотклоњива стварна заблуда постоји онда када учинилац у конкретном случају није био дужан и није могао да избјегне заблуду о постојању неке околности која представља обиљежје кривичног дјела или у погледу неке околности која би, да је заиста постојала, чинила учињено дјело дозвољеним. Дакле, дати учинилац у конкретном случају никако није могао имати правилну представу о наведеним околностима. И умјесто да се дефинише неотклоњива стварна заблуда у одредби ст. 2. (што и сам закон сугерише одмах на почетку), дефинише се стварна заблуда уопште, дакле и отклоњива и неотклоњива.⁷ У КЗ Србије, из којег је изгледа преузиман овај текст, није направљен овакав пропуст, јер је у одредби ст. 2. чл. 28. јасно дефинисана неотклоњива стварна заблуда и она постоји само ако је, како је већ наведено, учинилац није могао избјећи, односно ако није био дужан или није могао бити свјестан наведених околности⁸. И КЗ Хрватске у чл. 47, нешто другачије него раније, садржи доста јасну одредбу јер у ст. 1. не говори само о неотклоњивој, већ о заблуди уопште и не упада у контрадикторности које има наша одредба. Овако, према одредби чл. 18. ст. 2. КЗ РС и једна и друга заблуда искључује кривичну одговорност, док је према одредби из ст. 1. то само неотклоњива стварна заблуда. Дакле, јасно је да је у одредби ст. 2. *погрешно дефинисана неотклоњива стварна заблуда*, односно речено је оно што није требало ако се има у виду одредба из ст. 1. Не помаже ни одредба из ст. 3. према којој у случају нехатне стварне заблуде постоји нехатно кривично дјело. То говори да је одредба из ст. 2. у колизији са одредбом из ст. 1, јер је према њој кривична одговорност посве искључена и када је у питању нехатна, односно отклоњива стварна заблуда. Овим је питање стварне заблуде и њеног кривичноправног дејства непотребно искомпликовано. Овакво законско рјешење даје основа да се по принципу *in dubio mitius* позива на одредбу из ст. 2. када постоји било који облик стварне заблуде, јер је она за оптуженог најповољнија. То практично значи да према новом рјешењу стварна заблуда увијек искључује кривичну одговорност у потпуности без обзира о којем њеном облику се ради.

⁷ Наведена одредба гласи: „Стварна заблуда је неотклоњива ако учинилац у вријеме извршења кривичног дјела није био свјестан неког његовог законом одређеног обиљежја или је погрешно сматрао да постоје околности према којима би, да су оне стварно постојале, то дјело чиниле дозвољеним.”

⁸ Ако се хтјело копирати рјешење из чл. 28. КЗ Србије, онда је требало написати како тамо стоји: „Стварна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да избјегне заблуду или није могао бити свјестан неке стварне околности која представља обиљежје кривичног дјела или неке стварне околности која би, да је заиста постојала, чинила дјело дозвољеним.“

Продужено кривично дјело (чл. 42а КЗ РС и 54. КЗ БиХ)

По мом мишљењу једна од лошијих промјена. То нам је у овом тренутку било најмање потребно. Може нам се приговорити да недовољно пратимо што се дешава у савременом кривичном праву, јер се у задњих двадесетак година ова конструкција све више напушта или се примјењује сасвим ријетко, само у изузетним случајевима.

Институција продуженог кривичног дјела у новијој кривичноправној доктрини је изложена веома озбиљним критикама из бројних и различитих разлога, јер се у вези са њом јавља низ како теоријских, тако и практичних проблема. Према једном дијелу теорије, ову институцију треба у потпуности напустити, јер је ријеч о кривичноправној фигури која је измишљена ради изигравања закона, односно одредаба о стицају кривичних дјела.⁹ Она је прије свега непотребна у оним системима који познају посебна правила одмјеравања казне за стицај кривичних дјела, што посебно важи за наш систем у којем је принцип асперације основно правило, а и даље се за продужено дјело одмјерава казна као за једно дјело. Тиме се преко продуженог дјела, за ове случајеве уводи принцип апсорпције и тако дерогира или прекраја правило асперације, као основно правило кажњавања у случају стицаја кривичних дјела. Ова установа не задовољава ни са становишта правне сигурности, обезбјеђења адекватне заштите од друштвено опасних дјела и учинилаца, супротна је принципу правичности и захтјевима криминалне политике, јер неоправдано привилегује овакве учиниоце кривичних дјела у односу на оне који су у правом стицају или нехатне учиниоце; она је и криминално-политички спорна јер фаворизује често веома опасне делинквенте (преваранте, фалсификаторе, разбојнике и сл.), с обзиром да управо они раде по унапријед створеним плановима. Не може се занемарити став да се у таквим случајевима стиче много већа криминална количина и размјере штетности него у случајевима извршења једног таквог кривичног дјела, па се тиме што се отклања примјена правила стицаја и кажњава као за једно (продужено) кривично дјело, неоправдано привилегују такви учиниоци кривичних дјела, чије фаворизовање није могуће отклонити одмјеравањем казне. Тиме се уједно онемогућава исправно вредновање укупне криминалне количине и друштвене опасности учињених кривичних дјела и њихових извршилаца, што значи да се занемарује веома значајна околност при кажњавању која се састоји у повећаном степену кривичне одговорности

⁹ У том смислу нпр. Stratenwert, Schmitt, Mezger-Blei, Schmidhauser у њемачкој литератури (уп. G. Stratenwert, Stafrech. Alg. Teil, 1981, стр. 322-323). Други га не одбацују, али имају велике резерве и скептични су према овој установи, нпр. Jescheck, в. његов уцб. 3. издање, 1978, стр. 581-582. Иако у нашој теорији и пракси преовлађује став да је ова установа оправдана и код нас га неки аутори критикују, при чему износе низ аргумената против ове институције. У том смислу вид. у мојим радовима: Конструкција продуженог кривичног дјела у Кривичном законнику Црне Горе, Правни живот, број 9/2008, Том I, стр. 642-667, као и рад у ЈРКК, бр. 1-2/, 1996, стр. 49-60.

и опасности учинилаца, а што произлази из њихове одлучности и упорности да понављају вршење кривичних дјела, тзв. учиниоци по тенденцији.¹⁰ Није, дакле, претјерано закључити да је у питању конструкција која је *спорна у свим својим сегментима* и као таква она је у цијелости неодржива. Стога се све више у литератури истичу захтјеви да се сви случајеви које традиционално покрива продужено кривично дјело третирају као реални стицај.

Наведено је довело до тога да су неке земље прихватиле веома радикална рјешења у вези са овом конструкцијом у смислу њеног потпуног напуштања или веома ограничене примјене. Тако је швајцарски Савезни суд у свој одлуци (1990) заузео став да је ова конструкција „у *цијелости неодржива*“, да би убрзо након тога (1991) усљедила одлука у којој се захтијева њено *дефинитивно напуштање*. Слично је поступио и њемачки Савезни суд који својом одлуком из 1994. године, истина није у потпуности искључио ову конструкцију, али је ограничава само на случајеве када је она „*необходна да би се примјерено обухватило неправо и кривица*“ појединог кривичног дјела. Продужено кривично дјело и у Хрватској наилази на жестоке критике.¹¹

Када је у питању сама одредба у којој је ова установа регулисана, ваља примјетити да она није формулисана на задовољавајући начин. Ако се већ дефинисао појам продуженог кривичног дјела које чини више посве самосталних и аутономних кривичних дјела, онда није требало рећи: „Продужено кривично дјело је учињено...“, јер то подразумијева да је оно као такво предвиђено и у посебном дијелу као посебно дјело, што свакако не стоји. То није посебно инкриминисано кривично дјело, већ је то конструкција коју суд, уз постојање одређених услова, „справља“ или „микса“ од више дјела и свако од њих мора да испуњава услове самосталног кривичног дјела предвиђеног у посебном дијелу. У противном, такво дјело не би могло да уђе у такву конструкцију. Стога је требало да стоји: „продужено кривично дјело постоји ако је учињено више истих или истоврсних кривичних дјела“; или: „продужено кривично дјело чини више истих или истоврсних кривичних дјела учињених у временској повезаности“, као што стоји у КЗ Србије.

Поред тога, ако је ова конструкција већ прихваћена, онда је она могла бити много јасније и рестриктивније постављена. Најприје, требало је као обавезну претпоставку њене примјене предвидјети идентитет оштећеног, чиме би се истовремено избјегла досадашња шароликост у њеној примјени (наша ранија

¹⁰ Стога би се могло размишљати, по угледу на законодавства неких земаља, о рјешењу да се продужено кривично дјело постави као основ за *пооштравање казне*, које би се могло поставити различито, а једно од њих би било да оно буде факултативна околност за ограничено пооштравање казне, уп. и *Стојановић*, Коментар, 233.

¹¹ Уп. *Бачић*, који у свом уџбенику износи тврдњу да је ова конструкција посве неприхватљива, вид. Опћи дио, 1998, стр. 356. Слично и *Новоселец*, стр. 324, 325. Вид. и ауторов рад у ХЛКПП, 2/2000, стр. 287, који такође истиче да је правна фигура продуженог кривичног дјела у цјелини неодржива и да је треба напустити.

судска пракса једно вријеме управо је на овај начин тумачила и примјењивала ову установу). Друго ограничење би се могло базирати на природи кривичног дјела, тј. ограничити њену примјену само на одређена кривична дјела, нпр. искључивањем примјене продуженог кривичног дјела на дјела која се по својој природи не могу третирати као једно дјело, или још више – искључити примјену ове конструкције у односу на сва кривична дјела против личних добара. Надаље, требало је предвидјети да је продуженим кривичним дјелом остварен новчани или имовински износ који је једнак збиру износа свих кривичних дјела која су обухваћена овом конструкцијом, ако је то обиљежје тих дјела, односно ако та дјела укључују новчане или имовинске износе. То је прихваћено у неким кривичним законодавствима која познају ову конструкцију (нпр. њемачком и српском). На крају крајева, то и одговара веома упитном теоријском (а сада и законском) ставу или рјешењу да је продужено кривично дјело једно дјело. Најзад, када је у питању накнадно откривено кривично дјело или дјела, било би прихватљиво да је предвиђено да се такво дјело третира као посебно кривично дјело, а ако их је више као посебно продужено кривично дјело (у том смислу вид. одредбе из чл. 61. КЗ Србије који нека од ових ограничења прихвата).

Индивидуална кривична одговорност (одредбе из чл. 180. КЗ БиХ)

Одредбе из члана 180. КЗ БиХ на најочигледнији начин откривају карактер и квалитет рјешења која су прихваћена у новом кривичном законодавству. Ова одредба са својим рјешењима је урушила основне принципе и концепцијска рјешења нашег кривичног законодавства. Намеће се питање, зашто је Кривични закон БиХ у погледу неких веома битних питања „усклађиван“ са Статутом Хашког трибунала, а не са одредбама Римског статута, иако је овај задњи ратификовала (прије доношења КЗ БиХ) и донијела посебан закон о његовој примјени. Овако, садашња одредба из чл. 180. КЗ БиХ по својим рјешењима фундаменталних питања, представља одступање од основних принципа или начела на којима почива, не само наше кривично право, већ и европско кривично право уопште. Уз то, парадоксално је да је одредба смјештена међу одредбе посебног дијела, јер се ради искључиво о питањима који су општег карактера и спадају у одредбе општег дијела. Да ствар буде још гора, она је супротна рјешењима из општег дијела. Међутим, то није једини проблем који постоји у вези са овом одредбом. Много је далекосежније питање њене примјене, имајући у виду да она многоструко проширује кажњивост у односу, не само на раније кривично законодавство, већ и у односу на одредбе из постојећег општег дијела које су универзалног карактера и које постављају опште оквире кажњивости, па је стога недопустива њена ретроактивна примјена у таквим случајевима. Оно што посебно забрињава је чињеница да ове одредбе Суд БиХ узима као правни основ за примјену и оних института које уопште није

познавало наше раније кривично законодавство нити их садржи ова одредба. Ријеч је о институцији удруженог или заједничког злочиначког подухвата, што је пракса Хашког трибунала, који ову кривичноправну фигуру примјењује не на основу чл. 7. свог Статута, већ на основу одредбе чл. 25. ст. 3(д) Римског статута. Дакле, како сам већ навео, овим су нарушена концепцијска рјешења нашег кривичног права, укупан кривичноправни систем је постао дезинтегрисан, јер имамо два паралелна система: један англосаксонски, према којем су сви учесници дјела изједначени, све радње без обзира да ли су радње из описа бића дјела или су тзв. преткривичне дјелатности се третирају на исти начин. На тај начин је прихваћена концепција тзв. *јединственог извршиоца* која се заснива на *монистичком моделу* саучесништва према којем начелно нема разлике између извршилаштва и саучесништва, као два различита облика учешћа у кривичном дјелу. Овакво рјешење се опет темељи на *екстензивном појму извршиоца* који обухвата све учеснике у остварењу одређеног кривичног дјела који су предузели било коју радњу која представља каузални допринос његовом извршењу.

Осим што су изједначени саучесништво и извршилаштво, у овој одредби су изједначене и све дјелатности управљене на извршење кривичног дјела, тј. радње извршења и радње припремања. Поред тога, оне су и доста нејасно постављене и неодређене и није посве јасно које све и колико удаљене радње укључује ова одредба, јер према оваквој формулацији то је и помагање у припремању, односно припремање припремања. Овакво рјешење углавном је прихваћено у англоамеричком праву, али ваља имати у виду да је оно супротно владајућој концепцији саучесништва у кривичном праву европских земаља које прихватају *дуалистички* или *извршилачко-саучеснички модел саучесништва*. Осим тога, рјешење из чл. 180. КЗ БиХ је супротно и општеприхваћеном ставу у кривичном праву највећег броја, не само европских земаља, према којем се строго разликују радње које су конститутивни елеменат сваког кривичног дјела (*радња извршења*) и радње које представљају припремне дјелатности које се налазе ван законског бића кривичног дјела (*радње припремања*) и које су по правилу некажњиве, осим када је то посебно одређено у одредбама посебног дијела. Овако широко и неодређено постављену зону кажњавања веома је тешко наћи у данашњем европком кривичном законодавству. Поред тога, наведена рјешења су у супротности и са основним принципом да су одредбе општег дијела *универзалног карактера* и да оне важе за све кривичноправне одредбе садржане у свим другим законским прописима, укључујући наравно и одредбе из посебног дијела, гдје се налази одредба из чл. 180. КЗ БиХ. Ово је у ранијем законодавству било изричито предвиђено у посебној одредби која је била смјештена међу основне одредбе. Најзад, одредба из чл. 180. КЗ БиХ је у супротности и са одредбама Статута МКС који је ратификовала и Босна и Херцеговина, а који прави јасну разлику између појединих облика учешћа у извршењу кривичног дјела.

Поред тога, посебно је значајно што је кроз ову одредбу, поред командне одговорности, Суд БиХ у праксу суђења за наведена кривична дјела, по угледу на Хашки трибунал, увео и *удружени* или *заједнички злочиначки подухват* (joint criminal enterprise), посве нови и нашем кривичном законодавству и пракси непознати облик саучесништва, јер га ни у овој одредби закон уопште не спомиње. Као што је познато, ријеч је о кривичноправној институцији која је настала у енглеском праву у виду завјере (*conspiracy*) према којој се кажњавају сви саучесници повезани заједничким злочиначким планом за сва кривична дјела извршена у остварењу тога плана, чак и за таква дјела која њиме нису била обухваћена, под условом да су била *предвидива*.¹² Тако нпр. ако постоји макар и прећутан договор у оквиру одређене групе да се муче заробљеници, па неки од чланова те групе изврше убиство једног од њих, за то ће одговарати и они чланови групе који у томе нису учествовали, али су то могли предвидјети.

Треба рећи да овај институт није предвиђен у статутима *ad hoc* трибунала, али га ипак примјењују, посебно Хашки трибунал, код кога је ова саучесничка фигура веома омиљена. Ријеч је о доста неодређеном појму који се, како је истакнуто, у овој одредби изричито не спомиње, па се стога поставља питање основаности његовог подвођења под било који од саучесничких облика или радњи из те одредбе. У оптужбама се овај облик саучесништва често поставља веома екстензивно и неодређено, без навођења неопходних чињеница или околности које указује на постојање релевантног доприноса учесника у дјелу који је нужан за постојање било којег облика који се може вредновати као саучесништво. И за допринос који се захтијева код помагања, као облика саучесништва са најмањим степеном доприноса, према владајућем схватању неопходно је предузимање радњи које представљају дјелотворно подупирање, подржавање главног дјела, радњи које морају представљати видљив допринос извршењу датог кривичног дјела.

Кроз овакву конструкцију екстремно се проширује појам саизвршилаштва и одговорности за *ексцесне радње* саучесника, што доводи у питање принципе на којима се заснива саучесништво и одговорност саучесника (посебно принцип одговорности у границама умишљаја), због чега ова конструкција у литератури редовно наилази на озбиљну критику.¹³

Конечно, оно што је у вези са овим институтом најзначајније, је питање његове примјене од стране Суда БиХ на кривична дјела против човјечности и међународног права учињена у времену од 1992. до 1995. године. Ако се има у

¹² Парадоксално је да је у нашем ранијем кривичном законодавству изостављено организовање злочиначког удружења као облик саучесништва, за које се у нашој кривичноправној теорији сматрало да управо из наведених разлога представља повреду принципа субјективне одговорности, односно принципа *nullum crimen sine culpa*.

¹³ Вид. *Шкулић*, Међународни кривични суд, 2005, 206-219; *З. Стојановић*, Међународно кривично право, 2006, 101-114; *Новоселец*, Међународни казни суд, 93-123; *Дамашка*, Бољке заједничког злочиначког подхвата, ХЈКПП, стр. 4 и даље.

виду да оваква рјешења није садржавало кривично законодавство које је било на снази у вријеме вршења наведених кривичних дјела, онда не би требало бити двојбе да је КЗ БиХ у односу на овакве случајеве *строжи закон* и да стога примјена оваквих одредби није у складу са принципима временског важења кривичног закона из чл. 4. КЗ БиХ. Није потребно посебно наглашавати да је таква пракса супротна и рјешењу овог питања које је прихваћено у најзначајнијим међународним документима, прије свих у чл. 11. Универзалне декларације, чл. 7. ЕКЉП и чл. 15. МПГПП, чл. 49. Повеље о основним правима у Европској унији, али и чл. 24. Римског статута МКС. У свим тим одредбама статуирана је забрана примјене новог строжег закона, а у задње двије и принцип обавезне примјене новог повољнијег кривичног закона. Ово је, како је већ раније истакнуто, темељно правило временског важења и примјене кривичног законодавства прихваћено у свим демократским кривичним законодавствима. Уосталом, примјена ове установе је на крају супротна и самом КЗ БиХ, јер је не садржи ни одредба из чл. 180, што значи да се ради о ванзаконској институцији.

Измјена концепције о кажњивости припремних радњи (чл. 361а КЗ РС, 248. КЗ БиХ)

За разлику од ранијег, наше данашње кривично законодавство је након измјена учињених 2010. године, напустило владајућу концепцију изузетног кажњавања радњи припремања и прогласило их готово општекажњивим стадијумом, чиме је овај стадијум у кривичноправном смислу скоро изједначен са стадијумом извршења. То јасно произлази из одредбе чл. 361а. КзРС у којој се под насловом „*припремање кривичног дјела*“ предвиђа кажњавање за припремне радње код свих кривичних дјела са казном затвора од пет године или тежом казном (а КЗ БиХ чак од три године).¹⁴ У овој одредби су наведене практично све припремне радње и она је у том погледу слична одредби из чл. 18/3. КЗСФРЈ, с том битном разликом што су по КЗСФРЈ припремне радње биле *кажњиве изузетно*, само када је то било предвиђено у посебном дијелу, док је то према овој одредби код свих кривичних дјела, осим оних код којих је казна мања од наведене у чл. 361а КзРС, односно 248. КЗБиХ. То практично значи да уз свако кривично дјело са наведеном казном постоји и „невидљива“ инкриминација из чл. 361а са прописаном „новчаном казном или казном затвора до три године“. Овакво рјешење кажњавања за ове дјелатности је посве неоправдано и оно значи напуштање владајуће концепције европског кривичног права о изузетном кажњавању радњи припремања.

¹⁴ Ова одредба гласи: „Ко набави или припреми средства или уклони препреке или предузме какву другу радњу која ствара услове за непосредно чињење, али није дио чињења кривичног дјела одређеног законом за које се може изрећи казна затвора пет година или тежа казна, уколико за припремање појединог кривичног дјела није одређена тежа казна, казниће се новчаном казном или затвором до три године“.

Творци оваквог рјешења нису имали у виду да су у ентитетском кривичном законодавству посебним инкриминацијама радњи припремања обухваћени многи најзначајнији случајеви ових радњи и да стога није било потребе за оваквом одредбом. Тако је нпр. у чл. 398. инкриминисано израђивање, набављање, држање оружја и средстава намијењених за извршење кривичних дјела, што укључује и средства за њихово справљање, те отрова за које учинилац зна да су намијењени за извршење кривичног дјела, што је након ових измјена запријеђено казном затвора од двије до пет година. Овом инкриминацијом је обухваћено и омогућавање другом да дође до ових средстава, што је посебно инкриминисана радња помагања. То говори да су већ овом одредбом у највећој мјери обухваћене све најзначајније припремне радње које су кажњиве код свих кривичних дјела и што јасно доводи у питање оправданост постојања овакве одредбе из чл. 361а. Ово поготово ако се имају у виду и друге инкриминације радњи припремања као што су: припремање кривичних дјела против уставног уређења Републике Српске из чл. 310. у којој су кажњиве све припремне радње, затим инкриминисане припремне радње из чл. 309, 304. ст. 4, 219. ст. 2, 224. ст. 3; инкриминације прављења, набављања и давања другом средстава за фалсификовање, фалсификовање знакова за вриједност из чл. 277. и 278. које обухватају прављење, набављање, посједовање, продају или давање другом средстава за прављење лажног новца или лажних хартија од вриједности или лажних знакова за вриједност, те израђивање, набављање, посједовање, продају или давање на употребу средстава за прављење исправа из чл. 380; договор из чл. 384. који је кажњив код свих кривичних дјела са казном затвора од три године или тежом казном; злочиначко удруживање из чл. 383. које укључује и само чланство у криминалном удружењу итд. Набројане одредбе које садрже велики број инкриминација припремања којима су обухваћене најзначајније радње припремања код свих тежих кривичних дјела или оних кривичних дјела код којих је због њиховог карактера, односно природе правног добра које то кривично дјело штити, оправдано кажњавати ове радње, јасно показују да није добро рјешење којим су дјелатности из стадијума припремања проглашене кажњивим стадијумом, односно којим је овај стадијум изједначен са стадијумом извршења.

Најзад, необично је и зачуђујуће не само мјесто гдје се ова општа одредба налази, већ и овакво рјешење које је неуобичајено чак и за тоталитарна кривична законодавства. Никада на овим просторима, осим само једно кратко вријеме од 1948. до 1951. године (али тада из сасвим оправданих и разумљивих разлога, јер нисмо имали посебни дио) наше кривично законодавство није имало једну овакву одредбу, а поготово на овом мјесту. Једну општу одредбу ставити у посебни дио посве је неоправдано и не видим да било који међународни или унутрашњи акт намеће потребу да се у оваквој мјери прошири зона кажњавања, код свих дјела са казном затвора од пет година. Поред тога, ову промјену није наметао ни ЗИД КЗБ, јер се она налази већ у првом тексту КЗ БиХ од 2003.

године. Исто тако, захтјева у том смислу није било ни од стране праксе, а ни теорије.

Законодавни (легислативни) језик

Најзад, оно до чега у овом послу посебно држим – законодавни језик. Нажалост, легислативни језик нам све више личи на новинарски или преводачки, а полако нестаје лијеви, префињени, јасан и прецизан законодавни језик. Не може се у опису законског бића кривичног дјела у навођењу његових алтернатива или када се радње или нека друга обиљежја кумулирају, говорити „односно“ или нпр. „казниће се затвором двије године до десет година“ (чл. 225), или: „у случајевима када је кривично дјело извршено“ (чл. 37. ст. 3). То је неуобичајено, јер се зна како се постављају радње код таквих кривичних дјела, са везником „или“ или „и“, у зависности од тога о каквом дјелу се ради, са алтернативно или кумулативно постављеном радњом извршења. То су на први поглед ситне ствари (за оног ко не познаје довољно кривично право), али то може имати веома значајне кривичноправне посљедице, нпр. када је у питању стицај, покушај, мјесто и вријеме извршења дјела, застарјелост, итд. Код одређивања казне уобичајена је формулација која је и језички прихватљивија „казниће се казном затвора од двије до десет година“, итд., те најзад, умјесто наведене формулације треба да стоји: „ако је кривично дјело извршено...“. Или, зашто је у новој одредби из ст. 4. чл. 47. (услови за изрицање условне осуде) требало користити овакву незграпну формулацију. Ако се већ хтјело такво ограничење (које је криминалополитички веома упитно), зар није довољно када се каже да је учинилац једном правоснажно осуђиван на казну затвора (и то је могло бити речено боље и једноставније), а не једном или више пута.

Таквих језички и логички лоше формулисаних одредаба има премного и то ће стварати тешкоће у њиховом тумачењу. Једна од најзначајнијих је свакако и нова одредба из ст. 3. чл. 37. (одмјеравање казне) према којој није посве јасна позиција мржње као (отежавајуће или квалификаторне) околности. Вјероватно се мислило да ће мржња бити отежавајућа околност увијек, осим ако је она предвиђена као квалификаторна околност, тј. када је та околност у основи предвиђања квалификованог кривичног дјела (принцип забране двоструког вредновања). Међутим, тако није речено у законском тексту, већ „ако закон не прописује теже кажњавање за квалификовани облик кривичног дјела“, што се може тумачити и тако да то подразумијева било коју квалификаторну околност. Исто тако, зар је у новој одредби чл. 361а у којој су регулисане радње припремања било потребно наглашавати „али није дио чињења кривичног дјела“ (ружне ли формулације), односно да није дошло до извршења кривичног дјела, ако се има у виду да се ради о радњама припремања, па је то сасвим сувишно истицати. Законски текстови обилују оваквим и сличним пропустима,

што све показује један немаран однос државе према кривичном праву, а што у знатној мјери подрива значај и функцију кривичног законодавства у правном систему.

Остале промјене

Сличне примједбе се могу упутити и неким другим промјенама, али ћу се кратко осврнути само на једну од њих, као и на једну која није учињена, иако је садржи Новела КЗ БиХ (са којом је према званичном образложењу требало ускладити КЗ РС).

Прво, тзв. *супсидијарни* или *суплеторни затвор*, односно питање замјене новчане казне казном затвора (чл. 36. ст. 3. КЗ РС). Иако ни ранија рјешења нису била добра, поготово наше према којем таква казна није могла бити већа од шест мјесеци, мислим да се и са овим доста претјерало. Сумњиво ми је рјешење према којем се казна затвора у високом трајању (према наведеној одредби чак до максимално прописане казне за то дјело), без обзира како се до ње долази, може изрицати без главног претреса. То је проблематично и ради тога што се новчана казна претвара у тежу, казну затвора и већ то само по себи намеће опрез и поставља питање оправданости таквог рјешења. Осим тога, таква казна затвора која може бити веома висока, не одмјерава се по општим правилима одмјеравања казне у смислу чл. 47, а што једино суд може да чини на главном претресу. На овај начин се на мала врата уводи систем апсолутно одређених казни, који је као неправичан одавно напуштен. Мислим да је овакво рјешење криминалнополитички прилично сумњиво и оно је супротно принципу сразмјерности и правичности, као основним принципима који се морају имати у виду приликом одмјеравања и изрицања казне затвора. Иако ни раније рјешење није задовољавало и ово је лоше и ту су морала бити постављена одређена ограничења.

Друго, *питање одмјеравања казне дуготрајног затвора за кривична дјела у стицају*. Редактори који су радили промјене, морали су имати у виду постојеће рјешење, поготово након измјене којом је казна дуготрајног затвора и формално добила статус самосталне казне затвора. Стога је требало посебно ријешити и питање њеног одмјеравања за стицај кривичних дјела. Наиме, неприхватљиво је да се казна затвора, као лакша казна, изриче по правилима асперације (која омогућавају изрицање теже казне од сваке појединачно утврђене), а не и казна дуготрајног затвора која се као тежа казна односи на најтеже случајеве кривичних дјела. Напросто, није јасно зашто то није учињено ако је већ постојала „обавеза усклађивања“, јер је несхватљиво да се у лакшем случају изриче тежа, тзв. заједничка или јединствена казна која је већа од сваке појединачне. Тако нпр. на основу утврђених казни у трајању од 6, 7 и 8 година може се изрећи казна и у трајању од 19 или 20 година, а ако

су утврђене казне нпр. од 25, 18 и 20 година (дакле, много тежи случај), тада може бити изречена само казна дуготрајног затвора од 25 година. Слично је и у случајевима у којима су утврђене све казне дуготрајног затвора (нпр. за пет, а некада и више, тешких кривичних дјела утврђене казне дуготрајног затвора од 25, 26, 25, 27 и 28 година, па ће на крају бити само 28 година). Овакво накардно и неприхватљиво рјешење је требало мијењати. Најзад, требало је прихватити и рјешење које већ одавно познају многа кривична законодавства, да се у случају стицаја кривичних дјела за које су утврђене најмање три (неки кажу двије или више) казне преко десет година, као јединствена казна може изрећи и казна дуготрајног затвора (овдје би се могло дати ограничење, нпр. до 30 или 35 година).

USLOVNA OSUDA – UPOREDNOPRAVNI PRISTUP

Dr Ivanka Marković*

***Apstrakt:** Autorka u radu obrađuje problematiku uslovne osude sa uporedno-pravnog aspekta, ukazujući istovremeno na međusobne sličnosti i razlike u krivičnim zakonodavstvima država na jugoslovenskim prostorima. U drugom dijelu rada, analizira odredbe Krivičnog zakona Republike Srpske, argumentovano obrazlažući svoje kritičke stavove.*

***Ključne riječi:** uslovna osuda, uslovi za izricanje uslovne osude, opoziv uslovne osude.*

1. UVODNE NAPOMENE

Uslovna osuda se pojavila sredinom devetnaestog vijeka u SAD-u i Engleskoj, kao konkretizacija ideje o uslovnom odustajanju od kažnjavanja primarnih delinkvenata sa povoljnom prognozom budućeg ponašanja. Kasnije se prenijela i u druge evropske države, a danas je prihvaćena u skoro svim savremenim krivičnim zakonodavstvima kao alternativa kratkotrajnim kaznama zatvora i kao jedna od mjera krivičnogpravnog reagovanja na slučajeve lakšeg i srednje teškog kriminaliteta. Po svojoj suštini ona predstavlja uslovno odlaganje kažnjavanja učinioca krivičnog djela, a s obzirom na razlike u načinu realizacije njene suštine, razlikujemo dva osnovna sistema ili modela uslovne osude; anglosaksonski ili probacijski sistem i kontinentalni ili francusko-belgijski sistem.¹

Navedeni sistemi uslovne osude su, tokom razvoja krivičnog prava, modificovani i prilagođeni zahtjevima kriminalne politike, tako da je danas teško naći

* **Др Ивана Марковић, ванредни професор за ужу научну област кривично право и кривично процесно право, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци**

¹ Опширније о системима условне осуде в. М. Бабић, И. Марковић: *Кривично право, општи дио*, Банја Лука, 2009. с. 406-408.

krivično zakonodavstvo koje ih primjenjuje samo u njihovom originalnom obliku. Uglavnom se radi o takvim sistemima uslovne osude koji predstavljaju kombinaciju pozitivnih elemenata i jednog i drugog sistema, odnosno koji zadržavaju suštinu jednog sistema istovremeno ga modifikujući elementima onog drugog. Neka zakonodavstva (npr. francusko i austrijsko) poznaju i tzv. *parcijalnu uslovnu osudu* kojom se uslovno odlaže samo jedan dio izrečene kazne; npr. sud osudi učinioca krivičnog djela na dvije godine zatvora, s tim da se jedna godina zatvora uslovno odlaže.

U jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu kontinentalni sistem uslovne osude je bio dominantan sve do reforme krivičnog zakonodavstva, koja je izvršena 1959. godine, kada je uvedena zakonska mogućnost da se mlađim punoljetnim licima (od 18 do 21 godine) uz uslovnu osudu izrekne i vaspitna mjera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva. Time je zapravo stvorena mogućnost primjene mješovitog sistema uslovne osude, jer je suština navedene vaspitne mjere pružanje pomoći i vršenje nadzora nad osuđenim. Krivičnim zakonom SFRJ iz 1977. godine, izvršena je daljna modifikacija uslovne osude, tako da je pored kontinentalnog sistema uslovne osude koja se sastoji u odlaganju izricanja i izvršenja utvrđene kazne, uveden i mješoviti sistem kroz propisivanje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom. Slična koncepcija uslovne osude je zadržana i u krivičnim zakonodavstvima država sa jugoslovenskih prostora.

Iako je uslovna osuda kao krivična sankcija prihvaćena u skoro svim savremenim krivičnim zakonodavstvima, u nauci krivičnog prava ne postoji jedinstveno stanovište o opravdanosti njenog uvođenja u sistem krivičnih sankcija. Autori koji osporavaju njenu legitimnost ističu da ona ne omogućava provođenje principa jednakosti građana pred zakonom, jer izvršioci istog krivičnog djela mogu biti različito kažnjeni; jednima se može izreći uslovna osuda, a drugima bezuslovna kazna. Pored toga, ističe se da uslovna osuda nije opravdana ni sa stanovišta generalne prevencije, jer je lišena retributivnog karaktera i kao takva ne djeluje zastrašujuće na potencijalne učinioce krivičnih djela. Čak, štaviše, uslovna osuda je u izvjesnom smislu i kriminogeni faktor, jer se njenim čestim izricanjem kod javnog mnjenja stvara uvjerenje da se za lakša krivična djela, pogotovo ako su u pitanju primarni delinkventi, po pravilu ne izriče kazna već samo uslovna osuda. Ovome se suprotstavlja tvrdnja da je izricanje uslovne osude fakultativno, zavisi od okolnosti pod kojima je djelo učinjeno i ličnosti učinioca krivičnog djela, tako da potencijalni učinioci ne mogu nikako sa sigurnošću računati na izricanje uslovne osude. Pored toga, svrha uslovne osude je prvenstveno specijalna prevencija, tj. djelovanje na konkretnog učinioca krivičnog djela da ne izvrši novo krivično djelo. Međutim, ona nije lišena ni elemenata generalne prevencije, jer kao element svog djelovanja ima i izricanje kazne, čime se izražava negativan stav društva prema djelu učinioca. Njome se izvršenje kazne odlaže, a od ponašanja učinioca krivičnog djela za vrijeme provjeravanja zavisi da li će se takva kazna i izvršiti. Ukupan efekat uslovne osude može biti pojačan i nekim dopunskim mjerama, odnosno nametanjem učiniocu posebnih obaveza uz uslovnu

osudu, izricanjem novčane kazne ili mjera bezbjednosti, što u svojoj ukupnosti može imati dovoljan generalnopreventivni učinak za one kategorije delinkvenata kojima je ova sankcija i namijenjena. Uslovnom osudom se obezbjeđuje potpunija primjena principa individualizacije kazne, jer praksa pokazuje da je u nekim slučajevima opravdano prema jednom učiniocu izreći kaznu, a prema drugom uslovnu osudu, što zavisi od uvjerenja suda da se svrha kažnjavanja može postići i uslovnom osudom. U krajnjoj liniji ona je konkretizacija principa humanizacije krivičnog pravosuđa, jer po pravilu nema difamantni, stigmatizirajući karakter; njenom primjenom se na osuđivanog ne stavlja „žig osuđivanosti“ na učinioca krivičnog djela, niti se proizvode značajnije štetne posljedice u pogledu socijalnog, porodičnog i ekonomskog statusa učinioca.²

Međutim, bez obzira na sve rasprave o opravdanosti uslovne osude kao krivične sankcije, nesporno je da uslovna osuda, kao alternativna krivična sankcija, zauzima veoma značajno mjesto u sistemu krivičnih sankcija velikog broja modernih država. To potvrđuje činjenica da je ona jedna od najčešće izricanih krivičnih sankcija.³ Zakonsko regulisanje uslovne osude nije identično u svim krivičnim zakonodavstvima; postoje veće ili manje razlike u pogledu uslova za njeno izricanje, opozivanje ili obaveze osuđenog. Ipak, bez obzira na sve ove razlike, može se reći da postoje i određeni zajednički, konstitutivni elementi uslovne osude koji su prisutni u svim zakonodavstvima. Tako npr. pretpostavka za njeno izricanje je uvijek izvršeno krivično djelo i krivična odgovornost učinioca, uvijek sadrži prijetnju izricanja ili izvršenja kazne, praćena je određenim obavezama učinioca krivičnog djela, određenim vremenom provjeravanja, mogućnošću opoziva itd.⁴ U nastavku ovog rada govorićemo upravo o razlikama i sličnostima zakonske regulative uslovne osude u pojedinim krivičnim zakonodavstvima.

2. USLOVNA OSUDA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU DRŽAVA SA JUGOSLOVENSKIH PROSTORA

Koncepcija uslovne osude, koja je prihvaćena u zakonodavstvima država sa jugoslovenskih prostora, predstavlja, manje ili više izmijenjenu koncepciju uslovne osude, koja je bila prihvaćena u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu. Dakle, u ovim zakonodavstvima uslovna osuda predstavlja mjeru upozorenja koja se sastoji u odlaganju izvršenja utvrđene ili izrečene kazne pod uslovom da učinilac u odre-

² Opširnije o ovome v. F. Bačić, Š. Pavlović: Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004. s. 356-358; Lj. Lazarević: Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006. s. 231.

³ Tako npr. u Hrvatskoj se ona izriče u 70% slučajeva. V. A. Kurtović: Zakonska rješenja u svjetlu primjene mjera upozorenja, sigurnosnih mjera i oduzimanja imovinske koristi, HLJKPP, 2/2000, navedeno prema Bačić, Šimunović, op. cit., s. 359.

⁴ Slično i Lj. Lazarević, op. cit., s. 230.

đenom roku provjeravanja ne izvrši novo krivično djelo ili da izvrši obaveze koje su mu uslovnom osudom nametnute. To je krivična sankcija koja je prvenstveno namijenjena za lakša i srednje teška krivična djela i za učinioce krivičnih djela sa povoljnom prognozom njihovog daljeg ponašanja. Imajući u vidu ovakav karakter uslovne osude, u svim zakonodavstvima su predviđeni posebni uslovi za izricanje uslovne osude kojima je ograničena primjena ove sankcije. Pored ove uslovne osude, navedena zakonodavstva poznaju i uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom koja se izriče pod istim uslovima kao i uslovna osuda, s tim što se učinilac djela stavlja pod zaštitni nadzor. Sadržina zaštitnog nadzora može biti veoma različita, ali se uglavnom radi o obavezama osuđenog koje su preventivnog karaktera, odnosno koje ga mogu odvratiti od ponovnog vršenja krivičnog djela. Mi se u ovom radu nećemo baviti ovom vrstom uslovne osude, jer se ona u praksi veoma rijetko izriče (u praksi sudova Republike Srpske se i ne izriče, jer ne postoje uslovi za njeno provođenje), već ćemo našu pažnju usmjeriti na sličnosti i razlike u regulativi uslovne osude u KZ Srbije, KZ Crne Gore, KZ Hrvatske, KZ Slovenije i KZ Makedonije.

1.1. Krivični zakonik Srbije i Krivični zakonik Crne Gore

Prema Krivičnom zakoniku Srbije (čl. 65. st. 1) uslovna osuda predstavlja krivičnu sankciju kojom se učiniocu krivičnog djela *utvrđuje* kazna i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ukoliko osuđeni za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne ni duže od pet godina, ne učini novo krivično djelo. Sud može u uslovnoj osudi odrediti da će se kazne izvršiti i ako osuđeni u određenom roku ne vrati imovinsku korist pribavljenu izvršenjem krivičnog djela, ne naknadi štetu koju je prouzrokovao krivičnim djelom ili ne ispuni druge obaveze predviđene u krivičnopravnim odredbama. Rok za ispunjenje tih obaveza utvrđuje sud u okviru određenog vremena provjeravanja (st. 2).⁵ S obzirom na ovakvu prirodu uslovne

⁵ S obzirom da izricanje uslovne osude obuhvata utvrđivanje kazne i odlaganje njenog izvršenja, moglo bi se reći da ona predstavlja kombinaciju socijalno-etičkog prekora učinioca i njegov vaspitno-pedagoški tretman. Socijalno-etički prekor učinioca dolazi do izražaja kod utvrđivanja kazne za izvršeno krivično djelo kojom se naglašava socijalna i etička neprihvatljivost takvog ponašanja. Međutim, odlaganjem njenog izvršenja za određeni vremenski period pod uslovom da učinilac ne izvrši novo krivično djelo, učinilac postaje motivisan na društveno prihvatljivo ponašanje. Postavljanjem i nekih drugih obaveza u uslovnoj osudi razvija se osjećaj lične odgovornosti učinioca i obezbjeđuje njegova resocijalizacija. Ukoliko ovaj vaspitno-pedagoški elemenat uslovne osude ne postigne svoju svrhu, uslovna osuda se može opozvati, čime se stvaraju uslovi da se socijalno-etički prekor učinioca materijalizuje kroz izvršenje utvrđene kazne. Dakle, po svojoj suštini ova sankcija predstavlja opomenu učiniocu krivičnog djela zbog izvršenog krivičnog djela, koja je praćena ozbiljnom prijetnjom da će mu se za izvršeno krivično djelo izreći kazna ukoliko nastavi sa vršenjem krivičnih djela ili ukoliko ne ispuni obaveze koje mu je sud postavio. Pri tome se učiniocu djela ne prijeti nekom apstraktnom kaznom, već tačno utvrđenom kaznom, što opet ima značajan socijalnopedagoški uticaj; učinilac djela zna koja će mu kazna biti izrečena ukoliko se ne bude pridržavao obaveza utvrđenih uslovnom osudom. Stoga je veoma značajno da sud, prilikom izricanja uslovne osude, utvrdi takvu vrstu i mjeru kazne koja može preventivno djelovati na učinioca krivičnog djela. Utvrđivanje kazne za učinjeno krivično djelo

osude, zakonodavac je postavio i određene uslove za njeno izricanje.

Formalni uslov za izricanje uslovne osude jeste da je u konkretnom slučaju za izvršeno krivično djelo *utvrđena* kazna zatvora *manja od dvije godine* (čl. 66. stav 1).⁶ Za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna ne može se izreći uslovna osuda (st. 2. čl. 66) Iz navedenog proizilazi da zakonodavac mogućnost izricanja uslovne osude vezuje ne samo za utvrđenu, već i za propisanu kaznu. Praktično to znači da se učiniocu krivičnog djela za koje se po zakonu može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina, ne može izreći uslovna osuda, iako mu je u postupku odmjeravanja kazne sud utvrdio kaznu zatvora manju od dvije godine.⁷ Pored navedenih uslova za izricanje uslovne osude, zakonodavac je predvidio i *posebno ograničenje* u primjeni ove alternativne mjere i to tako što je propisao da se uslovna osuda ne može izreći ako nije proteklo više od pet godina od pravnosnažnosti osude kojom je učiniocu izrečena kazna zatvora za umišljajno krivično djelo (st. 3 čl. 66). Dakle, uslovna osuda se ne može izreći povratniku koji je izvršio novo krivično djelo, prije nego što je proteklo pet godina od pravosnažnosti osude za umišljajno krivično djelo. Za primjenu ovog ograničenja, irelevantna je visina kazne koja je izrečena prethodnom osudom, kao i okolnost da li je kazna izdržana ili ne. Pri odlučivanju da li će izreći uslovnu osudu, sud će, vodeći računa o svrsi uslovne osude, posebno uzeti u obzir ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo ponašanje poslije izvršenog krivičnog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je djelo učinjeno (st. 4. čl. 66). Dakle, odluka o izricanju uslovne osude je fakultativna i zavisi prvenstveno od ocjene suda, odnosno od njegovog uvjerenja da se svrha kažnjavanja u konkretnom slučaju može ostvariti primjenom uslovne osude, a sve to na osnovu povoljne prognoze budućeg ponašanja učinioca krivičnog djela. Smatra se da takva prognoza budućeg ponašanja postoji u slučaju kada sud na osnovu svih okolnosti slučaja, svih karakteristika ličnosti učinioca, njegovog ranijeg života i drugih okolnosti može osnovano očekivati da će i samo upozorenje uz prijetnju kaznom dovoljno uticati na učinioca da ubuduće ne vrši krivična djela.⁸

Zakonodavac je, u odredbi stava 5. ovog člana, predvidio da se u slučaju kada je učiniocu krivičnog djela utvrđena i kazna zatvora i novčana kazna, uslovna osuda može izreći samo za kaznu zatvora. S tim u vezi, mnogi autori ističu da je navedena

predstavlja samo sastavni dio izricanja uslovne osude koji, pored ovog preventivnog treba da ostvari i praktični cilj; ukoliko dođe do opozivanja uslovne osude, sud će samo formalno izreći već utvrđenu kaznu. Time se izbjegavaju problemi koji mogu nastati u slučajevima kada od momenta izricanja uslovne osude, pa do momenta njenog opozivanja prođe duže vrijeme, jer je tada prilično teško utvrđivati okolnosti koje su bitne za odmjeravanje kazne.

⁶ Zakon o izmjenama i dopunama KZ Srbije iz 2009. godine, umjesto ranije formulacije „do dve godine“ koja je uključivala i kazne zatvora u trajanju od dvije godine, unijeta je formulacija „manje od dve“.

⁷ Tako npr. kod krivičnog djela primanja mita (čl. 367 KZ Srbije) za koje je predviđena kazna zatvora u trajanju od dvije do dvanaest godina, sud je vezan zabranom izricanja uslovne osude iz stava 3. čl. 66. iako u postupku odmjeravanja kazne sud može, ublažavanjem kazne, utvrditi kaznu zatvora u trajanju od jedne godine.

⁸ Opširnije o ovome v. Bačić, Pavlović, op. cit., s. 360.

odredba suvišna, jer je zakonodavac već u stavu 1. ovog člana propisao da se uslovna osuda može izreći samo za utvrđenu kaznu zatvora manju od dvije godine.⁹

Opozivanja uslovne osude moguće je iz nekoliko razloga; zbog novog krivičnog djela, zbog ranije izvršenog krivičnog djela i zbog neispunjavanja obaveza. U svim navedenim slučajevima opozivanje uslovne osude može biti obligatorno i fakultativno, zavisno od određenih okolnosti. Tako npr. obligatorno opozivanje uslovne osude je predviđeno u slučaju kada osuđeni u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja je izrečena kazna zatvora od dve godine ili u dužem trajanju (čl. 67. st.1). Međutim, ako osuđeni učini jedno ili više krivičnih djela za koja je izrečena kazna zatvora manja od dvije godine ili novčana kazna, sud će, pošto ocijeni sve okolnosti koje se odnose na učinjena krivična djela i učinioaca, a posebno srodnost učinjenih krivičnih djela, njihov značaj i pobude iz koji su učinjena, odlučiti da li će opozvati uslovnu osudu. Pri tome je sud vezan zabranom izricanja uslovne osude ako učinioцу za krivična djela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična djela treba izreći kaznu zatvora od dvije godine ili u dužem trajanju (čl. 67.t.2). Dakle, sud po slobodnom uvjerenju cijeni da li će opozvati uslovnu osudu ili ne. Logično bi bilo da se odluka o opozivu uslovne osude donese ako se novo krivično djelo može shvatiti kao nastavak kriminalne aktivnosti uslovno osuđenog. Takva situacija postoji kad je novo krivično djelo po svojoj vrsti, okolnostima izvršenja ili pobudama izvršenja isto ili slično ranijem krivičnom djelu. Prilikom donošenja odluke o opozivanju uslovne osude, sud je vezan zabranom izricanja uslovne osude, ako učinioцу za krivična djela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična djela treba izreći kaznu zatvora od dvije godine. U pitanju je *poseban* osnov za obavezan opoziv uslovne osude koji svoje kriminalnopolitičko opravdanje nalazi u ukupnoj kriminalnoj količini i ranije izvršenog i novog krivičnog djela, koja ne daje osnova za izricanje uslovne osude. Ako opozove uslovnu osudu, sud će, primjenom odredaba člana 60. ovog zakonika, izreći jedinstvenu kaznu zatvora i za ranije učinjeno i za novo krivično djelo, uzimajući kaznu iz opozvane uslovne osude kao utvrđenu (čl. 67. st. 3). Ako ne opozove uslovnu osudu, sud može za novo učinjeno krivično djelo izreći uslovnu osudu ili kaznu. Osuđenom, kome za novo krivično djelo bude izrečen zatvor, vrijeme provedeno na izdržavanju ove kazne ne računa se u vrijeme provjeravanja utvrđeno uslovnom osudom za ranije djelo (čl. 67. st. 4). Ako sud nađe da i za novo krivično djelo treba izreći uslovnu osudu, primjenom odredaba člana 60. ovog zakonika, utvrdiće jedinstvenu kaznu i za ranije učinjeno i za novo krivično djelo i odrediće novo vrijeme provjeravanja, koje ne može biti kraće od jedne ni duže od pet godina, računajući od dana pravnosnažnosti nove presude. Ukoliko osuđeni u toku novog vremena provjeravanja ponovo učini krivično djelo, sud će opozvati uslovnu osudu i izreći kaznu zatvora, primjenom odredbe stava 3. ovog člana (čl. 67. st. 5). Opozivanje uslovne osude u ovom slučaju je obavezno i ne zavisi od vrste ili težine novog krivičnog djela. Kriminalnopolitička opravdanost ovog rješenja je

⁹ Tako npr. LJ. Lazarević, op. cit., s. 233.; Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković: Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Tivat 2010. s. 166.

nesporna, jer se radi o učiniocu krivičnog djela koji je po drugi put, svojim ponašanjem, pokazao da je sud napravio lošu procjenu njegovog budućeg ponašanja, odnosno njegove ličnosti. Sud će opozvati uslovnu osudu, ako poslije njenog izricanja utvrdi da je osuđeni izvršio krivično djelo, prije nego što je uslovno osuđen i ako ocijeni da ne bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se znalo za to djelo. U tom slučaju primjenjivaće odredbe čl. 67. stav 3. ovog zakonika (čl. 68. st. 1.). Ako sud ne opozove uslovnu osudu, primijeniće odredbu čl. 67. st. 4 ovog zakonika. Opoziv uslovne osude je fakultativan i odluka suda zavisi prvenstveno od njegove procjene da li bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se u vrijeme kada je uslovna osuda izrečena znalo za to krivično djelo. Treći osnov za opozivanje uslovne osude jeste neispunjenje određenih obaveza. Naime, ako je uslovnom osudom osuđenom određeno ispunjenje neke obaveze iz člana 65. stav 2. ovog zakonika, a on ne ispuni tu obavezu u roku određenom u presudi, sud može, u okviru vremena provjeravanja, produžiti rok za ispunjenje obaveze ili može opozvati uslovnu osudu i izreći kaznu koja je utvrđena u uslovnoj osudi. Ako utvrdi da osuđeni, iz opravdanih razloga, ne može da ispuni postavljenu obavezu, sud će ga osloboditi od ispunjenja te obaveze ili je zamijeniti drugom odgovarajućom obavezom predviđenom zakonom (čl. 69). Dakle, u slučaju neispunjenja obaveze, sud ima nekoliko mogućnosti; može produžiti rok za ispunjenje obaveze, može je zamijeniti nekom drugom odgovarajućom obavezom, može osuđenog osloboditi te obaveze, a može i opozvati uslovnu osudu. Opozivanje uslovne osude je opravdano ukoliko sud utvrdi da je osuđeni bio u mogućnosti da u određenom ili produženom roku izvrši postavljenu obavezu, ali to nije učinio iz razloga koji se ne mogu smatrati opravdanim.¹⁰

Uslovna osuda može se opozvati u toku vremena provjeravanja. Ako osuđeni u tom vremenu učini krivično djelo koje povlači opozivanje uslovne osude, a to je presudom utvrđeno tek poslije isteka vremena provjeravanja, uslovna osuda može se opozvati najkasnije u roku od jedne godine od dana kad je proteklo vrijeme provjeravanja (čl. 70. st. 1). Ako osuđeni u određenom roku ne ispuni neku obavezu iz člana 65. stav 2. ovog zakonika, sud može, najkasnije u roku od jedne godine od dana kad je proteklo vrijeme provjeravanja, odrediti da se izvrši utvrđena kazna u uslovnoj osudi (čl. 70. st. 2). Dakle, zakonodavac dopušta produženje roka za opoziv uslovne osude samo u slučaju kada se kao osnov za opozivanje javlja novo krivično djelo i neispunjenje određenih obaveza. Prema tome, rok za opozivanje uslovne osude zbog ranije izvršenog krivičnog djela jeste samo vrijeme koje je presudom određeno kao vrijeme provjeravanja.

Regulativa uslovne osude u *Krivičnom zakoniku Crne Gore* je veoma slična normativnom rješenju prihvaćenom u KZ Srbije. Razlika postoji u pogledu uslova za izricanje uslovne osude jer se, prema KZ Crne Gore (čl. 54. st. 1.), uslovna osuda može izreći kada je učiniocu *utvrđena kazna zatvora do dvije godine*, što uključuje i kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Kao što je već rečeno, u KZ Srbije je,

¹⁰ V. Lj. Lazarević, op. cit., s. 239.

Zakonom o izmjenama i dopunama iz 2009. godine, ta mogućnost ograničena na utvrđenu kaznu zatvora manju od dvije godine. Razlike postoje i u pogledu posebnih ograničenja u izricanju uslovne osude, jer je stavom 3. čl. 54. KZ Crne Gore, pored ograničenja koja su navedena i u KZ Srbije, predviđeno da se uslovna osuda ne može izreći ni učiniocu kome su već izrečene dvije uslovne osude. I najzad, kod opozivanja uslovne osude zbog novog krivičnog djela (čl. 55. stav 2.) predviđeno je da u slučaju kada sud ne opozove uslovnu osudu, postoji zabrana izricanja uslovne osude, ako učiniocu za krivična djela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična djela treba izreći kaznu *preko dvije godine zatvora*.

2.2. Krivični zakonik Slovenije

Kada je u pitanju normativno uređenje uslovne osude u krivičnom zakonodavstvu Republike Slovenije, mogli bismo reći da je i novi Krivični zakonik Slovenije¹¹ ostao na koncepciji koja je bila prihvaćena i u krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije. Naime, prema odredbi člana 57. stav 2. uslovnom osudom se učiniocu krivičnog djela utvrđuje kazna, koja neće biti izrečena, ukoliko učinilac u vrijeme provjeravanja, koje ne može biti kraće od jedne niti duže od pet godina, ne učini novo krivičnog djelo. Uslovnom osudom sud može utvrditi da će utvrđena kazna biti izrečena ako osuđeni u utvrđenom roku ne vrati imovinsku korist do koje je došao izvršenjem krivičnog djela, ne naknadi štetu koju je prouzrokovao krivičnim djelom, ili ne ispuni druge, krivičnopravnim odredbama predviđene obaveze. Rok za ispunjenje navedenih obaveza sud utvrđuje u okviru roka provjeravanja (st. 3. čl. 57.). Uslovna osuda se može izreći ako je učiniocu krivičnog djela *utvrđena kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna* (st. 1. čl. 58.). Pri tome je zakonodavac predvidio da se uslovna osuda *ne smije izreći za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora najmanje tri godine* (st. 2. čl. 58.). Dakle, sud ne može izreći uslovnu osudu, ukoliko npr. u postupku odmjeravanja kazne, za krivično djelo za koje je predviđena kazna zatvora u najmanjem trajanju od tri godine, primjenom pravila o ublažavanju kazne, utvrdi kaznu zatvora do dvije godine. Pored formalnih uslova, mora biti ispunjen i materijalni uslov za izricanje uslovne osude, odnosno sud će izreći uslovnu osudu ako s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, ponašanje nakon izvršenog krivičnog djela, stepen krivične odgovornosti i druge okolnosti, dođe do uvjerenja da je moguće očekivati da učinilac neće ponovo vršiti krivična djela (st. 3. čl. 58).

I u pogledu osnova za opozivanje uslovne osude, novi KZ Slovenije nije izvršio promjene. Uslovna osuda se može opozvati zbog novog krivičnog djela, ranije izvršenog krivičnog djela i neispunjenja obaveza utvrđenih u uslovnoj osudi. Obavezno opozivanje uslovne osude je predviđeno ako osuđeni u vrijeme provjeravanja izvrši jedno ili više krivičnih djela za koja je sud izrekao kaznu zatvora dvije godine

¹¹ Uradni list RS, br. 55/2008, objavljen 4. juna 2008. godine.

ili težu kaznu. Ako je za novo krivično djelo izrečena kazna zatvora manja od dvije godine ili novčana kazna, opoziv uslovne osude je fakultativan i zavisice prvenstveno od srodnosti učinjenih krivičnih djela, njihovog značaja i pobuda izvršenja i sl. Pri tome je sud vezan zabranom izricanja uslovne osude ako učiniocu za krivična djela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična djela treba izreći kaznu zatvora preko dvije godine (čl. 59. st. 1 i 2.). Postupanje suda u slučaju opoziva ili neopoziva uslovne osude, zatim opozivanje uslovne osude zbog ranije izvršenog krivičnog djela (čl. 60) i zbog neispunjavanja obaveza utvrđenih u uslovnoj osudi (čl. 61), kao i rokovi za opoziv uslovne osude (čl. 62) regulisani su na isti način kao i u KZ Srbije i KZ Crne Gore. Stoga smatramo da odredbe navedenih članova KZ Slovenije nije potrebno posebno obrazlagati. Potrebno je samo napomenuti da KZ Slovenije, za razliku od KZ Srbije i KZ Crne Gore, ne predviđa obavezan opoziv uslovne osude za slučaj kada učinilac, u novom roku provjeravanja, ponovo učini krivično djelo.

2.3. Krivični zakonik Republike Makedonije

Kada je u pitanju krivično zakonodavstvo Republike Makedonije, treba reći da je, i nakon većeg broja izmjena Krivičnog zakonika¹² izvršenih u cilju prilagođavanja promjenama u obimu, dinamici i strukturi kriminaliteta, kao i zahtjevima koji su pred Makedoniju postavljeni potpisivanjem Sporazuma za stabilizaciju i pridruživanje EU 2001. godine¹³, zadržana koncepcija uslovne osude koja je godinama bila dominantna na jugoslovenskim prostorima. Izmjena je izvršena samo u sistematici krivičnih sankcija, tako da uslovna osuda nije svrstana u mjere upozorenja ili upozoravajuće sankcije kao kod prethodnih zakonodavstava, već u alternativne mjere, zajedno sa uslovnom osudom sa zaštitnim nadzorom, uslovnim prekidanjem krivičnog postupka, opštekorisnim radom, sudskom opomenom i kućnim zatvorom (čl. 48-a). Uslovnom osudom, odnosno uslovnim odlaganjem izvršavanja kazne (čl. 49) sud učiniocu krivičnog djela utvrđuje kaznu i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni u vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne niti duže od pet godina (vrijeme provjeravanja) ne učini novo krivično djelo. U uslovnoj osudi sud može odrediti da će se kazna izvršiti i ako osuđeni u određenom roku ne vrati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, ne naknadi štetu prouzrokovanu krivičnim djelom ili ne ispuni druge obaveze predviđene krivičnopravnim odredbama. Rokove za ispunjavanje ovih obaveza utvrđuje sud u okviru utvrđenog vremena provjeravanja.

Prema KZ Republike Makedonije (čl. 50. st. 1.) uslovna osuda se može izreći kada je učiniocu utvrđena kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna. Pri tome

¹² Krivični zakonik Republike Makedonije je stupio na snagu 1. novembra 1996. godine, a mijenjan je 1999, 2000, 2003, 2004. i 2009. godine.

¹³ Opširnije o tome v. V. Kambovski: Komentar na Krivičnoit zakonik na Republika Makedonija, Skopje, 2011. s. 31-53.

je izričito navedeno da se uslovna osuda može izreći i u slučaju kada je kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna utvrđena primjenom pravila o ublažavanju kazne (čl. 50. st. 2). Iz ovoga proizilazi da je za izricanje uslovne osude mjerodavna samo utvrđena kazna, dok su irelevantni priroda djela, okolnost da li je kazna utvrđena za jedno krivično djelo ili za sticaj krivičnih djela, da li je utvrđena primjenom pravila o neograničenom ublažavanju kazne, visina propisane kazne, itd. Sud će izreći uslovnu osudu ako na osnovu ocjene ličnosti učinioca, njegovog ranijeg života, odnosa prema izvršenom krivičnom djelu, stepena krivične odgovornosti i drugih okolnosti pod kojima je djelo izvršeno, dođe do zaključka da će ovom krivičnom sankcijom postići svrhu kažnjavanja, odnosno da osuđeni neće ponovo izvršiti krivično djelo (čl. 50. st. 3.). Koristeći generalnu klauzulu „i druge okolnosti pod kojima je djelo izvršeno“ zakon je ostavio široke mogućnosti sudu prilikom ocjene da li je uslovna osuda u konkretnom slučaju svrsishodna krivična sankcija. S tim u vezi, u literaturi se ističe, da bi sud, i pored ovako postavljenih materijalnih uslova za izricanje uslovne osude, teško mogao opravdati izricanje uslovne osude povratniku ili licu koje je izvršilo teško umišljajno krivično djelo, koji ne pokazuje nikakvo kajanje niti volju da naknadi štetu izvršenu krivičnim djelom.¹⁴ Ukoliko je učiniocu krivičnog djela utvrđena i kazna zatvora i novčana kazna, uslovna osuda se može izreći za obje kazne ili samo za kaznu zatvora (čl. 50. st. 4.).

Kada su u pitanju osnovi za opozivanje uslovne osude, možemo reći da KZ Makedonije ne odstupa od rješenja koja su predviđena u prethodno navedenim zakonima. Dakle, uslovna osuda se može opozvati zbog novog učinjenog krivičnog djela, ranije učinjenog krivičnog djela i neispunjenja obaveza utvrđenih u uslovnoj osudi. Pri tome se pravi razlika između obaveznog i fakultativnog opoziva, na isti način kao i u KZ Slovenije i KZ Crne Gore. Sud će obavezno opozvati uslovnu osudu ako osuđeni, u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja je izrečena kazna zatvora od dvije godine ili u dužem trajanju (čl. 51. st. 1.). Ako je u pitanju krivično djelo za koje je utvrđena kazna zatvora manja od dvije godine ili novčana kazna, opoziv uslovne osude će zavisiti od ocjene svih okolnosti koje se odnose na izvršeno krivično djelo i učinioca, a posebno od srodnosti izvršenih krivičnih djela, njihov značaj i pobude iz kojih su učinjena. Postupanje suda u slučaju opoziva ili neopoziva uslovne osude, zatim opozivanje uslovne osude zbog ranije izvršenog krivičnog djela (čl. 52) i zbog neispunjavanja obaveza utvrđenih u uslovnoj osudi (čl. 53), kao i rokovi za opoziv uslovne osude (čl. 54) regulisani su na isti način kao i u prethodno navedenim krivičnim zakonima. Razlika postoji samo u odnosu na KZ Srbije i KZ Crne Gore, jer KZ Makedonije (isto kao i KZ Slovenije) ne predviđa obavezan opoziv uslovne osude za slučaj kada učinilac, u novom roku provjeravanja, ponovo učini krivično djelo.

¹⁴ U tom smislu v. V. Kambovski, op. cit., s. 493.

2.4. Krivični zakonik Republike Hrvatske

Normativno uređenje uslovne osude u krivičnom zakonodavstvu Republike Hrvatske¹⁵, iako po svojoj suštini ne odstupa od osnovne ideje i smisla ove krivične sankcije u prethodno navedenim krivičnim zakonima, ipak ima određene specifičnosti. Prije svega, zakonodavac definiše uslovnu osudu kao krivičnopravnu sankciju koja se kao mjera upozorenja sastoji od *izrečene* kazne i roka u kojem se ta kazna ne izvršava pod uslovima predviđenim zakonom (čl. 67. st. 1.). Sud će izreći uslovnu osudu kad ocijeni da se i bez izvršenja kazne može očekivati ostvarenje svrhe kažnjavanja, posebno vodeći računa o odnosu izvršioca prema oštećenom i naknadi štete učinjene krivičnim djelom (čl. 67. st. 2.)¹⁶. Uslovna osuda se može izreći učiniocu krivičnog djela za koje je *zakonom propisana kazna zatvora do pet godina*, a za krivična djela za koja je propisana *kazna zatvora do deset godina ako su primijenjene odredbe o zakonskom ublažavanju kazne* (čl. 67. st. 3). Uslovna osuda se može primijeniti prema učiniocu krivičnog djela iz st. 3 ovog člana kada sud izborom vrste i mjere kazne izrekne kaznu zatvora do dvije godine ili novčanu kaznu¹⁷, bilo za jedno ili za više krivičnih djela u sticaju (čl. 67. st. 4). Uslovnom osudom je, prema tome, moguće odgoditi izvršenje ne samo kazne zatvora, već i novčane kazne. Kriminalnopolitička opravdanost ovakvog rješenje je u teoriji sporna, a kako smo u prethodnom izlaganju mogli vidjeti, i zakonodavstva su prihvatila različita rješenja. Tako npr. krivično zakonodavstvo Slovenije i Makedonije dopušta takvu mogućnost, a u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore takvo rješenje je napušteno. Kao najčešći argument protiv takvog rješenja u literaturi se ističe da je novčana kazna, sama po sebi, supstitut kratkotrajne kazne zatvora, te da je ne treba uslovljavati, jer se time prijetnja kaznom sasvim minorizira, a tako i generalno preventivno djelovanje uslovne osude. Suprotno stanovište polazi od činjenice da je i novčana kazna samo jedna vrsta kazne, te da nije opravdano učinioca kojem je izrečena ili utvrđena novčana kazna stavljati u teži položaj od učinioca kojem je izrečena ili utvrđena kazna zatvora. Pored toga, ističe se da bi zabrana izricanja uslovne osude u slučaju kada je izrečena ili utvrđena novčana kazna mogla dovesti do paradoksalne situacije da se uslovna osuda može izreći za teže krivično djelo (za koje je izrečena ili utvrđena kazna zatvora), ali ne i za lakše (za koje je utvrđena ili izrečena novčana kazna).¹⁸

¹⁵ Krivični zakonik Republike Hrvatske je objavljen u Narodnim novinama br. 110/97, a stupio je na snagu 1. januara 1998. godine. Nakon toga su izvršene izmjene 2000, 2001, 2004, te 2006. godine.

¹⁶ Prema Nacrtu prijedloga kaznenog zakona Republike Hrvatske – radna verzija od 18.04.2011. godine, uslovna osuda se može izreći kada se ocijeni da učinilac i bez izvršenja kazne neće ubuduće vršiti krivična djela. Pri tome će se voditi računa o ličnosti učinioca, njegovom ranijem životu, naročito je li ranije osuđivan, porodičnim prilikama, okolnostima izvršenja samog krivičnog djela, te ponašanju nakon izvršenog krivičnog djela, naročito o nastojanju da oštećenom nadoknadi štetu.

¹⁷ Prema Nacrtu prijedloga kaznenog zakona Republike Hrvatske – radna verzija od 18.04.2011. godine, uslovna osuda se može izreći učiniocu koji je osuđen na kaznu zatvora *do jedne godine* ili novčanu kaznu.

¹⁸ Prema stanovištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, svaka novčana kazna je teža sankcija od uslovne osude, jer uslovna osuda nije kazna. Opširnije o tome v. P. Novoselec: Opći dio kaznenog prava, treće, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2009. s. 438.

Dakle, zakonodavac je primjenu uslovne osude ograničio ne samo visinom izrečene kazne za konkretno krivično djelo, već i visinom propisane kazne. Pri tome je mogućnost izricanja uslovne osude za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do deset godina ograničio samo na slučajeve kada je kazna zatvora do dvije godine izrečena primjenom pravila o *zakonskom ublažavanju kazne*.¹⁹ Dakle, isključena je mogućnost primjene uslovne osude u slučaju kada je kazna zatvora do dvije godine izrečena sudskim ublažavanjem kazne.²⁰ Smatra se da navedeno rješenje ne odgovara zdravoj racionalnoj politici jer ide protiv realnih životnih situacija, te da je i protiv principa slobodnog sudijskog uvjerenja.²¹ Uslovnom osudom se odgađa izvršenje izrečene kazne za vrijeme koje ne može biti kraće od jedne, ni duže od pet godina, a to se vrijeme odmjerava samo na pune godine (čl. 67. st. 5). Ukoliko je učiniocu izrečena i kazna zatvora i novčana kazna, sud može odlučiti da se odgodi izvršenje samo kazne zatvora (čl. 67. st. 6).

Kada su u pitanju dopunske obaveze koje sud može izreći uslovno osuđenom licu, treba reći da ne postoje nikakve razlike u odnosu na prethodna zakonodavstva. Uslovno osuđenom se može nametnuti obaveza naknade štete prouzrokovane krivičnim djelom, vraćanje koristi pribavljene krivičnim djelom ili da izvrši neke druge obaveze koje su zakonom predviđene u vezi sa izvršenim krivičnim djelom (čl. 68).²²

Opozivanje uslovne osude je regulisano na sličan način kao i u prethodno navedenim zakonodavstvima. Dakle, uslovna osuda se obavezno opoziva ako uslovno osuđeni u vrijeme provjeravanja izvrši jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena kazna zatvora od dvije godine ili teža kazna (čl. 69. st. 1). Ukoliko je za nova krivična djela izrečena kazna zatvora u trajanju manjem od dvije godine ili novčana kazna, opoziv uslovne osude je fakultativan (čl. 69. st. 2). Dakle, zakonodavac je pošao od stava da izvršenje takvog krivičnog djela nije apsolutan dokaz o neadekvatnosti izrečene uslovne osude i da zbog toga, nije ni osnov za obligato-

¹⁹ Pod zakonskim ublažavanjem kazne se podrazumijeva ublažavanje kazne koje je izvršeno u slučajevima u kojima zakon to izričito predviđa (čl. 57. st. 1), npr. u slučaju pokušaja, pomaganja itd.

²⁰ Sudsko ublažavanje kazne postoji u slučaju kada sud, zakonom propisanu kaznu za određeno djelo, ublažava na osnovu svog uvjerenja da se, s obzirom na postojanje naročito izraženih olakšavajućih okolnosti, svrha kažnjavanja može postići i blažom kaznom od propisane (čl. 57. st. 2).

²¹ U tom smislu v. F. Bačić, Š. Pavlović: Komentar kaznenog zakona, drugi dio, Zagreb, 2006. godine, s. 21.

²² Međutim, Nacrtom prijedloga kaznenog zakona Republike Hrvatske (radna verzija od 18.04.2011. godine) predlaže se mogućnost izricanja velikog broja posebnih obaveza, koje se mogu izreći uz uslovnu osudu ako sud ocijeni da je njihova primjena nužna za zaštitu zdravlja i bezbjednost osobe na čiju štetu je krivično djelo izvršeno ili kada je to nužno za otklanjanje okolnosti koje pogoduju ili podsticajno djeluju na izvršenje novog krivičnog djela. Tako npr. pored naknade štete učinjene krivičnim djelom, predlaže se mogućnost izricanja obaveze učiniocu da uplati određenu sumu novca u korist javne ustanove, u humanitarne ili karitativne svrhe, odnosno u fond za naknadu štete žrtvama krivičnih djela, zatim nastavak obrazovanja ili osposobljavanje za određeno zanimanje, zaposlenje koje odgovara njegovoj stručnoj spremi, liječenje ili nastavak liječenja koje je nužno radi otklanjanja zdravstvenih smetnji koje mogu podsticajno djelovati za izvršenje novog krivičnog djela, zabrana posjećivanja određenih mjesta, objekata i događaja, koje mogu biti prilika ili poticaj za izvršenje novog krivičnog djela, itd.

ran opoziv uslovne osude. Interesantno je da hrvatski zakonodavac, za razliku od prethodno navedenih zakonodavstava, ne navodi, čak ni primjerice, okolnosti koje su mjerodavne prilikom donošenja odluke o opozivu uslovne osude. Postupak suda prilikom opoziva ili neopoziva uslovne osude regulisan je na isti način kao i u već navedenim krivičnim zakonima. Sud će opozvati uslovnu osudu i odrediti izvršenje izrečene kazne ako osuđena osoba tokom provjeravanja ne izvrši obaveze koje su joj određene, a mogla ih je izvršiti. U slučaju da se utvrdi nemogućnost izvršenja obaveza, sud te obaveze može zamijeniti drugima ili osuđenu osobu osloboditi od obaveze (čl. 69. st. 5.). Dakle, sud mora utvrditi zašto obaveze nisu izvršene, odnosno da li je osuđeni mogao te obaveze ispuniti. Ukoliko utvrdi da je osuđeni mogao izvršiti određene obaveze, a to nije učinio, opoziv uslovne osude je obavezan. Treći osnov za opoziv uslovne osude je ranije izvršeno krivično djelo (čl. 69. st. 6) i u tom pogledu rješenje je identično rješenjima koja su prihvaćena u prethodno navedenim zakonima. Kada je u pitanju rok za opozivanje uslovne osude zakonodavac je predvidio da se bez obzira na razloge za opoziv, uslovna osuda ne može opozvati nakon što je protekla godina dana od isteka vremena provjeravanja (čl. 69. st. 7.). Dakle, uslovna osuda se može u tom roku opozvati i zbog ranije učinjenog krivičnog djela, a ne samo zbog novog učinjenog krivičnog djela ili neispunjenja obaveza, kao što je to predviđeno u prethodno navedenim zakonima.²³

3. USLOVNA OSUDA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU U BOSNI I HERCEGOVINI

U pogledu normativnog rješenja, u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini postoje dva različita rješenja; jedno koje je prihvaćeno u Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine, Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i Krivičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i drugo, koje je prihvaćeno u Krivičnom zakonu Republike Srpske. S obzirom da je regulativa uslovne osude u KZ BiH, KZ F BiH i KZ BD BiH identična, i po svojoj suštini slična rješenjima koja su prihvaćena u krivičnim zakonodavstvima na jugoslovenskim prostorima, smatramo da nema potrebe da ih pojedinačno detaljno obrazložimo. Stoga ćemo ukratko izložiti njihovu suštinu, pozivajući se pri tome na odredbe **KZ BiH**.

Kao i u većini prethodno navedenih krivičnih zakonodavstava, uslovna osuda predstavlja mjeru upozorenja kojom se učiniocu krivičnog djela utvrđuje kazna i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne ni duže od pet godina (vrijeme provjeravanja), ne učini novo krivično djelo. Pri odlučivanju hoće li izreći uslovnu osudu, sud će, vodeći računa o svrsi uslovne osude, posebno uzeti u obzir ličnost učinioca, njegov

²³ Interesantno je napomenuti da je Nacrtom prijedloga krivičnog zakona produžen rok za opozivanje uslovne osude i to tako što je predviđeno da se uslovna osuda ne može opozvati nakon što su protekle dvije godine od isteka vremena provjeravanja.

raniji život, njegovo ponašanje poslije učinjenog krivičnog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno (čl. 59 st. 1 i 2.). Uslovna osuda se može izreći kad je učiniocu utvrđena kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna (čl. 59. st. 3.). Dakle, formalni uslov za izricanje uslovne osude postavljen je na isti način kao i u krivičnom zakonodavstvu Slovenije, Makedonije i Hrvatske. Pored ovog uslova, koji se tiče utvrđene kazne za konkretno krivično djelo, zakonom je predviđeno da se uslovna osuda ne može izreći za krivična djela za koja se ni ublažavanjem kazne ne može izreći kazna zatvora manja od jedne godine (st. 4. čl. 59.).²⁴ Imajući u vidu odredbe o granicama ublažavanja kazne (čl. 50) možemo reći da je primjena uslovne osude načelno isključena za krivična djela za koja je kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora od tri ili više godina. Međutim, izricanje uslovne osude je moguće i kod ovih krivičnih djela ako postoje uslovi za primjenu neograničenog ublažavanja kazne. Ako je učiniocu utvrđena i kazna zatvora i novčana kazna, uslovna osuda se može izreći za obje kazne ili samo za kaznu zatvora (čl. 59. st. 5). Ovakvo rješenje predviđa i Krivični zakonik Makedonije, dok je Krivičnim zakonikom Hrvatske u ovom slučaju predviđena mogućnost da se uslovna osuda izrekne samo za kaznu zatvora. Posebne ili dopunske obaveze koje se mogu nametnuti uslovno osuđenom licu su iste kao i u prethodno navedenim zakonima, te ih nećemo posebno obrazlagati. Isto važi i u pogledu osnovna za opozivanje uslovne osude, postupka opozivanja, te rokova za opozivanje. Dakle, *obavezno opozivanje* uslovne osude predviđeno je samo u slučaju kada učinilac u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena kazna zatvora od dvije godine ili teža kazna. Ako je u pitanju krivično djelo za koje je izrečena kazna zatvora u trajanju kraćem od dvije godine ili novčana kazna, opoziv uslovne osude zavisi od ocjene suda utemeljene na okolnostima konkretnog slučaja, pri čemu će sud posebno uzeti u obzir srodnost učinjenih krivičnih djela, te njihov značaj i pobude iz kojih su učinjena (čl. 61). Ako je u osnovi opozivanja uslovne osude ranije izvršeno krivično djelo, sud će opozvati uslovnu osudu ako utvrdi da ne bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se u vrijeme njenog izricanja znalo za to krivično djelo (čl. 62). Neispunjenje izrečenih obaveza predstavlja osnov za opoziv uslovne osude ukoliko sud utvrdi da je osuđeni u ostavljenom roku mogao ispuniti tu obavezu. U protivnom, sud može produžiti rok za ispunjenje obaveze, može je zamijeniti drugom obavezom ili osuđenog osloboditi obaveze ispunjenja izrečene obaveze (čl. 63.). Uslovna osuda se može opozvati u toku vremena provjeravanja, a najkasnije u roku od jedne godine nakon isteka vremena provjeravanja, ako je osnov opozivanja novo krivično djelo ili neispunjenje izrečenih obaveza (čl. 64).

²⁴ Prema ranijem zakonskom rješenju (koje je bilo na snazi prije izmjena krivičnog zakona iz 2010. godine), mogućnost izricanja uslovne osude vezivana je i za propisanu kaznu, jer je zakonom bilo predviđeno da se uslovna osuda za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od deset godina ili teža kazna, može izreći samo ako je kazna zatvora do dvije godine utvrđena ublažavanjem zakonom propisane kazne

Kao što je već rečeno, normativno rješenje uslovne osude koje je prihvaćeno u **Krivičnom zakonu Republike Srpske**, razlikuje se od rješenja koje je prihvaćeno u ostalim krivičnim zakonima u BiH. Te razlike se ne tiču pojma i suštine ove krivične sankcije, jer se i prema KZRS uslovnom osudom učiniocu krivičnog djela utvrđuje kazna i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne niti duže od pet godina, ne učini novo krivično djelo (čl. 46. st. 1). Sud može u uslovnoj osudi odrediti da će se kazna izvršiti i ako osuđeni u određenom roku ne vrati imovinsku korist pribavljenu izvršenjem krivičnog djela, ne naknadi štetu koju je prouzrokovao krivičnim djelom ili ne ispuni druge obaveze predviđene u krivičnopravnim odredbama. Rok za ispunjenje tih obaveza utvrđuje sud u okviru određenog vremena provjeravanja (čl. 46. st. 2). Uslovnom osudom se učiniocu krivičnog djela može utvrditi samo kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna (čl. 47. st. 1.). Dakle, mjerodavna je samo utvrđena, a ne i propisana kazna zatvora. Iz toga proizilazi da se uslovna osuda ne može izreći za krivična djela za koja se ni primjenom odredaba o ublažavanju kazne ne može izreći kazna zatvora u trajanju do dvije godine. To su krivična djela za koja je kao najmanja mjera kazne propisan zatvor u trajanju od deset ili više godina, jer se za takva krivična djela ni ublažavanjem kazne ne može izreći kazna zatvora manja od pet godina. Međutim, mogućnost izricanja uslovne osude ni kod ovih krivičnih djela nije apsolutno isključena, jer sud i kod ovih krivičnih djela može izreći kaznu zatvora ispod pet godina, ukoliko postoje osnovi za neograničeno ublažavanje kazne. Ako se ima u vidu način na koji su kazne propisane u našem zakonodavstvu, onda mogućnost izricanja uslovne osude uz primjenu instituta neograničenog ublažavanja kazne, (teoretski) postoji kod svih krivičnih djela.²⁵

Pri odluci da li će izreći uslovnu osudu, sud će ocijeniti da li se od učinioca sa osnovnom može očekivati da ubuduće neće vršiti krivična djela iako kazna, kojom mu se prijeti, ne bude izvršena, a na osnovu svih okolnosti važnih za takvu ocjenu (čl. 47. st. 2). Iako ovaj zakon, za razliku od ostalih krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini, ne navodi koje su to okolnosti bitne za donošenje takve odluke, nesporno je da se radi o okolnostima vezanim za ličnost učinioca, njegov raniji život, pobude iz kojih je djelo učinjeno, držanje poslije izvršenog krivičnog djela itd. Ako je učiniocu utvrđena i kazna zatvora i novčana kazna, uslovna osuda može se izreći za obje kazne ili samo za kaznu zatvora (čl. 47. st. 3). Kao što smo u prethodnom izlaganju vidjeli, KZ BiH je predvidio da se uslovna osuda ne može izreći za krivična djela za koja se ni ublažavanjem kazne ne može izreći kazna zatvora manja od jedne godine. Krivični zakon Republike Srpske nije postavio ovakvo ograničenje, ali je u odredbi stava 4. čl. 47. predvidio da se *uslovna osuda ne može izreći učiniocu kojem je već jednom izrečena uslovna osuda za učinjeno krivično djelo i učiniocu koji je jednom ili više puta pravosnažno osuđivan na kaznu zatvora*.²⁶ Dakle, postavljena je apso-

²⁵ U tom smislu v. M. Babić, I. Marković, op. cit., s. 396.

²⁶ Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 73, od 30.07.2010. godine) predviđen je stav 4. u čl. 47.

lutna zabrana izricanja uslovne osude učiniocu krivičnog djela kojem je već jednom izrečena uslovna osuda ili je jednom ili više puta osuđen na kaznu zatvora, nezavisno od prirode i težine krivičnog djela za koje je bio osuđen, kao i prirode i težine krivičnog djela za koje mu se sudi, pobuda izvršenja krivičnih djela, proteka vremena između ranijeg i novog krivičnog djela itd. Time je stvoreno jedno paradoksalno rješenje; na jednoj strani imamo mogućnost izricanja uslovne osude za sva krivična djela za koja se u postupku odmjeravanja kazne utvrdi kazna zatvora do dvije godine ili novčana kazna, bez obzira na težinu propisane kazne, a istovremeno mogućnost izricanja uslovne osude isključena je za najlakša krivična djela, npr. za krivična djela za koja je kao poseban maksimum kazne predviđen zatvor do jedne godine, ukoliko je to djelo izvršilo lice kojem je već bila izricana uslovna osuda ili je osuđivan na kaznu zatvora. Nelogičnost takvog zakonskog rješenja dolazi do izražaja i kada se ono uporedi npr. sa odredbama zakona o oslobođenju od kazne, jer proizilazi da se lice kojem je već jednom izrečena uslovna osuda ili je osuđivan na kaznu zatvora može osloboditi od kazne, ali mu se ne može izreći uslovna osuda.

Pored navedenih nelogičnosti, postavlja se pitanje šta praktično znači zabrana izricanja uslovne osude „učiniocu kojem je već jednom izrečena uslovna osuda za učinjeno krivično djelo i učiniocu koji je jednom ili više puta pravosnažno osuđivan na kaznu zatvora“? Može li se uslovna osuda izreći licu kojem je već jednom izrečena uslovna osuda, ali je nastupila zakonska rehabilitacija jer učinilac, u roku od jedne godine nakon isteka vremena provjeravanja nije učinio krivično djelo, te je osuda na uslovnu osudu, po sili zakona, brisana iz kaznene evidencije? Isto pitanje se može postaviti i u odnosu na lica koja su pravosnažno osuđivana na kaznu zatvora, a u odnosu na koja je nastupila zakonska rehabilitacija. Prema našem mišljenju, ovdje se primjenjuje odredba člana 100 stav 1. KZRS prema kojoj se rehabilitacijom briše osuda i prestaju sve pravne posljedice osude, **a osuđeni se smatra neosuđivanim**, što praktično znači da se ograničenje iz stava 4. člana 47. svodi na učinioca krivičnog djela, kojem je već izricana uslovna osuda ili je jednom ili više puta pravosnažno osuđivan na kaznu zatvora, pod uslovom da u odnosu na te osude nije nastupila rehabilitacija. Ovo tim prije, jer se podaci o brisanoj osudi ne mogu dati nikome (čl. 103. st. 3. KZ RS). Interesantno rješenje sadrži Krivični zakonik Italije (čl. 164. „ograničenja pri izricanju uslovne osude) koji takođe ograničava primjenu ove krivične sankcije prema licima koja su već bila osuđivana. Međutim, ovim zakonom je izričito navedeno da uslovna osuda ne može biti izrečena licima kojima je već izricana kazna lišenja slobode, čak i pod uslovom da su ona rehabilitovana. Dakle, ovim zakonom je izričito regulisan međusobni odnos navedenog ograničenja u izricanju uslovne osude i instituta rehabilitacije, što je trebalo uraditi i u KZ RS. Pored navedenog ograničenja, KZ Italije propisuje da se uslovna osuda može izreći samo jednom, ali istovremeno daje mogućnost sudu da licu kojem je već jednom izrečena uslovna osuda, izrekne uslovnu osudu umjesto nove kazne ako kazna koju bi trebao izreći kumulirana sa ranijom kaznom ne prelazi granice određene čl. 163. (čl. 163. predviđa visinu kazne koja može biti utvrđena uslovnom osuda i ona može iznositi

dvije godine i šest mjeseci, dvije godine ili tri godine, zavisno od starosti lica koje je učinilo krivično djelo). Dakle, nije postavljena apsolutna zabrana izricanja uslovne osude licu kojem je već jednom izricana uslovna osuda, kao što je to učinjeno u KZ RS, već je ostavljeno sudu, da na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja i na osnovu svog slobodnog sudijskog uvjerenja, odluči hoće li u takvom slučaju izreći uslovnu osudu. Upravo zbog apsolutnog karaktera zabrane izricanja uslovne osude navedenim licima, kojom se izuzetno ograničava primjena principa slobodnog sudijskog uvjerenja, smatramo da je navedeno rješenje iz KZ RS neprikladno realnim životnim situacijama. S druge strane, isuviše česta i neopravdana primjena uslovne osude u našoj praksi, zahtijeva i određena ograničenja u primjeni uslovne osude, koja ipak moraju biti drugačije postavljena. Ne može se načelno dozvoliti primjena uslovne osude za sva, pa i najteža krivična djela, a onda isključiti njena primjena u odnosu na lica koja su bila osuđivana bez obzira na težinu izvršenog krivičnog djela. Ukoliko se želio suziti krug učinilaca krivičnih djela prema kojim se ona može izreći, onda se mogla npr. isključiti primjena uslovne osude prema licima kojima je već izricana uslovna osuda dva puta (kao što je to urađeno u KZ Crne Gore) ili zabraniti primjena uslovne osude ako je novo djelo po svojoj prirodi i značaju, pobudama izvršenja i sl., isto ili slično sa krivičnim djelom za koje je učinilac već kažnjavao, odnosno ako od ranije osude nije protekao određeni period vremena (kao npr. u KZ Srbije). Isto tako, primjena uslovne osude se mogla ograničiti i s obzirom na težinu krivičnog djela i to tako što bi se isključila mogućnost njene primjene za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora preko deset godina. Dakle, postaviti ograničenje vezano za propisanu kaznu zatvora, bez obzira na vrstu i visinu utvrđene kazne (npr. tumačenjem st. 3. čl. 67. proizilazi da KZ Hrvatske isključuje primjenu uslovne osude za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora preko deset godina).

Druga razlika u regulativi uslovne osude u KZ RS u odnosu na ostale krivične zakone u Bosni i Hercegovini, a i u odnosu na krivične zakone država sa jugoslovenskih prostora, odnosi se na opozivanje uslovne osude. Naime, ZID KZRS *uvedeno je obavezno opozivanje uslovne osude i to kako u slučaju izvršenja novog krivičnog djela tako i zbog ranije izvršenog krivičnog djela*. Naime, odredbom čl. 48. je propisano: „Sud će opozvati uslovnu osudu, ako osuđeni u vrijeme provjeravanja učini jedno ili više krivičnih djela (st. 1). Kada opozove uslovnu osudu, sud će primjenom odredaba iz člana 42. ovog zakona izreći jedinstvenu kaznu i za ranije učinjeno djelo i za novo krivično djelo, uzimajući kaznu iz opozvane uslovne osude kao utvrđenu (st. 2).“ Citirana odredba ne ostavlja ni najmanju mogućnost sudu da ocijeni da li je opozivanje uslovne osude, s obzirom na prirodu i težinu izvršenog krivičnog djela, srodnost ranije izvršenog i novoizvršenog krivičnog djela, pobude iz kojih su djela učinjena itd., kriminalnopolitički opravdano. Dakle, sud će obavezno opozvati uslovnu osudu koja je izrečena npr. zbog krivičnog djela „Oštećenje tuđe stvari“ ako u vrijeme provjeravanja osuđeni izvrši nehatno krivično djelo „Ugrožavanje javnog saobraćaja“. Iako gramatičkim tumačenjem stava 2. proizilazi da će sud i za novo krivično djelo izreći kaznu, mišljenja smo da sud može, ako su za to ispunjeni za-

konski uslovi, za novo krivično djelo učiniocu izreći npr. sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne. U tom slučaju imali bismo, čini nam se, prilično čudnu situaciju u kojoj sud, zbog novoizvršenog krivičnog djela obavezno opoziva uslovnu osudu, i istovremeno za novoizvršeno krivično djelo izriče sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne.

Obavezno opozivanje uslovne osude predviđeno je i u slučaju kada sud, poslije izricanja uslovne osude utvrdi da je osuđeni izvršio krivično djelo prije nego što je uslovno osuđen (čl. 49. st. 1). Dakle, i u ovom slučaju sud će opozvati uslovnu osudu, bez upuštanja suda u ocjenu da li bi bilo osnova za izricanje uslovne osude da se znalo za to djelo. U tom slučaju primijenit će se odredba iz člana 48 stav 2. Mogućnost fakultativnog opoziva uslovne osude ostala je samo u slučaju kada se kao osnov za opozivanje pojavljuje neispunjenje određenih obaveza. Dakle, ako osuđeni u ostavljenom roku ne ispuni obaveze koje su mu određene, sud može, u okviru vremena provjeravanja, produžiti rok za ispunjenje obaveza ili može opozvati uslovnu osudu i izreći kaznu koja je utvrđena u uslovnoj osudi. Ako utvrdi da osuđeni iz opravdanih razloga ne može da ispuni obavezu, sud će ga osloboditi od ispunjenja te obaveze ili je zamijeniti drugom odgovarajućom obavezom predviđenom zakonom (čl. 50). Iako je potpuno jasno da će sud opozvati uslovnu osudu ako osuđeni u ostavljenom roku ne ispuni izrečenu obavezu, a mogao je to učiniti, mišljenja smo da se to moglo reći i u samoj zakonskoj odredbi na sličan način kao što je to urađeno i u KZ BiH i nekim drugim zakonima. Kada su u pitanju rokovi za opozivanje uslovne osude, KZ RS ne odstupa od rješenja koje je prihvaćeno u drugim krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini. Dakle, uslovna osuda se može opozvati za vrijeme provjeravanja, a najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je proteklo vrijeme provjeravanja, ako se opoziv vrši zbog novog krivičnog djela ili zbog neispunjenja obaveza. U tom roku mora postati pravnosnažna odluka kojom se opoziva uslovna osuda.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na osnovu kraće analize normativnog uređenja uslovne osude u krivičnim zakonodavstvima država sa jugoslovenskih prostora, možemo reći da između njih postoje određene razlike, ali da se sva ona svode u suštini na isti koncept uslovne osude. Uslovna osuda predstavlja alternativnu krivičnopravnu mjeru koja se izriče kako bi se odložilo izvršenje izrečene ili utvrđene kazne. Kada je u pitanju visina utvrđene ili izrečene kazne, posmatrana zakonodavstva kao gornju granicu utvrđene i/ili izrečene kazne zatvora uglavnom prihvataju dvije godine (KZ Srbije manje od dvije godine, a Nacrt prijedloga KZ Hrvatske predlaže kaznu zatvora do jedne godine), dok su rješenja u pogledu mogućnosti uslovnog izricanja novčane kazne različita. U većini zakonodavstava su pitanja opoziva uslovne osude, posebnih obaveza uz uslovnu osudu, kao i rokovi za opozivanje, riješena na sličan način. Razlike uglavnom postoje u pogledu ograničenja u izricanju uslovne osude, ali mi ih ovom

prilikom nećemo posebno obrazlagati. Namjera nam je da još jednom ukažemo na specifičnost rješenja koje je prihvaćeno poslednjim izmjenama KZ Republike Srpske. S tim u vezi, napominjemo da je krivično zakonodavstvo Republike Srpske, koje je i nastalo na temeljima nekadašnjeg jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, i nakon svog osamostaljivanja slijedilo principe i rješenja koja su prihvaćena u tom zakonodavstvu. Normalno, novi vidovi kriminaliteta, zahtjevi kriminalne politike, ali i međunarodne zajednice, doveli su do izmjene nekih načela i do uvođenja novih rješenja koja nisu bila poznata u ranijem zakonodavstvu. Istovremeno, vršeno je prilagođavanje postojećih rješenja modernim trendovima i zahtjevima savremenog krivičnog prava, što sve ukupno ipak nije dovodilo do radikalnog odstupanja od rješenja koja su prihvaćena u zakonodavstvu država sa jugoslovenskih prostora. Međutim, posljednja izmjena krivičnog zakonodavstva, koja je izvršena „radi obaveznog usaglašavanja“ našeg krivičnog zakonodavstva sa KZ BiH (čl. 111. ZID KZ BIH iz 2010.) godine, unijela je takve novine u naš krivičnopravni sistem da sada možemo reći da krivično zakonodavstvo Republike Srpske, u pogledu pojedinih rješenja, predstavlja specifikum na jugoslovenskim prostorima. Tu prvenstveno mislimo na rješenja prihvaćena u regulisanju uslovne osude, mada ih u KZ RS ima još. To samo po sebi ne bi bilo ni tako loše, kada bi, u osnovi takvih izmjena stajali zahtjevi kriminalne politike, odnosno sudske prakse, dobra praksa drugih država ili statistički pokazatelji. Nažalost, koliko je nama poznato, izmjene učinjene u regulativi uslovne osude nisu praćene takvim zahtjevima, a još manje jednim ozbiljnim, dugotrajnim i odgovornim radom, koji bi, kao što se to čini kod izmjena ovako značajnih zakona, bio praćen uporednopravnim analizama svih instituta. Stoga i imamo rješenje prema kojem učinioju krivičnog djela ne možemo izreći uslovnu osudu, jer mu je već izricana uslovna osuda ili je kažnjavan kaznom zatvora, ali mu možemo izreći sudsku opomenu ili ga osloboditi od kazne. Ili, još neprihvatljivije rješenje, prema kojem moramo opozvati uslovnu osudu, iako za novo krivično djelo možemo izreći sudsku opomenu ili ga osloboditi od kazne. Upravo zbog takvih nelogičnosti koje su se pojavile u našem krivičnom zakonodavstvu, mislimo da bi bilo dobro još jednom preispitati postojeće odredbe o uslovnoj osudi, te u skladu sa dobrom praksom drugih država i rješenjima koja su prihvaćena na jugoslovenskim prostorima iznaći adekvatnije rješenje.

STADIJUMI U IZVRŠENJU KRIVIČNOG DELA - teorija, praksa i zakonodavstvo -

Prof. dr Dragan Jovašević*

***Apstrakt:** Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više radnji koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvaruje posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu. No, česte su u životu i situacije kada usled preduzete delatnosti nekog lica, posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo. No, moguće je takođe da se za preduzimanje radnje izvršenja zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava krivično delo. Realna opasnost ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca. U ovom radu će biti reči o pojmu, karakteristikama, sadržini i prirodi stadijuma u izvršenju krivičnog dela u teoriji, praksi i uporedom zakonodavstvu.*

***Ključne reči:** krivično delo, radnja izvršenja, posledica, umišljaj, pripremnje radnje, pokušaj, krivična odgovornost, kazna.*

UVODNA RAZMATRANJA

Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvaruje posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu na objektu napada. No, česte su u životu situacije da usled preduzete delatnosti nekog lica, posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno (nepotpuno) delo.¹ No, moguće je takođe da se za preduzimanje radnje izvršenja zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog dela. Realna opasnost povrede ili

* Проф. др Драган Јовашевић, Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Krivično pravo*, Beograd, 2010. godine, str. 72.

ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje na strani učinioca za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja, čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca.²

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu izvršenjem krivičnog dela, pa do preduzimanja radnje izvršenja može da postoji nekoliko stadijuma (ili faza).³ Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema ni krivičnog dela (doduše umišljajnog dela), jeste donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela (iter criminis).⁴ Pošto je doneta kriminalna odluka, učinilac obično odmah pristupa i izvršenju krivičnog dela, tj. preduzimanju delatnosti, jedne ili više njih, koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu nastupi (pa postoji svršeno krivično delo) ili ona pak izostaje usled različitih okolnosti i razloga (kada postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo).⁵ Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke, već je za to potrebno preduzeti određene pripremne radnje u smislu delatnosti kojima se to krivično delo omogućava ili olakšava. Naime, ovim se radnjama stvaraju uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Prema nekim autorima⁶ svršeno i pokušano krivično delo se javljaju samo kao oblici ili forme pojave krivičnog dela u spoljašnjem svetu.

Razmatranje pojedinih stadijuma u izvršenju krivičnog dela od značaja je naročito u situacijama kada učinilac i pored preduzete jedne ili više delatnosti (u okviru bića krivičnog dela ili van njega) ne uspe da ostvari krivično delo (odnosno da realizuje posledicu krivičnog dela na objektu napada u smislu promene ili stanja). U takvim slučajevima krivično delo je samo delimično (parcijalno) ostvareno, Ali i takve situacije nalažu potrebu za odgovarajućim krivičnopravnim rešenjima⁷. Iz napred navedenog proizilazi da su u procesu izvršenja krivičnog dela moguća četiri stadijuma ili faze. Ovi stadijumi su mogući samo kod umišljajno preduzetih krivičnih dela. To je i logično jer kod nehatnih krivičnih dela nema uopšte odluke učinioca da pristupi izvršenju takvog dela. Na taj način su po prirodi stvari isključene i pripremne radnje kao i pokušaj kod ove vrste krivičnih dela. Iz toga proizilazi da se nehatno izvršena krivična dela javljaju samo kao dovršena (svršena) dela.⁸

U procesu izvršenja krivičnih dela, dakle, mogući su sledeći stadijumi ili faze. To su⁹: 1) odluka za izvršenje krivičnog dela, 2) pripremne radnje, 3) pokušaj

² N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005. godine, str. 109.

³ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo*, Opšti dio, Banja Luka, 2008. godine, str. 219.

⁴ Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2002. godine, str. 178.

⁵ D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2010. godine, str. 151.

⁶ F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8. Auflage, Leipzig, 1922. godine, str. 98.

⁷ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, op.cit., str. 72.

⁸ V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo*, Opći dio, Zagreb, 2009. godine, str. 139.

⁹ D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 2002. godine, str. 68-76.

krivičnog dela ili nedovršeno delo, i 4) svršeno (dovršeno, potpuno, kompletno) krivično delo.¹⁰ U savremenom krivičnom pravu, pa tako i u novodonetom zakonodavstvu država koje su nastale raspadom bivše SFR Jugoslavije¹¹, pripremljene radnje nisu više predviđene kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, već samo kao posebno, samostalno krivično delo u posebnom delu zakonika.

Donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela predstavlja psihološki, misaoni, svesni i voljni proces koji se sastoji u uočavanju, analiziranju, prosuđivanju različitih mogućnosti i odabiranju jedne od njih te koncentraciji i usmerenosti volje u cilju njenog ostvarenja.¹² U ovom slučaju bira se krivična delatnost i usmerava volja ka njenom ostvarenju. Pošto donošenje odluke predstavlja jedan nevidljiv, unutrašnji psihološki proces, to sve dok odluka ne bude saopštena ili na drugi način izražena, manifestovana u spoljnom svetu, ona ne može biti saznata od trećih lica, pa prema tome, ne može biti ni predmet krivičnopravne represije.¹³ Jer, ma kakva bila zločinačka misao i ma kakva bila volja za njeno ostvarenje, ona ne može da prouzrokuje nikakvu posledicu sve dok ne bude izražena, materijalizovana u spoljnom svetu. To je osnovni razlog što se danas u savremenom krivičnom pravu ne kažnjava za misli i želje, odnosno za donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela. To uostalom i odgovara duhu stare maksime : "cogitationis poenam nemo patitur"¹⁴. Dakle, predstadijum u izvršenju krivičnog dela uključuje unutrašnju odluku učinioca o izvršenju krivičnog dela. O unutrašnjim odlukama krivično pravo ne sme da vodi računa u skladu sa starom rimskom sentencom: "cogitatio nis poenam nemo patitur" – Ulpianus). Tu uopšte nema uslova za primenu krivičnog zakona.¹⁵

PRIPREMNE RADNJE

Pripremljene radnje su ranije u smislu člana 18. bivšeg Krivičnog zakona SFR Jugoslavije predstavljale delatnosti kojima se umišljajno priprema izvršenje krivičnog dela (ante portas delicti). One se preduzimaju sa ciljem da se stvore pogodni uslovi i pretpostavke za efikasno i uspešno izvršenje krivičnog dela, te predstavljaju niz različitih delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, prethode radnji krivičnog

¹⁰ B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 173.

¹¹ D. Jovašević, Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007. godine, str. 20-24; Lj. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006. godine, str.14-17.

¹² U pravnoj teoriji se javlja veći broj autora prema kojima je prvi stadijum u izvršenju krivičnog dela promišljanje, razmišljanje, odlučivanje o krivičnom delu. Lj. Bavcon, A. Šelih, Kazensko pravo, Splošni del, Ljubljana, 1978. godine, str. 213; A. Mihajlovski, Društvena opasnost krivičnog dela, Beograd, 1977. godine, str. 67.

¹³ P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004. godine, str. 270.

¹⁴ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 140.

¹⁵ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007. godine, str. 142.

dela i ne ulaze u njen sastav.¹⁶ Po svom karakteru i sadržini, pripremne radnje treba da omoguće da se planirano krivično delo uopšte izvrši ili da se ono izvrši lakše, brže, efikasnije i jednostavnije ili pak da izvršeno krivično delo ili njegov učinilac ostanu neotkriveni ili nedokazani. Time pripremne radnje, zapravo, predstavljaju svojevrsan doprinos procesu ostvarenja posledice krivičnog dela¹⁷, koja bez njihovog preduzimanja ili ne bi uopšte nastupila ili ne bi nastupila u planirano vreme, na planiranom mestu ili u planiranom obimu i intenzitetu¹⁸.

To je drugi mogući, eventualni stadijum, faza u procesu izvršenja krivičnog dela, ali koji nije neophodan. Ovaj stadijum je moguć zato što pripremne radnje nisu uvek i u svakom slučaju nužne za proces izvršenja krivičnog dela.¹⁹ S obzirom da pripremne radnje predstavljaju ispoljenu odluku za izvršenje krivičnog dela u spoljnom svetu, i to najčešće fizičkim, telesnim aktivnostima, to one predstavljaju veći stepen težine i društvene opasnosti, pa se stoga u krivičnom pravu i postavlja pitanje njihovog kažnjavanja²⁰. Tako su u savremenom krivičnom pravu²¹ zastupljena dva shvatanja u pogledu kažnjavanja za pripremne radnje, zavisno od toga da li se i na koji način pripremne radnje kažnjavaju kao za "opšti institut" krivičnog prava, tj. kao za stadijum izvršenja krivičnog dela.

Prema prvom shvatanju, koje je prihvaćeno u većem broju savremenih krivičnih zakona, za pripremne radnje kao za stadijum u izvršenju krivičnog dela se u načelu ne kažnjava, osim u izuzetnim slučajevima²². Takvi slučajevi moraju biti izričito predviđeni u posebnom delu krivičnog zakon(ik)a i tada zapravo pripremne radnje predstavljaju samostalno, posebno krivično delo. To znači da samim preduzimanjem delatnosti (koje mogu biti taksativno, pojedinačno navedene) kojim se stvaraju uslovi za izvršenje nekog krivičnog dela, postoji to samostalno krivično delo i za njegovog učinioca sledi u zakonu propisana kazna bez obzira da li je to kasnije krivično delo na čije ostvarenje je pripremanje bilo usmereno uopšte izvršeno ili pokušano.²³ Retka su savremena krivična zakonodavstva koja izričito predviđaju kažnjavanje za pripremne radnje kao za stadijum u izvršenju krivičnog dela. Takvi su npr.: Krivični zakonik Kraljevine Holandije u članu 46.²⁴, Krivični zakonik Ruske

¹⁶ Kažnjavanje za pripremne radnje predstavlja zapravo izraz tendencije u modernom krivičnom pravu za proširenje zone kažnjivosti. Ovde se zapravo radi o stavu društva o tome u kom momentu je opravdano reagovati krivično pravnom represijom na određeno ponašanje (A. Laingui, *La responsabilite penale dans l'ancien droit*, Paris, 1977. godine, str. 137).

¹⁷ P.Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, op.cit., str. 217.

¹⁸ M.Babić, I.Marković, *Krivično pravo*, Opšti dio, op.cit., str. 220-221.

¹⁹ D.Jakovljević, *Pripremne radnje kao krivično delo*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, broj 2/1969. godine, str. 215.

²⁰ B.Pavišić, V.Grozđanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, op.cit., str.143.

²¹ J. Kloter, T. Edwards, *Criminal law*, Cincinnati, 1998. godine, str. 467-475.

²² F.Bačić, *Saučesništvo kod kažnjivih pripremnih radnji*, *Naša zakonitost*, Zagreb, broj 4/1977. godine, str. 50-54.

²³ N.Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, op.cit., str.110-111.

²⁴ *The Dutch Penal Code, 30 th Netherlands*, *The American series of foreign Penal Codes*, 1977. godine.

federacije u članu 29.²⁵, Krivični zakonik Republike Belorusije u članu 15.²⁶ ili pak Krivični zakonik Republike Bugarske u članu 17.²⁷ i dr.

Prema drugom shvatanju (koje je danas u velikoj meri napušteno u krivičnom zakonodavstvu) za pripreme radnje treba predvideti kažnjavanje kao za opšti institut. Na taj način se omogućava, ali istovremeno i ograničava kažnjavanje za pripreme radnje u konkretnim slučajevima u posebnom delu krivičnog zakon(ik)a.²⁸ Budući da neka savremena krivična zakonodavstva izričito predviđaju postojanje i kašnjivost pripremnih radnji kao opšti institut krivičnog prava, to je potrebno da ukažemo na specifičnosti pravnih posledica ovakvih rešenja u praksi²⁹.

Štaviše, neki od savremenih krivičnih zakonika koji poznaju institut "pripremnih radnji" izričito definišu njihov pojam, karakteristike, vrste i način kašnjivosti.³⁰ Tako član 17. bivšeg Krivičnog zakonika Ukrajine³¹ određuje pripreme radnje kao pripremanje krivičnog dela u vidu pronalaženja ili podešavanja sredstava, oruđa ili na drugi način namerno stvaranje uslova za krivično delo. Prema ovom zakonskom rešenju, pripreme radnje se javljaju u dva taksativno navedena oblika. To su: 1) pronalaženje (nabavljanje) ili podešavanje (osposobljavanje) sredstava ili oruđa za izvršenje krivičnog dela, i 2) namerno (sa umišljajem) stvaranje uslova (pretpostavki) za izvršenje krivičnog dela na bilo koji drugi način. Krivični zakonik NR Kine u članu 22. pod pripremnim radnjama smatra takođe pripremanje sredstava ili stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela, pri čemu se takvo lice može blaže kazniti ili osloboditi od kazne.³² Iz ovakvog zakonskog rešenja proizilaze sledeći zaključci: 1) pripreme radnje se sastoje iz dve vrste delatnosti. To su: a) pripremanje sredstava za izvršenje krivičnog dela, i b) stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela, 2) pripreme radnje predstavljaju fakultativni osnov za ublažavanje kazne učinioca takvog krivičnog dela, i 3) pripreme radnje predstavljaju fakultativni osnov za potpuno oslobodenje od kazne učinioca takvog krivičnog dela. Konačno, Krivični zakonik Češke republike u članu 8. stav 2. kao pripreme radnje određuje umišljajno preduzimanje sledećih delatnosti: 1) organizovanje izvršenja krivičnog dela, 2) pribavljanje i osposobljavanje sredstava ili oruđa za izvršenje krivičnog dela, 3) udruživanje, skupljanje, podsticanje ili pružanje pomoći radi vršenja krivičnog dela, i 4) druge radnje kojima se stvaraju uslovi za izvršenje krivičnog dela.³³

²⁵ I. Fedosova, T. Skuratova, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciii, Moskva, 2005. godine, str. 30.

²⁶ Criminal code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2000. godine, str. 17.

²⁷ I. Nenov, A. Stojnov, Nakazateljno pravo, Obša čast, Paralaks, Sofija, 1997. godine, str. 111.

²⁸ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo, op.cit., str.73.

²⁹ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 142-143.

³⁰ B.Petrović, D.Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, op.cit., str. 174-175.

³¹ M.I. Koržanskij, Popularnij komentar Kriminolnogu kodeksu, Naukova dumka, Kiev, 1997. godine, str. 58; Kriminalnij kodeks Ukrajini, Oficijne vidanija, Kiev, 1997. godine, str. 13.

³² C.D. Pagle, Chinese Criminal Law, Peking, 1998. godine, str.5.

³³ Trestny zakon s izmeneniami i dopolneniami v 1973. Praha, 1974. godine, str. 25.

Pripreme radnje su se prema ranije važećim zakonskim rešenjima u SFR Jugoslaviji (član 18. KZ SFRJ iz 1976. godine) sastojale iz niza različitih delatnosti. Neke od tih delatnosti su bile usko vezane za radnju izvršenja, tako da su predstavljale značajan ili bitan uslov njenog izvođenja, dok su druge manje ili više udaljene od radnje izvršenja tako da ne predstavljaju neposredan napad na zaštićeno dobro, niti ga ugrožavaju. U skladu sa takvim rešenjima, pripreme radnje su obuhvatale sledeće delatnosti³⁴: 1) nabavljanje i osposobljavanje sredstava za izvršenje krivičnog dela, 2) otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela, 3) dogovaranje, planiranje ili organizovanje sa drugima izvršenje krivičnog dela, i 4) druge radnje kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog dela.³⁵

POKUŠAJ KRIVIČNOG DELA

Krivično delo je protivpravno skrivljeno u zakonu određeno delo. Kao osnovni i najvažniji element pojma krivičnog dela javlja se delo (radnja učinioca sa prouzrokovanom posledicom u spoljnom svetu). Donošenje odluke o izvršenju krivičnog dela se javlja kao prvi, obavezni stadijum u izvršenju krivičnog dela uopšte. To znači da nema krivičnog dela ako pre toga učinilac nije posle kraćeg ili dužeg misaonog, psihološkog procesa, doneo odluku o njegovom izvršenju. Preduzimanjem delatnosti koja je u zakonu određena kao element bića krivičnog dela, ostvaruje se po pravilu posledica krivičnog dela u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu. U tom slučaju postoji svršeno krivično delo. Ova se posledica u vidu povrede ili ugrožavanja javlja na objektu krivičnog dela, a taj objekat pripada oštećenom licu, žrtvi ili pasivnom subjektu.³⁶

No, moguće je da preduzetom radnjom koja predstavlja obeležje bića konkretnog krivičnog dela, posledica koja se htela, želela i nameravala ostvariti na taj način, ipak izostane. U takvom slučaju postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo. Zbog ispoljenog stepena opasnosti koja je pretila ugrožavanjem zaštićenog dobra i zbog ispoljene kriminalne volje učinioca pri preduzimanju delatnosti krivičnog dela, svi savremeni krivični zakoni koji uopšte poznaju pokušaj krivičnog dela kao opšti institut krivičnog prava, predviđaju kažnjavanje njegovog učinioca. U našem krivičnom pravu pokušaj je kažnjiv ako je upravljn na izvršenje krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, odnosno kada to zakon izričito propiše u posebnom delu, pri čemu se učinilac može i blaže kazniti.

³⁴ F. Bačić, O kažnjivim pripremnim radnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1-2/1984. godine, str. 155-172.

³⁵ Lj. Nešić, Pripreme radnje prema KZ SFRJ, Bezbednost, Beograd, broj 6/1990. godine, str. 581-587.

³⁶ D. Jakovljević, Pokušaj kao stadijum izvršenja krivičnog dela, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1-2/1995. godine, str.132.

Појам покушаја кривичног дела

Покушај или недовршено кривично дело³⁷ је следећи могући, дакле необавезни стадијум у извршењу кривичног дела. Он постоји када је извршење кривичног дела започето са умишљajem, али није довршено (члан 30. Кривичног законика Републике Србије)³⁸. То је дакле, умишљajно започињање извршења кривичног дела које није довело до наступања свих законских обележја кривичног дела.³⁹ Код покушаја кривично дело остаје некомплетно, јер се остварује само један његов законски део.⁴⁰ Овај стадијум може да траје само до момента док не наступи последица у смислу промене или стања на објекту напада.⁴¹

Покушај кривичног дела заправо постоји када је кривична волја обелоданјена радњом која по укупном плану учиниоца непосредно води угрожавању заштићеног објекта конкретног кривичног дела.⁴² Код покушаја учинилац, пошто је doneo одлуку и eventualno извршио припремне радње, прелази на остваривање радње извршења, односно предузима једну или више делатности које су одређене као законски елемент бића конкретног кривичног дела.⁴³ Али и поред предузимања радње од стране учиниоца, на одређени начин или одређеним средством, ипак не долази до наступања последице у смислу промене или стања у спољном свету, па се не остварује биће кривичног дела у потпуности, већ само делимично.⁴⁴ Практично у савременом кривичном праву је присутна тенденција проширивања зоне кажњивости⁴⁵, тако што се у дефинисању и квалификовању граничних зона по дефиницији relativно осунчених и не до краја rigidних, виша каснија фаза у процесу извршења кривичног дела (покушај кривичног дела) проширује према претходној фази (припремне радње) обухватајући поједине њене манифестације. Тако долази до проширења појма свршеног дела кроз формална кривична дела – дела без последице.⁴⁶

³⁷ D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2006. godine, str. 579

³⁸ S. Sremac, *Kažnjavanje za pokušaj*, i čl. 90. KZ, *Odvjetnik*, zagreb, broj 6/1952. godine, str. 11-13.

³⁹ Na sličan način govori i T. Živanović kada svršeno i pokušano дело određuje kao две појамно највише опште врсте кривичних дела (T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930. godine, str. 99).

⁴⁰ Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2001. godine, str. 220.

⁴¹ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo, op.cit.*, str. 74.

⁴² D. de Vebres, *Traite de droit criminel et de legislation penale comparee*, Paris, 1947. godine, str. 134.

⁴³ Neki inostrani krivični zakonici proširuju pojam pokušaja. Tako u Crnoj Gori u odredbi čl. 20. stav 2. Krivičnog zakonika kao započinjanje izvršenja krivičnog дела smatra se i upotreba određenog sredstva ili primena određenog načina izvršenja ako su oni zakonom određeni kao obležja krivičnog дела (Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004. godine, str. 80-83).

⁴⁴ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona, op.cit.*, str. 144-145.

⁴⁵ A. Carić, *O subjektivnoj strani pokušaja*, *Naša zakonitost*, Zagreb, broj 1/1976. godine, str. 49-57.

⁴⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1966. godine, str. 341.

Iako pokušaj krivičnog dela predstavlja institut opšteg dela krivičnog prava i jedan od stadijuma u izvršenju krivičnog dela, to ipak ne znači da se pokušaj može pojaviti kod svih krivičnih dela, odnosno kod svakog krivičnog dela.⁴⁷ Naime, postoje takva krivična dela kod kojih pokušaj nije moguć⁴⁸ zbog njihove prirode kao što su to prava krivična dela nečinjenja (kod kojih se radnja izvršenja sastoji u nečinjenju, svesnom i voljnom propuštanju telesnog pokreta. Ovde se zapravo radnja izvršenja sastoji u neizvršenju određene obaveze koja je sadržana u naređujućoj, inhibitornoj normi da se preduzme određena delatnost)⁴⁹. Dalje, pokušaj krivičnog dela nije moguć kod onih dela kod kojih i samim preduzimanjem radnje izvršenja postoji svršeno krivično delo. Ovde je dakle, momenat započinjanja radnje izvršenja dovoljan za postojanje svršenog krivičnog dela, bez obzira da li je posledica nastupila ili ne, ili pak uopšte nije mogla da nastupi pod postojećim okolnostima.

Takođe, postoje i takva krivična dela kod kojih nije moguć svršeni pokušaj, budući da se preduzimanjem radnje izvršenja ostvaruje svršeno krivično delo. Radi o se, naime, o takvim krivičnim delima koja u svom zakonskom opisu bića dela ne sadrže posledicu kao obavezan, konstitutivni elemenat. To su krivična dela koja za posledicu imaju apstraktnu opasnost kod kojih zapravo započinjanjem preduzimanja radnje izvršenja postoji svršeno krivično delo, jer je stvorena opšta, apstraktna opasnost po napadnuto dobro. To su nepravna ili apstraktna krivična dela ugrožavanja.⁵⁰

U jednom delu pravne teorije⁵¹ se dalje smatra da pokušaj nije moguć ni kod verbalnih krivičnih dela. To su dela koja se sastoje: 1) u odavanju tajne njenim saopštavanjem drugom licu, 2) u pozivanju ili podsticanju drugih lica na vršenje krivičnih dela protiv ustavnog uređena ili na nepostupanje po zakonitim odlukama ili merama državne vlasti ili 3) u povredi časti ili ugleda drugog lica saopštavanjem neistinih ili istinitih, ali nepristojnih, difamnih činjenica i okolnosti i sl.

Konačno, pokušaj krivičnog dela nije moguć ni kod delatnosnih krivičnih dela. To su krivična dela za čije postojanje i pravnu kvalifikaciju zakon ne traži nastupanje posledice dela. Suština ovih dela se zapravo sastoji u preduzimanju protivpravne, u zakonu određene delatnosti, pa se ova dela smatraju svršenim samim momentom preduzimanja radnje izvršenja u celosti.⁵²

⁴⁷ Lj. Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana, 2007. godine, str. 181.

⁴⁸ M.Babić, I.Marković, Krivično pravo, Opšti dio, op.cit., str. 229.

⁴⁹ Lj. Jovanović, D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2003. godine, str. 77.

⁵⁰ D. Jovašević, Leksikon krivičnog prava, op.cit., str. 478.

⁵¹ B. Čejović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002. godine, str. 301.

⁵² P.Novoselec, Opći dio kaznenog prava, op.cit., str. 273-275.

Elementi pokušaja krivičnog dela

Iz domaćih i inostranih zakonskih tekstova, proizilazi da pokušaj predstavlja nedovršeno krivično delo, delo koje je započeto, ali nije dovršeno.⁵³ Pokušaj krivičnog dela zapravo predstavlja poseban isečak iz celokupne dinamike kriminalnog događaja smešten između pripremnih radnji i dovršenja krivičnog dela.⁵⁴ To delimično ostvarenje krivičnog dela preduzimanjem napada na zaštićeno dobro čini suštinu pokušaja.⁵⁵ Pokušaj, dakle, predstavlja napad na krivičnim pravom zaštićena dobra sa ciljem, sa namerom da se prouzrokuje promena na objektu napada, tj. ostvarenje zabranjene posledice. I upravo to izostajanje ciljane posledice formira pokušaj kao opasnu delatnost bez rezultata.⁵⁶ Preduzimanje radnje krivičnog dela kojom se napada na zaštićeni objekat i izostanak posledice koja se htela ostvariti preduzetom radnjom čine bitne elemente pokušaja bez obzira na to da li je napad bio podesan za ostvarenje posledice ili ne.⁵⁷

Prema tome, pokušaj postoji onda kada je krivično delo započeto sa umišljajem ali nije dovršeno, bez obzira na to da li je moglo biti izvršeno ili ne, tj. da li je posledica mogla nastati ili ne.⁵⁸ Za postojanje pokušaja je potrebno ispunjenje sledećih elemenata: 1) preduzimanje umišljajne delatnosti (namerno postupanje učinioca) što zahteva prethodno donetu odluku za izvršenje krivičnog dela, 2) započinjanje (početak) krivičnog dela preduzimanjem radnje izvršenja, i 3) odsustvo posledice, odnosno nedovršenost dela.

Prvi element pokušaja je preduzimanje dela sa umišljajem. To isključuje mogućnost postojanja pokušaja krivičnog dela iz nehata, odnosno pokušaj ne može da postoji kod nehatnih krivičnih dela. A delo je preduzeto sa umišljajem ako je prethodno postojala odluka učinioca da pristupi njegovom izvršenju i preduzimanje delatnosti koja ima za cilj, nameru da prouzrokuje posledicu (čija predstava u svesti učinioca i predstavlja unutrašnji pokretač učinioca na aktivnost). Ta odluka treba da obuhvati svest učinioca o svim okolnostima bića krivičnog dela kao i volju učinioca da to delo izvrši. Tamo gde nije postojala odluka za izvršenje određenog krivičnog dela ne može da postoji ni pokušaj.⁵⁹ Da bi postojao pokušaj, delo mora biti započeto. To je drugi element pokušaja. Delo je započeto kada je učinilac preduzeo jednu ili više delatnosti koje prema zakonskom opisu čine radnju izvršenja krivičnog dela. Radi se

⁵³ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 144-145.

⁵⁴ Grupa autora, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Savremena administracija, Beograd, 1995. godine, str.109-110.

⁵⁵ B.Petrović, D.Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, op.cit. str. 176-177.

⁵⁶ Đ. Đorđević, Pokušaj krivičnog dela ljačke, Bezbednost i društvena samozaštita, Beograd, broj 12/1989. godine, str. 35-39.

⁵⁷ M.Babić, I.Marković, Krivično pravo, Opšti dio, op.cit., str. 224-225.

⁵⁸ B. Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi, Prva knjiga, Opšti deo, Beograd, 1985. godine, str. 170-172.

⁵⁹ B.Pavišić, V.Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str.145.

naime o delatnostima koje su preduzete na određeni način, određenim sredstvom, na određenom mestu i u određeno vreme, dakle pod okolnostima i uslovima koje ulaze u sastav bića krivičnog dela.⁶⁰

Radnja izvršenja je započeta kada je preduzeta prva delatnost koja ulazi u sastav radnje izvršenja.⁶¹ Delo je započeto i onda kada su izvedene sve delatnosti koje ulaze u njen sastav, tj. kada je radnja u potpunosti ostvarena, ali je rezultat izostao.⁶² Dakle, za postojanje pokušaja je bitno da je preduzeta delatnost koja neposredno, direktno vodi ka prouzrokovanju posledice krivičnog dela.⁶³ Započinjanje radnje izvršenja (kao elemenat pokušaja) od značaja je i za rešavanje brojnih krivičnopravnih pitanja u sudskoj praksi, kao što su sledeća⁶⁴:

1) kod složenog krivičnog dela (kao oblika prividnog realnog sticaja) koje se sastoji od dve ili više povezanih delatnosti, samim preduzimanjem prve radnje iz sastava dela, postoji pokušaj složenog krivičnog dela (npr. kod krivičnih dela razbojništva ili razbojničke krađe),

2) kod krivičnih dela kod kojih je kao elemenat bića dela predviđen poseban način ili sredstvo izvršenja – upotreba sile ili pretnje, pokušaj postoji samim momentom primene sile ili pretnje prema nekom licu ili predmetu (npr. kod krivičnog dela silovanja),

3) kod krivičnih dela kod kojih je kao elemenat bića predviđeno i preduzimanje neke od pripremnih radnji, samim preduzimanjem ovakve delatnosti, ostvaren je i pokušaj krivičnog dela (kod krivičnog dela teške krađe provaljivanjem ili obijanjem zatvorenog prostora da se dođe do stvari koja je predmet radnje),

4) kod posrednog izvršilaštva gde se učinilac za izvršenje krivičnog dela poslužuje drugim licem (neposrednim, faktičkim izvršiocem) kao sredstvom za izvršenje dela, pokušaj dela postoji kada to lice (neposredni izvršilac) započne sa preduzimanjem radnje izvršenja koja je elemenat bića krivičnog dela,

5) momenat započinjanja radnje izvršenja krivičnog dela je od značaja kod krivičnih dela za čije ostvarenje je neophodno potrebno da i sama žrtva (pasivni subjekt ili oštećeni) preduzme neku od radnji koje vode procesu ostvarenja posledice krivičnog dela. U takvim slučajevima, već samo stvaranje uslova, situacije koja neposredno prethodi radnji žrtve, predstavlja pokušaj krivičnog dela.

Treći elemenat pokušaja je izostanak posledice krivičnog dela i to nezavisno od okolnosti koje su vezane za ličnost učinioca dela.⁶⁵ Za pokušaj krivičnog dela je najvažnije da krivično delo nije dovršeno. To znači da je radnja izvršenja započeta

⁶⁰ N.Mrvić Petrović, Krivično pravo, op.cit., str.112.

⁶¹ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str. 181.

⁶² V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 144-146.

⁶³ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo, op.cit., str. 74-75.

⁶⁴ Grupa autora, Komenar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, op.cit., str. 114.

⁶⁵ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str.181.

pa prekinuta ili je radnja izvršenja dovršena, ali posledica u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu ipak nije nastupila. Prema tome, nepostojanje posledice, njen izostanak odnosno nenastupanje je najbitniji elemenat pokušaja.⁶⁶ Nedostatak posledice usled preduzete radnje izvršenja krivičnog dela čini bit, suštinu pokušaja.

Vrste pokušaja krivičnog dela

S obzirom na to da radnja izvršenja može biti započeta, pa prekinuta ili dovršena, okončana u potpunosti, zakon razlikuje dve vrste pokušaja. To su⁶⁷: 1) svršeni pokušaj krivičnog dela, i 2) nesvršeni pokušaj krivičnog dela. Svršeni pokušaj (*delictum perfectum*) se još u teoriji krivičnog prava naziva promašeno krivično delo. On postoji kada je učinilac započeo i dovršio radnju izvršenja, ali posledica krivičnog dela nije nastupila. U inostranoj literaturi danas gotovo preovlađuje shvatanje, prema kome svršeni pokušaj postoji kada učinilac veruje da je preduzeo sve što je potrebno za dovršenje krivičnog dela, ali je posledica ipak odsutna.⁶⁸ Nesvršeni pokušaj (*delictum imperfectum*) se u teoriji krivičnog prava još naziva prost pokušaj. On postoji kada učinilac započne radnju izvršenja, ali je ne dovrši, pa se logično na taj način i ne steknu svi potrebni uslovi neophodni za nastupanje posledice krivičnog dela.⁶⁹ Nesvršeni pokušaj naime postoji kada učinilac nije preduzeo sve delatnosti koje po njegovom planu treba da dovedu do nastupanja posledice krivičnog dela.⁷⁰

Deoba pokušaja na svršeni i nesvršeni ima poseban značaj za sudsku praksu⁷¹: 1) kod utvrđivanja ispunjenosti uslova za postojanje dobrovoljnog odustanka (budući

⁶⁶ U tom smislu nam sudska praksa pruža obilje interesantnih primera. Više: V. Đurđić, D. Jovašević, Praktikum za krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2008. godine: Kada okrivljeni razbije staklo na izlogu kioska, ali je videvši da se iza stakla nalazi zaštitni lim koji nije imao čime da probije, odustao od daljeg izvršenja krivičnog dela, reč je o pokušaju krivičnog dela teške krađe (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1745/2001 od 27.11. 2001. godine); Delo je ostalo u pokušaju kada su trojica optuženih tukli oštećenog u nameri da mu oduzmu novac i stvari, ali su odustali od izvršenja krivičnog dela kada su ustanovili da oštećeni kod sebe nije imao novac (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1622/99 od 16.11.2000. godine); Ako napasnik započne čin silovanja nad oštećenom, ali ga ne ostvari, jer je naišlo lice koje ga je u tome omelo, reč je o krivičnom delu silovanja u pokušaju, a ne o bludnim radnjama (presuda Vrhovnog suda Crne Gore Kž. 98/96 od 7.11.1996. godine); Kada optuženi obiju kiosk i prilikom izlaska iz kioska budu uhvaćeni, radi se o svršenom delu bez obzira što su bili opaženi od milicionera već prilikom provaljivanja (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 679/92 od 1.10.1992. godine); Pokušaj krivičnog dela postoji i kada učinilac nije zasnovao takvo pritežanje nad oduzetim tuđim pokretnim stvarima kojim bi onemogućio oštećenog u daljem raspolaganju tim stvarima (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1251/86 od 16.1.1987.godine).

⁶⁷ B.Pavišić, V.Grozđanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str. 145.

⁶⁸ Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, op.cit., str. 225.

⁶⁹ A. Schonke, A. Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 18.Auflage, Munchen, 1978. godine, str. 302; E. Mezger, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 1954. godine, str. 203.

⁷⁰ B. Čejović, Krivično pravo, Opšti i posebni deo, Beograd, 2006. godine, str. 305.

⁷¹ G.Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, Skopje, 1998. godine, str. 199-201.

da ovaj institut opšteg dela krivičnog prava nije moguć uvek kod svršenog pokušaja), i 2) u postupku odmeravanja kazne, jer se za nesvršeni pokušaj blaže kažnjava budući da na ovaj način ispoljeni intenzitet prouzrokovane opasnosti i težina učinjenog dela, ali i ispoljena kriminalna volja učinioca krivičnog dela, dobijaju blaži, niži stepen.

Pored navedene dve vrste "zakonskih" pokušaja, u pravnoj teoriji je poznat i kvalifikovani pokušaj krivičnog dela.⁷² Kvalifikovani pokušaj krivičnog dela je, zapravo vrsta pokušaja krivičnog dela gde se preduzetom radnjom, kojom se htelo ostvariti pokušano delo, prouzrokovalo biće drugog krivičnog dela. Ovaj pokušaj je od značaja za pravnu kvalifikaciju dela. Naime, u ovakvim slučajevima postoji pokušano krivično delo, a činjenica da je tim pokušajem ostvareno drugo krivično delo uzima se u obzir kod odmeravanja kazne za pokušano krivično delo.⁷³ U slučaju pak da je pokušano lakše, a usled preduzete radnje izvršenja tog dela je pak proizašlo drugo teže krivično delo, onda će postojati ili kvalifikovano krivično delo (pod uslovom da zakonik predviđa ovaj oblik odgovornosti i pooštreno kažnjavanje) ili sticaj krivičnih dela, ukoliko teže delo ne apsorbuje pokušano delo.⁷⁴

Posebnu vrstu pokušaja predviđa Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela⁷⁵ Republike Srbije iz 2008. godine. Prema članu 10. ovog zakona i pravno lice odgovara za pokušaj krivičnog dela pod uslovom da je zakonom propisana kažnjivost za pokušaj. Pri tome se i odgovornom licu u pravnom licu za pokušano delo može izreći zakonom propisana kazna, ali se ona može ublažiti. U slučaju da je pravno lice sprečilo dovršenje krivičnog dela (član 10. stav 3.) ono se može potpuno osloboditi od kazne. Ovo je poseban oblik dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela. Pravno lice pod navedenim uslovima odgovara za svršeno krivično delo, dakle delo kojim je prouzrokovana posledica. Pokušaj ili nedovršeno krivično delo postoji kada je izvršenje krivičnog dela započeto sa umišljajem, ali nije dovršeno. Ovakvo rešenje je u Bosni i Hercegovini predviđeno u sljedećim odredbama: člana 26. Krivičnog zakona BiH, člana 28. Krivičnog zakona FBiH, člana 28. Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH i člana 20. Krivičnog zakona Republike Srpske. Slično rešenje poznaje i član 8. Zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena dela Slovenije.

Pravna priroda pokušaja krivičnog dela

U teoriji krivičnog prava odavno se postavilo pitanje da li za pokušaj krivičnog dela treba kazniti učinioca i na koji način.⁷⁶ U osnovi ovog pitanja zapravo se nalazi suština pokušaja gde i pored preduzete radnje učinioca posledica u smislu povrede

⁷² A. Mayer, Lehrbuch, Leipzig, 1922. godine, str. 192; G. Bettiol, Diritto penale, Cedam-Padova, 1982. godine, str. 561.

⁷³ M.Babić, I. Marković, Krivično pravo, Opšti dio, op.cit., str. 230.

⁷⁴ N. Mrvić Petrović, Krivično pravo, op.cit., str. 113.

⁷⁵ Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/2008.

⁷⁶ B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, op.cit., str. 178.

zaštićenog dobra ipak nije nastupila. U davanju odgovora na ovo pitanje iskristalisala su se tri shvatanja. To su: 1) objektivno, 2) subjektivno i 3) objektivno-subjektivno.⁷⁷

Po objektivnoj teoriji pravni osnov pokušaja nalazi se u postojanju opasnosti za određeno pravno dobro, s obzirom na to da je učinilac ipak preduzeo jednu ili više delatnosti koje su upravljene na prouzrokovanje posledice krivičnog dela. Naime, usled tako preduzete radnje postojala je realna, stvarna, neposredna, bliska mogućnost da pravno dobro bude povređeno. Stoga je i logično da se za pokušaj krivičnog dela kažnjava. Međutim, pošto ne dolazi do posledice povrede (što znači da napadnuto dobro nije uništeno, oštećeno ili učinjeno neupotrebljivim) za pokušaj treba blaže kazniti nego za svršeno krivično delo.

Subjektivna teorija⁷⁸ pravni osnov pokušaja nalazi u ispoljavanju kriminalne, zločinačke volje na strani učinioca dela. Donoseći odluku da izvrši krivično delo, učinilac je ovu odluku realizovao preduzimanjem aktivnosti, telesnih pokreta u spoljnom svetu sa ciljem, sa namerom da prouzrokuje nameravanu posledicu krivičnog dela. Zapravo ostvarenje posledice i predstavlja cilj donete odluke i preduzetih aktivnosti u pravcu njenog ostvarenja.⁷⁹ Stoga, po ovoj teoriji⁸⁰, nema potrebe da se pravi razlika između pokušaja i svršenog krivičnog dela, jer se i u jednom i u drugom slučaju podjednako ispoljava kriminalna, zločinačka volja učinioca. S obzirom na to, budući da je preduzetom radnjom jasno i nedvosmisleno ispoljena u spoljnom svetu kriminalna volja učinioca za ostvarenjem krivičnog dela, treba podjednako kazniti učinioca i za pokušano i za svršeno krivično delo.⁸¹

I konačno, po objektivno-subjektivnoj teoriji, suština pokušaja se podjednako nalazi i u postojanju opasnosti za zaštićeno dobro usled preduzete radnje izvršenja i u izraženoj zločinačkoj, odnosno kriminalnoj volji učinioca dela. Stoga se prema zastupnicima ovog shvatanja učinilac pokušanog krivičnog dela kažnjava samo u slučaju pokušaja izvršenja težeg krivičnog dela na što ukazuje vrsta i visina propisane kazne u zakonu za to krivično delo. Za pokušaj se učinilac kažnjava kaznom koja je u zakonu propisana za pokušano krivično delo, ali budući da posledica dela ipak nije nastupila u konkretnom slučaju, zakonik dozvoljava sudu mogućnost da učinioca pokušanog dela blaže kazni.

Značaj pokušaja u krivičnom pravu

U domaćem krivičnom pravu, kao uostalom i u velikom broju inostranih krivičnih zakona, za pokušaj se kažnjava uvek kada se radi o krivičnim delima za koja se može izreći pet godine zatvora ili teža kazna, a u pogledu drugih krivičnih

⁷⁷ R.Garraud, *Traite theoretique et pratique de droit penal francais*, Paris, 1924. godine, str. 494.

⁷⁸ G.Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del, op.cit., str. 202-203.

⁷⁹ Lj.Selinšek, *Kazensko pravo*, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str. 183.

⁸⁰ B.Pavišić, V.Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, op.cit., str.144.

⁸¹ G.Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del, op.cit., str.204-205.

dela samo onda kada zakon izričito propisuje da će se kazniti za pokušaj tih dela. Iz ovoga proizilazi da je za obavezno kažnjavanje pokušaja odlučna težina krivičnog dela izražena u vrsti i visini propisane kazne.⁸² No, zakonodavac ovlašćuje sud da za pokušaj krivičnog dela može blaže kazniti učinioca nego za svršeno krivično delo.

To znači da pokušaj kao opšti institut krivičnog prava⁸³: 1) predstavlja nedovršeno krivično delo, te kao takav znači olakšavajuću okolnost od značaja kod odmeravanja kazne učiniocu konkretnog krivičnog dela. To je, zapravo, okolnost koja se ogleda u obimu, prirodi i stepenu prouzrokovane posledice – budući da je u ovom slučaju posledica krivičnog dela potpuno izostala, 2) ima značaj kod procene stepena konkretne društvene opasnosti učinjenog krivičnog dela i ličnosti njegovog učinioca – budući da nema posledice krivičnog dela, i 3) predstavlja fakultativni osnov za ublažavanje kazne, dok je nepodoban pokušaj fakultativni osnov za oslobođenje od kazne u potpunosti učinioca u konkretnom slučaju.

NEPODOBAN POKUŠAJ KRIVIČNOG DELA

Krivično pravo Srbije takođe poznaje institut nepodobnog pokušaja. On je uređen odredbama člana 31. Krivičnog zakonika.⁸⁴ Nepodoban pokušaj u smislu ovih zakonskih rešenja postoji kada do nastupanja posledice nije došlo zbog toga što su sredstva⁸⁵ sa kojima je ili predmet prema kome je preduzeto izvršenje dela bili takvi da se krivično delo nije moglo uopšte izvršiti.⁸⁶ Praktično do nepodobnog pokušaja dolazi zato što sredstva kojima je preduzeta radnja izvršenja nemaju takva svojstva⁸⁷, da bi se sa njima mogla prouzrokovati posledica ili je predmet radnje neprijemčiv i nepogodan za nastupanje posledicu koja se prema umišljaju učinioca htela na njemu proizvesti.⁸⁸

Savremena krivična zakonodavstva retko poznaju ovaj institut opšteg dela krivičnog prava. Jedan od njih je Krivični zakonik Grčke koji u članu 43. smatra da nepodoban pokušaj postoji kada neko započne krivično delo mislima ili protiv objekta takve prirode da se izvršenje krivičnog dela čini nemogućim.⁸⁹ I Švajcarski

⁸² P.Novoselec, Opći dio kaznenog prava, op.cit., str. 278-279.

⁸³ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str.184-185.

⁸⁴ B. Petrović, D. Jovašević, Krivično pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str.179-180.

⁸⁵ U pravnoj teoriji se pak mogu naći i takva shvatanja prema kojima nepodoban pokušaj krivičnog dela postoji i u slučaju nepodobnosti subjekta odnosno učinioca krivičnog dela. Radi se o krivičnim delima sa specijalnim ličnim svojstvom subjekta (delicta propria), pa u slučaju da takvom licu nedostaje u zakonu predviđeno lično svojstvo ili lični odnos prilikom preduzimanja radnje izvršenja, postoji nepodoban pokušaj tog krivičnog dela.

⁸⁶ Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, op.cit., str. 229.

⁸⁷ P.Novoselec, Opći dio kaznenog prava, op.cit., str. 279-280.

⁸⁸ G.Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, op.cit., str. 206-207.

⁸⁹ N. Lolis, G. Mangakis, The Greek Penal Code, Sweet-Maxwell, London, 1973. godine, str. 25.

krivični zakonik u članu 23. poznaje nepodoban pokušaj koji predstavlja osnov za ublažavanje kazne.⁹⁰ Krivični zakonik Republike Hrvatske u članu 33. stav 3. kao vrstu pokušaja poznaje i neprikladan pokušaj kada su sredstvo ili predmet izvršenja krivičnog dela neprikladni.⁹¹ Krivični zakon Izraela u članu 33. stav 3. smatra da nepodoban pokušaj kao vrsta pokušaja postoji kada iz razloga nepoznatih učiniocu, izvršenje krivičnog dela nije bilo moguće.⁹² Krivični zakonik Republike Slovenije u članu 23.⁹³, Krivični zakonik Republike Crne Gore u članu 21.⁹⁴ i Krivični zakonik Republike Makedonije u članu 20.⁹⁵, na gotovo istovetan način određuju pojam i sadržinu nepodobnog pokušaja. Prema ovim zakonskim rešenjima nepodoban pokušaj postoji kada sredstvo ili predmet izvršenja krivičnog dela nisu bili takvih svojstava da su mogli prouzrokovati posledicu krivičnog dela. Krivični zakonik Republike Austrije u članu 15. stav 3. nepodoban pokušaj određuje ako dovršenje krivičnog dela nije bilo moguće ni u kojim okolnostima u nedostatku ličnih osobina ili prilika koje zakon pretpostavlja od lica koje vrši krivično delo ili prema vrsti radnje ili predmeta na kome je izvršeno delo.⁹⁶ Nemački krivični zakonik u članu 23. stav 3. ovu vrstu pokušaja vezuje za pogrešno shvatanje učinioca krivičnog dela da može izvršiti krivično delo.⁹⁷

Zbog postojanja negativnih svojstava na strani sredstava kojima se delo vrši ili predmeta na kome se vrši, ne postoji objektivna mogućnost za izvršenje krivičnog dela. To znači da tim sredstvima⁹⁸, odnosno na tom predmetu, u postojećim uslovima ne samo učinilac, nego ni bilo koje drugo lice ne bi uopšte moglo izvršiti nameravano krivično delo. No, nepodoban pokušaj⁹⁹ ne postoji ako je sredstvo za izvršenje krivičnog dela inače ispravno i podobno za prouzrokovanje posledice, ali učinilac nije znao da ga upotrebi, odnosno da rukuje sa njim. To znači da nepodobnost, nesposobnost učinioca u rukovanju sredstvom pri izvođenju radnje krivičnog dela ne dovodi do postojanja ove vrste pokušaja. Takođe, nema nepodobnog pokušaja ni u slučaju preduzimanja nereálnih i apsurdnih delatnosti, kao što su mistične delatnosti magije i vraćanje u cilju izvršenja krivičnog dela iz razloga što takve delatnosti

⁹⁰ N.F. Kuznjecova, A.V. Serebrenikova, Ugolovnij kodeks Švecarii, Zercalo, Norma, Moskva, 2000. godine, str. 10.

⁹¹ Narodne novine Republike Hrvatske broj: 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000 i 105/2004.

⁹² Laws of State of Israel, Special volume, Penal law, op.cit., str. 17.

⁹³ Kazenski zakonik z uvodnimi pojasnili B.Penka in K. Stroliga, Ljubljana, 1999. godine, str. 82.

⁹⁴ Službeni list Republike Crne Gore broj 70/2003 i 47/2006.

⁹⁵ Služben vesnik na Republika Makedonija broj 37/96.

⁹⁶ E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, StGB, op.cit., str. 22-23.

⁹⁷ U.Ebert, Strafrecht, Allgemeiner teil, 2. Auflage, Heidelberg, 1993. godine, str. 56.

⁹⁸ Sudska praksa smatra da nepodoban pokušaj sredstvom postoji u slučaju pokušaja izvršenja ubistva kuburom ručne izrade (presuda Vrhovnog suda Kosova Kž.125/77 od 7.9.1977.godine); kada optuženi sa umišljajem poseče slučajno pronađeno bilje "cannabis sativa" i potom od listova i cvetova načini cigaretu za koju se kansije utvrdi da ne sadrži dovoljno psihoaktivne supstance, usled čega se nije mogla upotrebiti kao opojna droga (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 528/2004 od 21. 4. 2004. godine).

⁹⁹ M.Babić, I.Marković, Krivično pravo, Opšti dio, op.cit., str. 230-232.

nemaju uzročno dejstvo na realizovanje posledice, pa stoga ni stvarnu opasnost¹⁰⁰. Zato se u pravnoj teoriji ističe da je nepodoban pokušaj, zapravo, obrnuta zabluda o biću krivičnog dela¹⁰¹.

U teoriji krivičnog prava¹⁰² razlikuju se dve vrste nepodobnog pokušaja krivičnog dela. To su: 1) apsolutno nepodoban pokušaj, i 2) relativno nepodoban pokušaj. Apsolutno nepodoban pokušaj postoji kada su sredstva sa kojima je pokušano izvršenje ili predmet na kome je pokušano izvršenje krivičnog dela takvi da krivično delo nije moglo biti ostvareno ni pod kakvim uslovima (ubistvo leša ili nedozvoljeni prekid trudnoće nad ženom koja nije bremenita)¹⁰³. Relativno nepodoban pokušaj postoji kada su sredstva ili predmet po svojim svojstvima inače, po pravilu podobni za izvršenje krivičnog dela, ali u konkretnom slučaju nisu bili podobni zbog postojanja izvesnih okolnosti koje su u tom momentu delovale¹⁰⁴, tako da su eliminisale neko svojstvo ili podobnost sredstva, odnosno predmeta za ostvarenje posledice.¹⁰⁵ Savremeno krivično pravo ne poznaje ovu deobu nepodobnog pokušaja za razliku od Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine koji je razlikovao kažnjavanje između relativno i apsolutno nepodobnog pokušaja. Međutim, novelom Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine ta razlika je brisana.

Za krivično delo učinjeno u nepodobnom pokušaju kažnjava se kao i za pokušaj.¹⁰⁶ To znači da je ovaj pokušaj kažnjiv uvek kada se radi o krivičnom delu za koje je u zakonu propisana kazna zatvora od tri godine ili teža kazna odnosno kada to zakon izričito propiše u posebnom delu. U takvim slučajevima učinilac se kažnjava u zakonu propisanom kaznom za krivično delo koje je ostalo u nepodobnom pokušaju, ali je zakon izričito predvideo mogućnost da se učinilac takvog dela može blaže kazniti, odnosno potpuno osloboditi od kazne.¹⁰⁷

DOBROVOLJNI ODUSTANAK

Dobrovoljni odustanak iz člana 32. Krivičnog zakonika Srbije postoji kada je izvršilac pokušao izvršenje krivičnog dela, ali je dobrovoljno (svojevoljno) odustao od daljeg preduzimanja radnje izvršenja ili je sprečio nastupanje posledice.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Lj. Jovanović, D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2003. godine, str.146-147.

¹⁰¹ P.Novoselec, Opći dio kaznenog prava, op.cit., str.279.

¹⁰² D. Jovašević, Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007. godine, str. 23-24.

¹⁰³ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 147-148.

¹⁰⁴ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str.187.

¹⁰⁵ B.Pavišić, V.Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str.145.

¹⁰⁶ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo,op.cit., str.75.

¹⁰⁷ D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, op. cit., str.160-161.

¹⁰⁸ V.Kambovski, Objektivna strana dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, Naša zakonitost, Zagreb, broj 6/1976. godine, str. 18-21.

Naime, radi se o situacijama kada je učinilac na osnovu prethodno donete odluke započeo proces izvršenja konkretnog krivičnog dela i drži (smatra, veruje) da takvo delo može i ostvariti u spoljnom svetu prouzrokovanjem posledice na objektu napada, ali u nekom trenutku odustaje od njegovog dovršenja u potpunosti ili sprečava nastupanje očekivane posledice.¹⁰⁹ Prema Frankovoj formuli, učinilac dobrovoljno odustaje od dovršenja krivičnog dela kada sam sebi kaže: “Neću da izvršim (dovršim) krivično delo iako bih to mogao”.

Dobrovoljni (dragovoljni) odustanak od krivičnog dela čine dva konstitutivna elementa. To su: 1) dobrovoljnost odustanka učinioca, i 2) izostanak posledice (nedovršeno delo).¹¹⁰ To znači da je dobrovoljni odustanak moguć od nesvršenog ili svršenog pokušaja, bilo da se radi o delatnosti izvršioca, saizvršioca, podstrekača ili pomagača koji su svojim aktivnim radnjama sprečili nastupanje posledice krivičnog dela. Kod nepodobnog pokušaja dobrovoljni odustanak nije moguć.¹¹¹ Bez obzira o kojoj se vrsti odustanka radi, potrebno je da on ispunjava dva uslova da bi bio relevantan. To znači da odustanak treba da bude: 1) dobrovoljan, i 2) konačan.¹¹²

Odustanak od krivičnog dela je dobrovoljan kada učinilac sam, svojevoljno, samostalno donese odluku o prekidanju započete radnje izvršenja krivičnog dela ili o otklanjanju posledice posle izvršene radnje krivičnog dela, bez obzira na motive koji su uticali na donošenje takve odluke. Otuda nema dobrovoljnog odustanka ako je učinilac sprečen ili ako odustaje od daljeg izvođenja radnji zbog objektivnih teškoća koje ne može da savlada.¹¹³ Isto tako, nema dobrovoljnog odustanka, ako učinilac prekida započetu radnju izvršenja zbog teškoća koje ne može da savlada ili nepovoljnih uslova da bi je nastavio kasnije kada se budu stekli povoljni uslovi, odnosno ako odlaže preduzimanje radnje izvršenja iz istih razloga. To je odlaganje izvršenja radnje, a ne i odustanak od njenog preduzimanja u potpunosti.¹¹⁴ Odustanak takođe mora biti konačan u odnosu na započeto krivično delo. Motivi učinioca zbog kojih odustaje od izvršenja krivičnog dela, nisu od značaja za postojanje dobrovoljnog odustanka.¹¹⁵ Oni mogu biti različiti i čak ne moraju biti moralne prirode. Motivi mogu biti od značaja kod odmeravanja kazne, ali ne i za postojanje odustanka kao instituta.¹¹⁶

Dobrovoljni odustanak postoji u dva slučaja. To su: 1) kada izvršilac započne radnju izvršenja pa svojevoljno odustane od njenog dovršenja i 2) kada izvršilac

¹⁰⁹ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 149.

¹¹⁰ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, ibid., str. 149.

¹¹¹ F. Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Munchen, 1980. godine, str. 191.

¹¹² N.Mrvić Petrović, Krivično pravo, op.cit., str. 115.

¹¹³ Lj.Selinpek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str. 188.

¹¹⁴ B.Pavišić, V.Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str. 148-149.

¹¹⁵ B.Petrović, D.Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, op.cit., str. 181-182.

¹¹⁶ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, op. cit., str. 85-87.

radnju izvršenja dovrši, ali svojevолјно spreči nastupanje posledice.¹¹⁷ Dakle, za postojanje dobrovoljnog odustanka od pokušaja potrebno je da je učinilac pristupio izvođenju radnje krivičnog dela, da je započeo njeno izvođenje i da je u toku tog izvođenja doneo odluku o prekidanju radnje, s tim da je ne nastavi i delo ne izvrši.¹¹⁸ Hema dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela ako je učinilac odustao samo od delatnosti koje je započeo u težnji da ih zameni drugim celishodnijim.¹¹⁹ Takođe dobrovoljnog odustanka nema ukoliko izvršilac započeto delo nije dovršio zbog okolnosti koje onemogućavaju ili znatno otežavaju izvršenje krivičnog dela ili zbog toga što je on smatrao da takve okolnosti postoje.¹²⁰

I drugi savremeni krivični zakoni poznaju institut dobrovoljnog odustanka. Krivični zakonik Ukrajine u članu 18. poznaje dobrovoljno odricanje od krivičnog dela kada lice koje se dobrovoljno odrekne krivičnog dela do kraja kada faktički njegovo delo ima priznake drugog dela.¹²¹ Krivični zakonik Austrije u članu 16. odustanak od pokušaja određuje ako lice dobrovoljno odustanke od izvršenja ili ako više lica učestvuju, pa ga spreči ili dobrovoljno otkloni posledicu.¹²² Krivični zakonik Nemačke u čl. 24. odustanak određuje kada učinilac dobrovoljno odustane od daljeg izvršenja krivičnog dela ili spreči njegovo izvršenje.¹²³ Krivični zakonik Ruske fe-

¹¹⁷ V.Grozđanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 150-151.

¹¹⁸ V.Kambovski, Objektivna strana dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 2/1975. godine, str. 247-251.

¹¹⁹ Dobrovoljni odustanak se u sudskoj praksi javljao u sledećim slučajevima: kada sud utvrdi da usled dobrovoljnog odustanka optuženi nije dovršio započetu radnju izvršenja krivičnog dela ovu bitnu okolnost će uneti u opis dela u izreci presude, a potom će ceniti da li u radnji optuženog stoje elementi drugog samostalnog krivičnog dela (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 296/79 od 27.4.1979. godine); kada optuženi pošto je metalnom šipkom izvalio katanac na ulaznim vratima prodavnice zbog nailaska milicionera počne da beži, ne radi se o dobrovoljnom odustanku od izvršenja teške krađe (rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 1353/93 od 16.9.1993. godine); odustajanje od započetog krivičnog dela se ne smatra dobrovoljnim ako je učinilac odluku o izvršenju dela napustio pod uticajem spoljnih okolnosti kao što je otpor žrtve (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 952/95 od 22.12.1995. godine); kada učinilac po ulasku u prodavnicu izvadi pištolj i uperi ga u oštećenu tražeći novac, čemu se ona suprotstavila, pa on i pored toga zgrabi njenu tašnu i kesu sa pazarom, ali ga ona pojuri, sustigne, udari nogom u predelu mošnica pa ovaj ispusti oduzetu tašnu i kesu, tada se ne radi o dobrovoljnom odustanku (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1297/95 od 13.12.1996. godine); kada se posle izvršenja deset krađa učinilac u prisustvu oca koji ga je odveo u SUP prijavio nadležnom organu, ne radi se o dobrovoljnom odustanku (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 643/98 od 8.4.1998. godine); nema dobrovoljnog odustanka kada učinilac odustane od izvršenja razbojništva zato što je oštećena počela da vrišti i da doziva u pomoć (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1160/99 od 5.7.2001. godine); ne postoji dobrovoljni odustanak kada optuženi nisu mogli da otvore katanac na vratima kioska (presuda Okružnog suda u Valjevu Kž. 440/2002 od 3.12.2002. godine); postoji dobrovoljni odustanak kada učinilac započne sa obijanjem vrata od stana ali odustane od izvršenja krivičnog dela kada je čuo lavez pasa koji su se približavali (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2567/2002 od 24.12.2004. godine).

¹²⁰ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit., str. 188-189.

¹²¹ M.I. Koržanski, Popularnij komentar Kriminoložnog kodeksu, op.cit., str.74-78.

¹²² E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, op.cit., str. 23-24.

¹²³ U. Ebert, Strafrecht, Allgemeiner teil, op.cit., str. 34.

deracije u članu 31. dobrovoljni odustanak od krivičnog dela određuje kao prestanak pripremanja krivičnog dela ili prekidanje činjenja koja su direktno upravljena na izvršenje krivičnog dela ako je lice bilo svesno mogućnosti dovođenja krivičnog dela do kraja.¹²⁴ Švajcarski krivični zakonik u članu 21. poznaje dobrovoljni odustanak, a u članu 22. kajanje - post factum. Dok prvi institut predstavlja osnov za oslobodjenje od kazne, drugi institut je fakultativni osnov za ublažavanje kazne.¹²⁵ Španski krivični zakonik u članu 16. stav 2. određuje da se dobrovoljni odustanak sastoji u sprečavanju preduzimanja radnje izvršenja krivičnog dela, svojevolum odustanku od nesvršenog pokušaja ili u sprečavanju posledice krivičnog dela. To je jedan od osnova za isključenje krivične odgovornosti.¹²⁶

Iz zakonske definicije proizilazi da postoje dva vida dobrovoljnog odustanka. To su¹²⁷: 1) dobrovoljni odustanak od nesvršenog, i 2) dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja. Dobrovoljni odustanak kod nesvršenog pokušaja postoji kad učinilac započne radnju izvršenja pa je prekine, s tim da je više ne nastavi. Ova vrsta dobrovoljnog odustanka je uvek moguća. Dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja je druga vrsta dobrovoljnog odustanka. On postoji kada izvršilac preduzme u celosti radnju izvršenja, pa uspe da spreči nastupanje posledice. Za postojanje ovog dobrovoljnog odustanka potrebno je da između završenja radnje i vremena nastupanja posledice, protekne kraće ili duže vreme u kome učinilac preduzima dalju aktivnost (činjenje) u sprečavanju posledice, pod uslovom da rezultat te aktivnosti bude uspešan - otklanjanje ili sprečavanje nastupanja posledice. Ako ne dođe do otklanjanja posledice i pored želje izvršioca, nema dobrovoljnog odustanka. U takvom slučaju postoji okolnost stvarnog kajanja (koja je od značaja za odmeravanje kazne).¹²⁸

U sudskoj praksi se postavlja pitanje da li će postojati dobrovoljni odustanak ako učinilac spreči posledicu onog dela koje je nameravao da izvrši, ali nastupi posledica nekog drugog, lakšeg krivičnog dela. Ovu dilemu su neki inostrani krivični zakoni, kao npr. Krivični zakonik Republike Srbije (član 32. stav 4. KZ RS) otklonio predviđanjem da se izvršilac ne može osloboditi od kazne ako u slučaju dobrovoljnog odustanka dovrši neko drugo samostalno krivično delo, koje nije bilo obuhvaćeno krivičnim delom od čijeg je izvršenja odustao.¹²⁹

No, dobrovoljni odustanak nije moguć kod svih krivičnih dela: 1) kod dela kod kojih su pripremne radnje i pokušaj izjednačeni sa svršenim krivičnim delom, i 2) kod krivičnih dela kod kojih i pored izvršenja radnje ne može doći do nastupanja posledice (tzv. promašeno krivično delo). Izvršilac, saizvršilac, podstrekač

¹²⁴ I. Fedosova, T. Skuratova, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, op.cit., str.31-32.

¹²⁵ A.V. Serebrenikova, N.F.Kuznjecova, Ugolovnij kodeks Švejcarii, op.cit., str.9-10.

¹²⁶ N.F.Kuznjecovoj, F.M. Rešetnikova, Ugolovnij kodeks Ispanii, op.cit., str.15.

¹²⁷ G.Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, op.cit., str. 209.

¹²⁸ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo, op.cit., str.76.

¹²⁹ B.Pavišić, V.Grozđanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str. 148.

ili pomagač koji dobrovoljno odustanu od izvršenja ili spreče nastupanje posledice krivičnog dela, mogu se osloboditi od kazne. To je zakonska mogućnost koju sud može, ali ne mora da koristi. U ovom slučaju umesto oslobođenja od kazne u potpunosti, sud je ovlašćen da takvom učiniocu ublaži u zakonu propisanu kaznu.

Posebnu vrstu dobrovoljnog odustanka poznaje krivično pravo Bosne i Hercegovine: član 127. stav 3. Krivičnog zakona BiH, član 131. stav 3. Krivičnog zakona Federacije BiH, član 131. stav 3. Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH i član 130. stav 2. Krivičnog zakona Republike Srpske. To je dobrovoljni odustanak pravnog lica od izvršenja krivičnog dela. On postoji kada rukovodeći ili nadzorni organ u pravnom licu spreči učinioca da dovrši započeto krivično delo. U takvom slučaju se pravno lice može u potpunosti osloboditi od kazne u zakonu propisane za učinjeno ili pokušano krivično delo.

STADIJUMI U IZVRŠENJU KRIVIČNOG DELA U MEĐUNARODNOM KRIVIČNOM PRAVU

Stadijume u izvršenju krivičnog dela poznaje nacionalno (interno) krivično zakonodavstvo, ne samo naše, već i više drugih zemalja, i to ne samo danas, već od najstarijih vremena razvoja pravne pismenosti. To je, naime, i institut koji poznaje i savremeno međunarodno (i evropsko) krivično pravo. Tako brojni pravni spomenici nadnacionalnog, supranacionalnog karaktera koji su doneti posebno krajem 20. veka sadrže odredbe o krivičnopravnom značaju pokušaja međunarodnog krivičnog dela ili pokušaja krivičnog dela sa elementom inostranosti.

U procesu ostvarenja posledice i kod međunarodnog krivičnog dela moguće je postojanje više stadijuma. Tako se razlikuju sledeći stadijumi: 1) donošenje odluke, 2) pripremanje krivičnog dela, 3) pokušaj krivičnog dela, i 4) svršeno krivično delo.¹³⁰ Donošenje odluke da se izvrši međunarodno krivično delo je prvi obavezni stadijum u izvršenju međunarodnog krivičnog dela. Nema krivičnog dela ove vrste bez prethodno umišljajno donete odluke, često čitavog plana ili organizovane zavere. Ovaj se stadijum sastoji u misaonim, svesnim i voljnim, psihološkim delatnostima učinioca dela koje prethode donetoj odluci da se izvrši određeno krivično delo, sa kojim licima, na koji način, kojim sredstvima, na kom mestu i u koje vreme.

Pripreme radnje¹³¹ su drugi mogući, neobavezni stadijum u izvršenju međunarodnog krivičnog dela. Njima se stvaraju uslovi i pretpostavke da se uopšte pristupi izvršenju međunarodnog krivičnog dela ili pak da se ovo delo izvrši lakše, brže ili efikasnije. Među ovim radnjama razlikuju se: 1) nabavljanje ili osposobljavanje sredstava za izvršenje dela, 2) otklanjanje prepreka za izvršenje dela, 3) dogovara-

¹³⁰ V.Đurđić, D. Jovašević, Međunarodno krivično pravo, op.cit., str. 55-57.

¹³¹ B.Petrović, D.Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, op.cit., str. 173-175.

nje, planiranje ili organizovanje sa drugim licima izvršenja dela ili 4) na bilo koji drugi način doprinošenje izvršenju krivičnog dela (kako to izričito navodi odredba člana 25. stav 3. Rimskog Statuta).

Pokušaj međunarodnog krivičnog dela (nedovršeno delo)¹³² je sledeći mogući, ali neobavezni stadijum u izvršenju međunarodnog krivičnog dela. Kada učinilac donese odluke, i sa ili bez prethodno preduzetih pripremnih radnji, pristupi radnji izvršenja, tada su moguća dva rezultata: 1) ostvarenje posledice nameravanog međunarodnog krivičnog dela ili 2) izostanak te posledice. U slučaju umišljajnog započinjanja radnje izvršenja krivičnog dela (to je delatnost koja je izričito uneta u opis bića takvog krivičnog dela kao njegov element bića), bez nastupanja posledice postoji pokušaj ili nesvršeno krivično delo.

Prema odredbi člana 25. stav 3. tačka f. Rimskog Statuta pokušaj međunarodnog zločina postoji ako je krivično delo započeto radnjom izvršenja (ostvarenjem njenog sastavnog dela), ali se samo delo zločina nije dogodilo usled okolnosti nezavisnih od namere učinioca.¹³³ Znači pojam pokušaja određuju tri elementa: 1) umišljaj učinioca (prethodno doneta odluka da se pristupi izvršenju nekog međunarodnog krivičnog dela), 2) započinjanje radnje izvršenja (preduzimanje delatnosti, jedne ili više koja je propisom određena kao radnja izvršenja nekog međunarodnog krivičnog dela), i 3) izostanak posledice dela ili nedovršenje dela nezavisno od volje učinioca. Za pokušaj međunarodnog krivičnog dela se kažnjava.

Svršeno krivično delo postoji kada je usled preduzete radnje izvršenja posledica nastupila u vidu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra ili vrednosti. Posledica krivičnog dela može da nastupi u većem ili manjem obimu. Od obima i intenziteta prouzrokovane posledice, zavisi i intenzitet društvene opasnosti učinjenog međunarodnog krivičnog dela, a time i težina (vrsta i visina) izrečene kazne.

Pored pokušaja kao delimičnog ostvarenja međunarodnog krivičnog dela, Rimski Statut poznaje i institut dobrovoljnog odustanka¹³⁴ (član 25. stav 3. tačka f.) koji je unet na predlog japanske delegacije u Rimu. Ovaj institut postoji kada učinilac započne radnju izvršenja krivičnog dela, ali odustane od namere da izvrši zločin ili pak na drugi način spreči izvršenje tog zločina. Ovde se, dakle, razlikuju dve situacije: 1) odustanak od namere (odluke) da se izvrši započeto krivično delo - odustanak od pripremnih radnji ili nesvršenog pokušaja, i 2) sprečavanje izvršenja krivičnog dela, odnosno sprečavanje da posledica krivičnog dela nastupi ili njeno otklanjanje – dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja kada je radnja izvršenja ostvarena u potpunosti.

Za postojanje ovog važnog instituta opšteg dela međunarodnog krivičnog prava bitno je da se radi o odustanku učinioca koji ispunjava određene uslove: 1) da

¹³² Još je Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine propisala kažnjivost za pokušaj izvršenja genocida.

¹³³ I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, Stalni međunarodni kazneni sud, op.cit., str. 228.

¹³⁴ V. Đurđić, D. Jovašević, Međunarodno krivično pravo, op.cit., str. 56.

je odustanak dobrovoljan (rezultat slobodno donete odluke učinioca bez obzira na motive takve odluke), i 2) da je odustanak konačan (da je trajan i potpun). U slučaju ispunjenja ova dva kumulativno postavljena uslova ovakvo lice se ne može kazniti za pokušaj izvršenja međunarodnog krivičnog dela, što znači da se dobrovoljni odustanak smatra kao opšti osnov za oslobođenje od kazne takvog lica. Na taj način se želi podstaći učinilac najtežih krivičnih dela da razmišlja o odustanku od istog, dakle da spreči nastupanje posledice.

ZAKLJUČAK

Krivično delo je protivpravno, skrivljeno učinjeno i u zakonu određeno delo. Kao osnovni, najznačajniji elemenat pojma krivičnog dela javlja se delo čoveka koje čine: a) radnja činjenja ili nečinjenja, b) posledica u smislu promene ili stanja na objektu napada, i v) uzročna veza između preduzete radnje i posledice koja je nastupila. No, pre preduzimanja radnje izvršenja krivičnog dela, obično prethodi donošenje odluke takvog lica o samom delu. To je unutrašnji misaoni, psihološki odnos, koji može da završi donetom odlukom kojoj potom sledi preduzimanje pripremnih radnji u smislu stvaranja uslova i pretpostavki za izvršenje krivičnog dela ili pak samo pristupanje radnji izvršenja krivičnog dela. Ovo je obavezni stadijum u izvršenju krivičnog dela, ali za koji se ne odgovara.

Sa ili bez preduzetih pripremnih radnji (za koje se u savremenom krivičnom pravu po pravilu ne kažnjava) učinilac, dakle, pristupa radnji izvršenja – onoj delatnosti koja je u zakonu predviđena kao elemenat bića konkretnog krivičnog dela. Usled tako preduzete delatnosti, na određeni način ili određenim sredstvom, posledica krivičnog dela po pravilu i nastupi. Tada postoji svršeno krivično delo. No, moguće je da usled preduzete radnje izvršenja posledica krivičnog dela (koja se želela ostvariti takvom radnjom, jer ona predstavlja cilj ostvarenja prethodno donete odluke učinioca) ipak izostane. Tada postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo. To je u savremenom krivičnom pravu prvi kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, ali koji nije obavezan.

Za pokušaj krivičnog dela se danas u savremenom krivičnom pravu kažnjava kada se radi o delu za koje je u zakonu propisana po pravilu kazna zatvora od pet godina ili teža kazna (iako su moguća i drugačija rešenja). U osnovi ovog shvatanja nalazi se subjektivna teorija koja u pravnoj prirodi pokušaja pronalazi ispoljenu količinu kriminalne volje učinioca da ostvari posledicu dela koja ipak u konkretnom slučaju izostaje nezavisno od volje učinioca. No, moguće je da i pored preduzete radnje izvršenja posledica krivičnog dela ne nastupi, ali usled naknadno donete odluke da odustaje od izvršenja dela ili pak usled sprečavanja nastupanja posledice. To je dobrovoljni odustanak koji u velikom broju savremenih krivičnih zakona predstavlja fakultativni osnov za oslobođenje od kazne ili blaže kažnjavanje takvog učinioca.

THE PHASE IN PERPETRATION OF CRIMINAL OFFENCE**- theory, practice and law -*****Summary***

In criminal law is providing a rule that engaging in a one or more criminal actus reuses (which is defined as an essential element of a criminal offence) must lead to a consequence (which is defined as a change or a state caused in the external world) ; this is classified as a completed criminal act. In reality, however, the result or consequences is often absent (often due to the activity of another). In such cases, the act is qualified as an attempt to commit a criminal offence (also defined as an inchoate crime). In addition, legal theory recognizes a qualified attempt. In case when, in spite of engaging in the act of perpetration, the result or consequence of a criminal offence is absent due to the inadequate tools or inappropriate objects, there is an impossible attempt. In this paper, the author has described and analysed the theoretical, practical and comparative law aspects of attempt, focusing on the notion, concept, subject matter, characteristics, classification and legal nature of an attempt to commit a criminal offence.

Key words: *criminal offence, perpetration, consequence, intentional fault, preparatory act, attempt, criminal liability, penalty.*

ДРУШТВЕНА ПРЕВЕНЦИЈА КРИМИНАЛИТЕТА*

Др Миомира Костић**

Апстракт: У раду ауторка је истакла да се друштвена или социјална превенција криминалитета односи на онај део који је усмерен на личну мотивацију код учиниоца и на други део који је усмерен на промене интеракција у самој заједници или на колективне процесе контроле. Ради ефикаснијег изучавања и примене, а у складу са тежњама за промене у наведеним областима, друштвена превенција се дели на: превенцију развојног доба и на превенцију у оквиру заједнице.

Кључне речи: превенција развојног доба, превенција у оквиру заједнице.

УВОД

Развој ставова и схватања о превенцији криминалитета¹, или по неким ауторима, превентивног менталитета², прошао је кроз многе фазе, заокрете и иновације, „који су започели да исцртавају терен, фокус и технологије вођења превенције“.³

Појам „превенција криминалитета“ широко је коришћен концепт са прилично слободно одређеним значењима, која су у употреби. За неке ауторе, овај термин упућује на конвенционално деловање кривичног правосуђа. Опет, други,

* Овај рад представља резултат теоријског истраживања, као рад на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. пројекта 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

** Др Миомира Костић, ванредна професорка, Универзитет у Нишу, Правни факултет

¹ Видети: Костић, М., „Превенција као средство политике сузбијања криминалитета“, *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова*. Књ. 5 Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2010, стр. 301-352.

² *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner), Oxford University Press, 2007, стр. 866.

³ Ibidem.

попут ван Дијка и Варда (J. M. van Dijk, J. de Waard) залажу се за одређење које помаже да се у жижу интересовања ставе алтернативни или посебни програми превенције криминалитета. Стога, они истичу да је превенција криминалитета „скуп свих личних иницијатива и државне политике, у већој мери него ретрибуција кривичног права, са циљем умањења штете изазване радњама које држава инкриминише као кривична дела“.⁴ Овим одређењем обухваћени су и програми за умањење страха од криминалитета, пошто страх може бити посматран и као штета настала од криминалитета; затим, програми помоћи жртвама, због тога што се то може посматрати као облик контроле штете, као и превентивна активност полиције, попут сталног надзора и третмана или обуке садашњих/бивших делинквената. Из овог одређења превенције криминалитета изузети су истрага и вођење кривичног поступка против учинилаца, кажњавање и извршење конвенционалних казни.

Посматрано у ширем смислу, превенција криминалитета „обухвата све интервенције стечене пречим правом унутар друштвеног и физичког света са намером, макар и делимично, да се промени понашање или ток догађаја на начин који умањује вероватноћу криминалитета или његових штетних последица“.⁵ Циљна димензија овог одређења указује на ширу трансформацију која је објављена од тренутка када је прихваћена доминација у превентивном размишљању. Изражена културна, социјална и политичка тишина у односу на криминалитет и небезбедност у друштву, све до седамдесетих година 20. века, резултирала је кроз политичке програме и стратегије претходно путем дефинисања термина других последица, које су се све више и више редефинисале путем исхода њихових могућих ефеката на превенцију криминалитета. Кроз ову призму, квалитет: образовања, исхране, здравља, околине, становања, па и социјалног старања уопште посматрано, често се сагледава и по својим криминогеним утицајима или потенцијалом за криминалитет, пре него као важна јавна добра, по њиховој сопственој природи. Као последица тога, превентивни менталитет је подстицао „криминализацију социјалне политике“, услед чега је сам живот појачано „руковођен кроз криминалитет и небезбедност“ или се у крајњем случају социјална политика потврђивала у смислу свог потенцијала за умањење криминалитета. Заокрет у превенцији доводи злочин на истакнуто место у конструкцију друштвене норме, тако да основи јавног живота могу да постану маргинализовани, осим ако се у крајњем смислу сагледају квалитети њиховог превентивног потенцијала.

Најпостојаније разликовање у сагледавању типова интервенције усмерено је на природу иницијалних процеса или механизма које треба променити у предвиђању изазивања превентивног ефекта. **Ситуациона превенција** укључује: руковођење, дизајн или руковање тренутним стањем у физичкој околини,

⁴ J. M. van Dijk, J. de Waard, „A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography“, p. 483-503. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=80100>, приступ: 17.9.2010.

⁵ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 871.

како би се умањиле прилике за вршење специфичног облика криминалитета. **Друштвена превенција** оставља у наслеђе промене у друштвеним процесима. Она се најпре тиче мера које имају за циљ да утврђује узроке криминалитета, као и склоности појединаца да се делинквентно понашају. Разликовање је много флуидније, него што се то чини на први поглед, пошто ситуационе одлике могу бити усмерене тако да предупредe последице социјалне интеракције. Обрнуто, социјални процеси могу бити тако усмеравани са намером да преокрену или унапреде окружење.⁶

1. Друштвена превенција криминалитета

Друштвена или социјална превенција криминалитета односи се на онај део који је усмерен на личну мотивацију код учиниоца и на други део који је усмерен на промене интеракција у самој заједници или на колективне процесе контроле. Ради ефикаснијег изучавања и примене, а у складу са тежњама за промене у наведеним областима, друштвена превенција се дели на: **превенцију развојног доба и на превенцију у оквиру заједнице**.

1.1. Превенција развојног доба - дефинисање

Већи део превенције развојног доба усмерен је на младе људе, за које се сматра да се налазе „у ризику“ за криминално понашање (секундарна превенција), а мањи део на општу социјалну и едукативну политику (примарна превенција). Секундарна превенција развојног доба, тиме што идентификује факторе ризика сакупљене око група већ познатих делинквената, постављена је на основу логике разликовања која је усмерена према циљној групи, као субпопулацији у односу на оне групе које не заузимају исте групе фактора ризика.

У савременој криминолошкој књижевности истиче се да је „превенција развојног доба прожета великом дозом позитивизма“⁷. То за собом повлачи закључке о узрочности проистекле из процене ризика. Отуда, то је непосредно повезано са идентификовањем, класификовањем, разликовањем и захтевањем да се измене „фактори ризика“, на сличан начин ономе којим су рани позитивистички оријентисани криминолози тежили да проуче предиспозиционе особине криминалитета.

Превенција развојног доба тежи да расветли: факторе ризика, који могу да сигнализирају на будуће криминално понашање; факторе заштите, који могу да спрече вероватни криминалитет; и факторе одустајања, који могу да послуже

⁶ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 871-872.

⁷ Ibidem.

да одврате младе људе од вршења кривичних дела. Постоји мало поуздања око питања „предсказујућих“ фактора, приликом процењивања вероватноће да ће одређена особа са одређеним факторима ризика извршити одговарајући злочин. Међутим, разматрање будућих фактора ризика никада не може представљати егзактни научни прилаз. Увек ће се јавити неки „лажно поуздан“, онај који захтева интервенцију, а никада, у ствари, неће приступити извршењу криминалног акта. Постоји финансијска логика иза ове диференцијације у томе што се врши циљање на оне изворе који су највећи ризик уместо на обезбеђивање општих, универзалних служби, што у крајњем исходу доноси већу цену коштања превенције. Следећа импликација диференцираног третмана је у томе што може доћи до стигматизације довођењем у одређене односе и везе.

Постоји и извесна динамичност унутар приступа превенцији развојног доба у тражењу ранијих облика интервенције и у случају идентификовања фактора ризика. Једна тешкоћа налази се у самом утврђивању тога који фактори ризика узрокују криминалитет, а који само указују на узроке или су повезани са њима; повезаност се не може изједначити са узрочношћу.

Интересантна су размишљања Фарингтона (Farrington, 2000) о овом питању. Током деведесетих година 20. века дошло је до огромног пораста утицаја на криминолошки став који се тичао парадигме превенције различитих фактора ризика криминалитета. Циљ таквих поступака био је да се утврди „кључ“ фактора ризика за вршење кривичних дела (путем лонгитудиналних студија), као и да се имплементирају превентивне методе, осмишљене на начин да спречавају извршење кривичних дела (путем експерименталних поступака). Највећи део знања о факторима ризика криминалитета је заснован на варијацијама између појединаца, при чему превенција захтева уочавање варијација унутар појединаца. Није увек сасвим јасно да је оно што је утврђено да постоји унутар појединаца исто што је утврђено да постоји и између појединаца. Поврх тога, заштитни фактори су утврђени и појачани. Ова парадигма подстиче ланчани спој између објашњења и превенције, између фундаменталних и примењених истраживања, као и између научника, практичара и политичара. Њоме се, такође, врши процес глобализације сазнања, затим резултата међународних компаративних студија, као и примена сличних стратегија за истраживање и деловање у више различитих земаља.

Главни изазови ове парадигме су у томе да се детерминише који су то фактори ризика са снагом узрока, да се установе заштитни фактори, да се идентификују активни саставни делови мултипликованих компоненти интервенција, да евалуирају ефекте програма интервенције који су осмишљени за одређене области и да процењују цену коштања, као и остварену добит од интервенција.

Парадигма може бити даље побољшана лонгитудиналним и експерименталним студијама, које имају за циљ да задрже њене предности онда када се превазиђу све тешкоће. Идеално би било када би међусобно сарађивала мрежа истраживача приликом спровођења истраживања и објашњавања резултата добијених у различитим земљама.⁸

Идеја о „уништавању криминалитета у зачетку“ утицала је на то да се криминолошки напори усмере на дете, чак на његов фетални развој, чиме се елаборирао много комплекснији ланац узрочности. Унутрашњи смисао ове логике је да прошири ниво обухватности и да државне интервенције досегну много дубље у друштвену структуру. Ово би могло да буде у интересу појединаца који су предмет пажње, али и друштва у целини, у смислу смањења криминалитета, али и подизања нивоа етичких тежњи у односу на прикладна ограничења државне интервенције, затим у односу на равнотежу везану за могућу добробит остварену мерама превенције, као и других друштвених добара, и последње, као удар усмерен на оне који се ипак можда не би ни развили у криминалне личности.

Сви ови напори носе у себи једно питање, а то је: када, у ствари, друштвена и криминална политика треба да отпочну своје деловање? Према неким савременим криминолошким тежњама, сматра се да усмеравање мера према онима који су „у ризику“ кроз деловање посебних служби може бити много прихватљивије у политичком смислу, него ли обезбеђивање служби за рад са онима који су већ починили кривично дело, што је засновано на једном објективном основу да они који чине зло не треба да уживају добробит из својих погрешних поступака. С друге стране, из овог става развија се управо супротни – због чега би они који „се љуљају“ на ивици криминалне активности, чије је понашање „проблемско“, али не и криминално, уживали у погодностима које нису намењене њиховим вршњацима који се добро владају?

Уопштено посматрано, превенција развојног доба је један пример превенције „размишљања о ризику“, која је постала, чак преовлађујућа у правима и примени, и чија је појава повезана са порастом „подстрекавања правде“ унутар настојања да се одређеним техникама врши процена ризика, као и елаборација техника за обезбеђивање сигурности. Међутим, разликовање између „старих“, на потребама заснованих интервенција, и „новог“ језика програма заснованих на ризицима није у тој мери изражена као што је то представљено у неким критичким размишљањима. Отуда се с правом примећује да „је већи део превенције развојног доба из каснијег времена почео експлицитно да идентификује као ризичне факторе неку врсту ‘социјалних услова’ одређених у оквиру програма социјалне заштите“.⁹

⁸ Farrington, D.P. (2000) *Explaining and Preventing Crime: The Globalization of Knowledge* – The American Society of Criminology 1999, *Criminology*, 38:124.

<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.2000.tb00881.x/abstract>, приступ: 31.3.2011.

⁹ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 883.

Биолошко-психолошка објашњења делинквентног понашања деце и малолетника

На пољима различитих наука и научних дисциплина развијао се велики број схватања, владајућих идеја временски ограниченог трајања, чак склоности ка извесним објашњењима, која су се смењивала, што није мимоишло ни криминологију.¹⁰ Током XVIII века, основна тежња у сагледавању питања криминалитета, делинквената и криминалног понашања¹¹ била је заснована на концепту филозофије кажњавања, што је умногоме изгубило јачину у XIX веку. Тада је преовладао Дарвинов концепт теорије еволуције. У односу на развој криминологије, ова теорија имала је свој одјек кроз истицање утицаја физичких, биолошких фактора на криминално понашање појединца. У криминологији, биолошка и психолошка објашњења криминалног понашања била су чак, током дугог временског периода, занемарена, да би се опет, недавно, обновило интересовање криминолога за њихове основе.¹²

Биолошка, психолошка и психопатолошка објашњења узрочности у криминологији, са становишта деловања унутрашњих, ендогених особина код учинилаца, воде своје порекло од антрополошког учења Ломброзо (Lombroso) и других позитивистички оријентисаних криминолога. Иако је за неке ауторе антропологија друштвена, а не хуманистичка наука¹³, то није битно утицало на проистекли Ломброзов концепт рођеног злочинца, односно биолошко-психолошке условљености девијантног понашања.

Следбеници биолошко-психолошких схватања у криминологији истичу повезаност између органско-конституционалних и биолошких фактора, са психичким особинама личности сваког делинквента.¹⁴ Тај утицај остварују нервни ситем, ендокрини ситем и физичка конституција. Осим тога, биолошки правац у криминологији придаје велики значај наслеђивању криминалних диспозиција, као и генетској аномалији човекових хромозома. Заступници овог правца били су Ломброзо (Lombroso), Ломброзо-Фереро (Lombroso-Ferero), Гарофало (Garofalo), Тапан (Tappan), Кречмер (Kretschmer) и Шелдон (Sheldon).

Ломброзо је уочио да су криминалци у великом броју случајева били ванбрачно рођени, сирочићи или су њихови родитељи били “порочни”. Овај криминолог, творац антрополошког правца у криминологији, поред ути-

¹⁰ Видети: Костић, М., „Преглед теоријских схватања о деструктивном понашању деце“, *Социјална мисао*, април-септембар, бр. 2-3/, 2001, стр. 95-108.

¹¹ Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, М., *Криминологија*, Пеликан ПРИНТ, Ниш, 2009, стр. 56.

¹² Reid, T., *Crime and Criminology*. New York: McGraw-Hill, 2003, стр. 88.

¹³ Gell, Alfred. 1998. *Art and Agency: An Anthropological Theory*. Oxford: University Press. <http://A.Gell-1998-books.google.com>, стр. 3.

¹⁴ Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, М., *op. cit.*, стр. 272.

цаја хередитарних фактора на појаву криминалног понашања, посебно је истицао значај васпитања и образовања које дете добија у породици. Само лоше васпитање може да подстакне перверзне инстинкте, тако да они, иначе карактеристични за период детињства, могу наставити уобичајено да се испољавају и током каснијих периода, уместо да буду измењени. Ломброзо сматра да процес васпитања треба да се одвија без насиља, јер одрасле особе, према којима се у детињству поступало сувише строго, чешће чине грешке, па чак и злочине, за разлику од одраслих према којима у детињству родитељи нису били тако окрутни.¹⁵ Ломброзо је одвојено проучавао групе нахочади, као и незаконито рођене деце. Сматрао је да раскалашност и недостатак образовања утичу да нахочад и пасторци постану злочинци. Зато Ломброзо поставља питање: “Како једно несретно дете може заштитити себе од зла које му се показује у најпривлачнијим бојама, или још горе, када му се зло намеће ауторитетом или примером родитеља или неких других који су одговорни за његово васпитање?” С друге стране, Ломброзо истиче податак да је међу малолетним делинквентима од 1871-1872. било 84% дечака и 60% девојчица који су припадали породицама са усвојеним добрим моралним нормама. Он закључује да многи злочини имају своје аутохтоно порекло и да су многе индивидуе рођене као перверзне, без обзира на очајничке покушаје њихових родитеља да их преваспитају.¹⁶

Ђина Ломброзо-Фереро је посматрала криминалитет деце као акте још недовољно психички и физички развијених људских бића, упоређујући понашање деце са понашањем дивљака. Сматрала је да примитивни инстинкти, уобичајени међу дивљацима, у извесној мери могу бити пронађени код скоро сваког детета, уколико деца нису изложена утицају “моралне обуке и добрих примера”. То не значи да сва деца која нису под васпитним утицајем постану криминалци.¹⁷ Ауторка сматра да су жеља за осветом и љутња уобичајено развијени код деце, а да је морална свест о добром и лошем изједначена са оним што је дозвољено или забрањено по мишљењу њихових родитеља. Дете не може да разуме апстрактне идеје правде или права на имовину, све док му се не одузме нешто што поседује.¹⁸ Осим тога, Ломброзо-Фереро је велики значај

¹⁵ Lombroso, C. 1968. *Crime Its Causes and Remedies*, Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1968, стр. 303.

¹⁶ Lombroso, C., op. cit., стр. 147.

¹⁷ Према запажањима које је начинио професор Mario Carrara, банде занемарене деце које су дивље јуриле улицама главног града Сардиније, одале су се вршењу крађа и другим озбиљнијим пороцима, а спонтано су кориговале своје понашање чим су достигле период пубертета. Абнормалност детета, као и неких одраслих, може се манифестовати у недостатку моралне свести, што психијатри називају моралним лудилом, а криминолози рођеним злочинцем. Lombroso-Ferrero, G., *Criminal Man (According to the Classification of Cesare Lombroso)*, Montclair, N.J.: Patterson Smith, 1972, стр. 130.

¹⁸ G. Lombroso-Ferrero наводи истраживање Moreau (De l’Homicide chez les enfants, 1882) који је утврдио да већи број деце коју је истраживао пада у афекат, ако се на њихове жеље одмах не пристане. Испитивао је веома интелигентног осмогодишњег дечака, кога, када прими чак и

придавала повредама и падовима деце током раног детињства који за последицу могу имати трајна или тренутна оштећења дететовог физичког или психичког здравља. Ова криминолошкиња наводи случај младића из добре породице и изграђеног карактера, који је, задобивши ударац у главу у узрасту од 14 година, постао епилептичар, развивши се затим у коцкара, лопова и убицу. Наравно, ауторка сматра да ови случајеви нису били тако чести¹⁹ и закључује да деца показују велики број импулса уочених код криминалоида. Ови импулси би се могли описати као: љутња, осветнички дух, досада, говорљивост и мањак љубави за ближње.²⁰

Гарофало сматра да по изгледу и другим морфолошким и физиолошким особинама код детета може бити препознат рођени криминалац и његове склоности ка “насиљу и крвопролићу”. Посебно је истицан значај описа “типичне физиономије” која у себи садржи физичке и моралне елементе за инстинктивног убицу или лопова.²¹

Тапан истиче да утицај конституционалних фактора, посебно хереди-тарних, има свој значај у погледу менталних девијација, али да начин путем којих хереди-тарне особине функционишу као узроци представља непознаницу око које се стварају многобројна мишљења, поготову у оквиру биолошко-психолошког правца у криминологији.

Кречмер и Шелдон сматрају да је за откривање психолошких својстава једне индивидуе (особине карактера, темперамента, способности, динамичке снаге личности) довољно упознати њену телесну грађу и телесни изглед. Телесна конституција подразумева величину и развијеност појединих делова тела, пропорционалност тих делова, нормалност појединих органа и неке друге телесне особине. Различит изглед људи у телесном смислу има за последицу различито реаговање околине, што битно утиче на формирање одређених психичких особина личности, првенствено под утицајем става околине (убраженост, сигурност у себе, стидљивост). Према људима са телесном маном околине углавном испољава презир, жаљење и одбојност.²²

најблажи укор од својих родитеља или других особа, обузима насилнички бес, граби најближе оружје да се свети или ломи све што му дође до руку. Заостао и незнатно хидроцефаличан дечак, кога је испитивао Ломброзо, почео је да у шестој години исказује насилничке иритације у случају да му се нешто није одобрilo или да је био исправљан. Ако је био у могућности да удари особу која му досађује, његова јарост се моментално хладила, а ако није могао то да учини, вриштао би непрестано и ударао своје руке са гестикулацијом сличној оној која се може уочити “код медведа у кавезима када се драже, а не могу се светити” (Lombroso-Ferrero 1972, 132-133).

¹⁹ Lombroso-Ferrero, G., op. cit., стр. 141.

²⁰ G. Lombroso-Ferrero децу пореди са домаћим животињама. Основ за своје поређење налази у томе што деца воле да се задирују и показују велику одбојност према непознатим објектима који их испуњавају страхом. Све до седме године живота, па чак и касније, деца нису у стању да искажу стварну приврженост према некоме. После кратког раздвајања брзо заборављају сопствене мајке које су им показивале љубав (Lombroso-Ferrero 1972, 134).

²¹ Garofalo, R., *Criminology*, Montclair: Patterson Smith, 1968, стр. 201.

²² Рот, Н. 1980. *Психологија личности*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, 1980, стр. 147. и 155.

Биолошко-психолошка схватања претрпела су озбиљне критике. Законитост нормалног деловања неколико главних морфолошких и физиолошких процеса је таква да њихово настајање и ток развитка условљавају човеково понашање. Нервни систем одређује диспозиције за интелигенцију, способности и темперамент. Особе, које у периоду детињства имају интензивне реакције вегетативног нервног система показују “већу живост у реаговању”, а деца са споријом функцијом вегетативног нервног система показују “тенденцију ка емоционалној неуравнотежености и нервозности”. Ендокрини систем, кога чине жлезде са унутрашњим лучењем, има као основну функцију регулисање метаболизма. У литератури се наводи схватање да особине личности првенствено зависе од функционисања ендокриног система. Међутим, већина истраживача не прихвата овакав став, већ сматра да правилно функционисање ендокриног система има битан утицај само на формирање особина темперамента, а да поремећаји у функционисању ових жлезда значајније утичу на развој других особина личности. Исто тако, већина криминолога сматра да је ненормалност хромозома само један изолован, недовољно проучен фактор у био-психо-социјалној средини, који може да се доведе у везу са асоцијалним понашањем. Такође, студије о криминалним породицама се не могу узети као доказ тврђења о наслеђивању криминалитета, јер на чланове једне породице не делује само фактор наслеђа, већ и фактор средине.²³ Тох (Toch, 1978) истиче да насиље представља друштвену реакцију, оно се јавља међу људима, без обзира на њихов узраст, као одговор на потешкоће или препреке које постављају појединци, групе или институције. Насилничко понашање треба да се сагледа у оквирима социјалних подстицаја зато што се тада могу сугерисати начини поступања који би допринели реформи друштва и рехабилитацији појединаца.²⁴ Према томе, улога биолошких фактора у склопу разних каузалних утицаја не може се јединствено криминолошки одредити, нити се може једноставно квалификовати за потребе кривичног права.²⁵ Значај биолошких фактора у разним случајевима криминалног понашања деце може се одредити само у склопу других утицаја који доводе до криминалитета, као што су средина или активност појединца.

У криминалној психологији јавило се низ психолошких теорија, које криминално понашање доводе у везу са психичким особинама личности, не узимајући у обзир деловање социјалних фактора или признајући овим факторима само посредно дејство. Осим тога, психолошка објашњења криминалног понашања заснивала су се на истраживањима извршеним применом психолошких метода мерења интелигенције делинквената и неделинквената, карактеристикама личности, вредносних оријентација и социјалне контроле.²⁶ Тако,

²³ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 276.

²⁴ Тох, Х. 1978. *Насилници*, Београд: Просвета, 1978, стр. 7.

²⁵ Аћимовић, М., *Психологија злочина и суђења*. Београд: Савремена администрација, 1988, стр. 90.

²⁶ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 279.

на пример, сматра се да је измерени коефицијент интелигенције на узорцима делинквентне омладине нешто нижи у односу на неделинквентну омладину, мада то само по себи не може бити непосредан узрок делинквенције.²⁷ Представници овога правца су: Фројд, Грос, Фридландер, Ашафенбург, Бел и др.

Криминолози психолошки оријентисаног правца сматрају да дете које претрпи било који облик злостављања или занемаривања, као и било који други облик понашања које се према њему испољава као претња, може испољити патолошку антипослушност. Анти-послушничко понашање је непрекидно превођење неостварених жеља из детињства у агресивно понашање и често се испољава код адолесцената. У том периоду живота индивидуа се налази у развоју и изражава потребу за самоисказивањем у својој непосредној породичној околини или групи вршњака. Анти-послушничко понашање постаје патолошко када је деструктивно, а испољава се у делинквентном понашању детета. Бел (Belle) сматра да делинквентна деца имају потешкоће са прихватањем ауторитативне фигуре, што је “последница посебног страха од оца или замене за оца” још из периода детињства.²⁸

Бавећи се криминалном психологијом, Грос (Gross) је закључио да се лоша деца од најранијих година лако препознају. Утицај одгајања и обучавања не мора имати никаквог дејства на децу која су “добра” сама по себи. У том смислу, Грос разматра одрастање, дететову себичност, као и посебне начине реаговања на појаву неприлагођеног понашања.²⁹

Користећи методу психоанализе, Фројд је објаснио настанак злочина и казне, тако што је описао први случај патрицида који је довео до стварања два основна табуа тотемизма изведена из осећања кривице синова. По Фројду, гомила здружене браће, живећи у прахорди, више није могла да трпи тиранију праоца. Једнога дана, браћа су се окупила, убили су оца и појели га, чиме су учинили крај постојању очеве прахорде. Чином једења синови су се идентификовали са оцем и тиме добили део његове снаге. Пошто се код синова јавило осећање кајања, они су опозвали своје дело тиме што су забранили убијање очеве замене – тотема, и одрекли се његових плодова, ограђујући се од ослобођених жена. Тако су из кривице синова изведене прве забране и казне за убиство оца и родоскрвњење.³⁰

У својој психоаналитичкој студији малолетничке делинквенције, К. Фридландер (Friedlander) је посебно анализирао факторе средине који доводе до формирања антисоцијалног карактера које она назива “основним факторима” (primary factors). Ови се фактори могу пронаћи у односу детета

²⁷ Жлебник, Л., *Психологија детета и младих*, део II, Београд: Delta-press, 1972, стр. 223.

²⁸ Belle, O. S. 1969. Anti-authoritarian behaviour, *The British Journal of Criminology*, Vo. 9, No. 4, стр. 355.

²⁹ Gross, H. 1968. *Criminal Psychology*, Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1968, стр. 370.

³⁰ Видети: Фројд, С., *О сексуалној теорији тотем и табу*. Нови Сад: Матица српска, 1979.

према мајци, а касније и према оцу, као и у другим емоционалним односима који конституишу рани породични живот. Фактори средине, као што су сиромаштво, незапосленост, лоши стамбени услови, пренасељеност, посредно врше свој утицај до дететове пете-шесте године живота, тиме што ремете мајчин однос са дететом. Поремећаји родитељских личности, посебно мајчине, чак и у повољним економским условима, могу имати исту последицу на развој структуре дететовог ума, као што то имају лоши услови средине који спречавају мајку да пружи детету довољну пажњу у најширем смислу. С друге стране, добар однос са мајком може деловати насупрот лошим условима средине. Тиме се може објаснити чињеница да у лошим економским условима само неки појединци, а не и други, постају делинквенти.³¹

Ашафенбург (Aschaffenburg) разматра утицај “породичне диспозиције” (family disposition) на појаву психичких болести код потомака. Овај аутор сматра да душевна болест, неумереност и епилепсија родитеља, без сумње имају негативан утицај на децу. Уопштено посматрано, форме дегенерације обично се испољавају у физичкој и менталној слабости, мада пракса не показује да сва деца алкохоличара и умно поремећених особа имају ове поремећаје. Дете које је окружено криминалцима, од најранијих дана свога живота, брзо почиње да учи од њих, да мисли као они и никада не добије прилику да развије другачије погледе на свет. За дете током временом злочин губи карактер кажњивог акта, а казна није више друштвена осуда.³²

У пракси стручњака различитих професија забележени су многи случајеви родитеља који нису били у могућности да остваре контакт са својом децом на различитим нивоима њиховог развоја. Између друге и треће године живота дете ће показати тежњу да оствари своју независност, што неће наићи на разумевање код депресивне или озлојеђене мајке, која има потребу да продужи симбиотички однос беспомоћности између себе и новорођенчета. Тек проходило дете жели да истражује своју околину, али не прибегава вербалној комуникацији,³³ док предшколско, причљиво дете износи низ коментара и питања, често у затвореној форми, тражећи објашњења или одговор на њих. Ако је став родитеља пун предубеђења, родитељи ће често брутално и са страхом прићи разрешењу дететових дилема. Уверење да су деца „невина“, да морају увек да се понашају „пристојно“ и према очекивањима одраслих, може да проузрокује драстично кажњавање деце када се родитељи

³¹ Friedlander, K., *The Psycho-Analytical Approach to Juvenile Delinquency*, London: Routledge & Kegan Paul LTD, 1967, стр. 96.

³² Aschaffenburg, G., *Crime and Its Repression*, Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1969, стр. 124.

³³ Mahler, M.S., *The Psychological Birth of the Human Infant Symbiosis and Individualization*, New York, basic Books, 1975, cit. u: *The Abused Child, A Multidisciplinary Approach to Developmental Issues and Treatment* (ed. by Harold P. Martin), Ballinger Publishing Company, Cambridge, Massachusetts, 1976, p. 21.

осете прикраћеним у својим очекивањима.³⁴ Некада на вербалном плану родитељи изражавају једне потребе и очекивања усмерена према детету, а својим целокупним емоционалним односом и ставом испољавају супротно. Тако настаје несклад између ова два нивоа функционисања, чиме се појачавају изгледи за неспоразуме унутар личне и међуперсоналне комуникације код деце и родитеља.³⁵

2. Превенција у оквиру заједнице

Динамичност, заснована на ризику преступништва, је такође евидентна у неким превентивним програмима на нивоу заједнице. Указивање на то да у заједници или суседству постоје високо ризично згуснути фактори, избегавају се поменуте замерке у односу на трошење посебних извора средстава за оно што се сматра мање битним, јер је повезано са криминалним активностима. Пошто висок ниво криминалитета често коегзистира заједно са високим нивоом виктимизације, такви програми могу бити „решени“ тако што ће се усмерити на највулнерабилније друштвене групе, у смислу да се превенирање криминалитета усмери на „поновљену виктимизацију“. То може довести до скретања у пристрасност, али не и до обавезног елиминисања стигматизације потенцијала у таквим програмима. Заједнице могу развити репутацију која се тешко елиминише, у крајњем случају, као места која губе своју привлачност да се у њима живи. *Заједница којој је стало (Communities That Care СТС)* је обећавајући пример примене програма, заснованих на ризику преступништва, који су усмерени на све младе људе у циљаним областима.

Творци СТС програма, Хоукинс и Каталано (Hawkins, Catalano), називају га ‘процесом’, који представља „оперативни систем који обезбеђује средства заснована на истраживању ради помоћи заједницама, како би се мобилисале у настојању да промовишу пожељан развој деце и младих и да превенирају проблематична понашања код адолесцената, која ометају позитиван развој, укључујући: злоупотребу дрога; делинквенцију; малолетничке трудноће; напуштање школе и насиље“.

Програми, који улазе у састав СТС, усмерени су на неке или све циљне тачке: породицу, школу, младе из заједнице, као и на саму заједницу. Цео опус СТС процеса заснован је на моделу јавног здравља и обухвата пет фаза:

- прва фаза: отпочињање процеса - осмишљавање прелиминарне организације и идентификовање свих погодних ресурса;

³⁴ Матић, В., *Психопатологија детињства и младости*, Београд, Савез друштава психолога СР Србије, 1980, стр. 86.

³⁵ Кондић, К., *Повезаност дечјих неуротичних сметњи са структуром личности односно патологијом родитеља*, докторска дисертација, Филозофски факултет Универзитета у Београду, 1980, стр. 114.

- друга фаза: организација – ангажовање кључних вођа, едуковање и укључивање заједнице, развијање визије и укључивање погодних ресурса;

- трећа фаза: развијање профила заједнице – прикупљање података; анализирање и давање приоритета, како ризичним, тако и протективним факторима; утврђивање празнина;

- четврта фаза: осмишљавање опсежног плана за развој младих или за развој заједнице; дефинисање јасних, умерених резултата рада; идентификовање стратегија које треба да се односе на приоритете у друштвеној заједници, путем проналажења програма са потврђеном ефикасношћу у односу на посебне потребе у заједници. У том смислу, осмислити акцију и евалуирати планове.

- пета фаза – имплементирање и евалуација примењеног програма.³⁶

Средином шездесетих година 20. века уочен је пораст обима криминалитета у тадашњим државама које су се опорављале од последица Другог светског рата, а као главни узрок наведено је „пуцање традиционалних друштвених веза и обавеза које из њих произилазе“.³⁷ Из визуре америчког друштва, Пјутнем (Putnam, 1993, 2000) је приметио и указао на слабљење „грађанског ангажовања (civic engagement) и социјалне битности (social capital), као на симптоме и узроке слабљења демократије и друштвеног слома“.³⁸

Грађанско друштво, у својој основи, подразумева: друштвено ангажовање; политичку једнакост; солидарност, поверење и толеранцију; јак друштвени живот. У том смислу, следећи ове основне поставке, Пјутнем је одредио значење идеје социјалне битности: „С обзиром на то да физичка битност упућује на физичке објекте, а људска битност на оно што појединац поседује, друштвена битност упућује на везе између појединаца – друштвену мрежу и на норме узајамности и поверења које из тога произилазе. У том смислу, друштвена битност је блиско повезана са оним што неки називају ‘грађанска снага’. Разлика је у томе што друштвена битност обраћа пажњу на чињеницу да је друштвена моћ најснажнија када је утиснута у мрежу свести узајамних друштвених односа. Друштво, састављено од честитих, али изолованих појединаца није неопходно богато друштвеном битношћу“.³⁹ То значи да интеракција омогућава да људи изграђују друштвене заједнице, да се предају једни другима и да сами „спајају друштвени склоп“. Свест о припадању непосредном искуству о друштвеној умрежености може донети људима бројна преимућства.

³⁶ *Communities That Care (Hawkins and Catalano Community Mobilization)*, <http://wch.uhs.wisc.edu/13-Eval/Tools/Resources/Model%20Programs/Communities%20That%20Care.pdf>; приступ: 10.2.2011.

³⁷ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 884.

³⁸ Ibid.

³⁹ Robert Putnam, *Social Capital and Civic Community*, <http://www.infed.org/thinkers/putnam.htm>; приступ: 17.2.2011.

Суштински, идеја о социјалној битности може имати функцију „друштвеног лепка“ који оснажује интеграцију и кохезију међу људима, с једне стране, али и обезбеђује „концептуално оруђе које креатори политике могу развити приликом промовисања снажних друштава“.⁴⁰

Ипак, у многим политичким дебатама изнети су сагласни ставови о томе да је ланчани спој између друштвене битности и економске и људске битности често неразвијен. Извори друштвене битности често су недовољно разликовани од добробити или повољних околности које из њега проистекну. Као што неки криминолози примећују: „Концетрисаност многоструких облика онога што представља мане тежи да умањи подељена очекивања за вођење колективне акције, поготову оне која се односи на децу“.⁴¹

Стога Вулкок (Woolcock 2001) разликује три различита облика друштвене битности:

- спојена друштвена битност: која се састоји од јаких друштвених веза у примарним групама, између људи који деле сличне вредности, интересовања и прошлост;

- премошћена друштвена битност: односи се на слабе везе између различитих друштвених група, међу припадницима различитих генерација, културних, етничких и религијских група. Ово је, уопштено, пример слабијег, мање интензивног спајања, нека врста хоризонталне метафоре да опише везу међу људима који деле разуђено сличне демографске карактеристике;

- повезана друштвена битност: односи се на везе које спајају људе у локалним службама старања. Овај вид друштвене битности обухвата вертикалне релације које повезују људе и заједнице у изворе моћи и помоћи, који се налазе у суседству, као и у ширем друштвеном спектру, у формалним институцијама, на пример.⁴²

Вулкок закључује да и у богатим и у сиромашним земљама процеси управљања ризицима, токовима и могућностима представљају кључни саставни део питања о томе како достићи одржив економски развитак. Перспектива друштвене битности тежи да иде с друге стране почетног „културног објашњења“ у односу на различите стратегије одговора, да сагледава унутар структуралних и односних карактеристика. Развој је, према Вулкоку, нешто много више од „доброг играња у одбрани“, већ је битније како покретати и управљати нападачком стратегијом. Почев од најширег концепта сарадње на приватно-јавном нивоу, па до развојних програма на сеоској основи, успех се јавља у оном опсегу у коме се могу наћи путеви и начини да се искују узајамне добре

⁴⁰ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 885.

⁴¹ Ibid.

⁴² Michael Woolcock: „The Place of Social Capital in Understanding Social and economic Outcomes“, стр. 11-12. <http://www.oecd.org/dataoecd/5/13/1824913.pdf>, приступ: 17.2.2011.

и видљиве везе између различитих искуствених средстава и напора. На крају, према Вулкоку, „досезање праве социјалне релације“ је главни чинилац како смисла, тако и краја развоја.⁴³

2.1. Неформална друштвена контрола

У криминолошкој литератури распрострањено је схватање о томе да је концепт „сломљеног прозора“, који су осмислили Вилсон и Келинг (Wilson and Kelling) још 1982. године, извршио најснажнији утицај на расправе о заједници, неформалној друштвеној контроли и превенцији криминалитета. Ови су аутори истакли да уколико не постоји никаква реакција на нецивилизоване поступке мањег значаја, попут: вандализма, цртања графита, изазивања кавги, опијања, прошње, доћи ће до јављања озбиљних, са њима повезаних друштвених одговора, односно реакција, као резултат онога што „пристојно“ суседство доживљава као „страхом испуњен злочиначки гето“.⁴⁴ Имовина без чувара и неконтролисано понашање непосредно воде у слом друштвене контроле, кроз процес сличан спиралном кретању: нецивилизовани поступци производе страх који промовише избегавање, повлачење и бекство локалног становништва, што све, за узврат изазива умањење неформалне друштвене контроле, а затим таква ситуација доводи до вршења много озбиљнијих злочина, који, опет, доводе до пораста страха и тако даље. Концепт „сломљеног прозора“ је моћна метафора за одсуство реда и контроле.

Предложено решење је у томе да се заустави и врати „точак слабљења“ у његовом најранијем нивоу јављања, тиме што ће се пажња усмерити на „одржавање реда“, путем реаговања на неконтролисано понашање и на друге „назнаке злочина“.⁴⁵ Оно што се сматра неопходним је да заједница поново утврди своје „природне снаге“ моралног ауторитета и контроле путем ране интервенције у случају непожељног понашања. Логика њиховог размишљања у односу на превенцију злочина је у томе да уколико неко спречи непожељно понашање у смислу кршења правних норми, онда је могуће да ће се одупрети ивршењу много озбиљнијих врста злочина. Даља импликација која из тога произилази је да полиција занемарује своју функцију „одржавања реда“ у корист својих задатака који се састоје у борби против криминалитета. Ова идеја посебно је заживела код Етционија (Etzioni, 1993), на пример, који је

⁴³ Ibid.

⁴⁴ James Q. Wilson, George L. Kelling: „Broken Windows“, march 1982, [http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/\\$FILE/BrokenWindowTheory.pdf](http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/$FILE/BrokenWindowTheory.pdf); приступ: 17.2.2011.

⁴⁵ Kelling and Coles: “Fixing Broken Windows”, www.criminology.fsu.edu/.../Comparison%20of%20Robinson%20to%20Kelling%20and%20Cole...; приступ: 21.2.2011.

јасно истакао потребу оживљавања моралног ауторитета у заједници и позвао на веће напоре у остваривању друштвене одговорности, којој даје предност у односу на права појединца. Тврдио је да је „држава суштински једва подобна да пружи помоћ приликом остварења социјалне битности“.⁴⁶ Јака друштва, према мишљењу Етционија, дозвољавају одржавање реда од стране заједнице, за разлику од одржавања реда заједнице.

У криминолошкој књижевности изразит је нагласак на томе да Вилсон и Келинг нису у својим радовима изнели нека емпиријска искуства и сазнања којим би поткрепили своју тезу о узајамној повезаности између престапа, страха и повећања злочина. Тејлорова (Taylor, 2001)⁴⁷ открића доводе у питање претпоставку да знаци нецивилизованог понашања (посебно физички знаци) утичу на криминалитет и страх од криминалитета у било ком упрошћеном смислу. Овај аутор чак износи тврдњу да „сломљени прозори“ и преступ немају обавезно исти утицај или значење у различитим суседствима. Они могу бити представљени на потпуно различите начине. Тејлор показује како су различитости у доживљавању „страха од злочина“ много више изражене између појединаца него између суседства. У већини случајева страх се повећава зато што постоје различитости између становника који реагују на оштро компатибилне еколошке услове. Нивои престапа теже да буду највиши у областима са високом стопом сиромаштва и пролазном популацијом. Други криминолози такође заступају сличан став (Sampson, Raudenbusch, 1999), по коме се престоци и криминалитет задржавају у суседствима сличних структуралних квалитета, посебно са концентрисаним сиромаштвом. Преступничко понашање не доводи непосредно до криминалитета. Оба потичу из мањка „колективног успешног дејствовања“, која се одређује као присуство или одсуство друштвене кохезије, међусобног поверења и спремности да се подржи неформална друштвена контрола, која је, сама по себи, условљена структуралним карактеристикама суседства.⁴⁸

2.2. Ограничења/домети успешности превенције у оквиру заједнице

У самој својој бити идеје о „сломљеним прозорима“ и „брањеном простору“, као и поступања у оквиру превенције криминалитета која се на њима заснивају, представљају премисе обележја „одбране заједнице“ у томе што се

⁴⁶ Mildred Warner: „Building social capital: the role of local government“, *Journal of Socio-Economics* 30 (2001) 187-192
[http://www.culturaedesenvolvimento.com.br/trabalhos/artigos/internacionais_building_social_capital](http://www.culturaedesenvolvimento.com.br/trabalhos/artigos/internacionais_building_social_capital;); pdf приступ: 21.2.2011.

⁴⁷ *Encyclopedia of Law Enforcement*, Vo. 1 State and Local (ed. by Laeey E. Sullivan, Marie-Simonetti Rosen, SAGE Publications, 2005.) http://www.rbtaylor.net/handbook_of_le.pdf; приступ: 21.2.2011.

⁴⁸ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 886.

заједница посматра као нешто што ће бити нападнуто од стране „спољних“ елемената. Постоји сасвим слаба представа о томе да су делинквенти управо чланови те заједнице, да јој припадају, и то као: суседи, партнери, синови. Затим, превенција у оквиру заједнице врло малу пажњу поклања злочинима учињеним у оквиру блиског породичног окружења, попут насиља у породици, на пример или корпоративном криминалитету. Напротив, полази се од претпоставке да чланови једне заједнице деле моралне вредности и ставове о реду, чиме се маргинализују разлике унутар заједнице. У стварности, у многим урбаним срединама, не обитавају „носталгичне хомогене заједнице, већ космополитска мешавина узрастних група, ентитета, култура и социјалног идентитета“.⁴⁹ Због тога, понашање које је у складу или није у складу са прихваћеним нормама може бити различито интерпретирано и истражено.

Супротно од претпоставки везаних за строго комунитарни приступ, истиче се да се „више заједништва“ не изједначава на било који једноставни начин са „мање злочина“. Једна локална заједница и нормативне вредности које деле њени чланови могу бити крајње криминогени. Чврсте социјалне везе, мреже узајамних односа и међусобно поверење чине саму суштину организованог криминалитета, културе банди и злочина мржње. Девијантне социјалне мреже могу ојачати антисоцијално понашање, преношење вредности, вештина и знања који, сви заједно, конституишу „криминални капитал“. Супротно од тога, мањак јаких социјалних веза и карика у једној заједници не доводи неизбежно до непоштовања норми понашања. Области са ниском стопом криминалитета, у којима се исказује висок ниво цивилизованог понашања, уопште не приказују увек особине блискости њених становника, повезаност, узајамну подршку. То је, управо, показало Баумгартнерово истраживање (Baumgartner, 1988) моралних ставова Американаца из приградских насеља.⁵⁰ Уместо да се ослањају на деловање неформалне друштвене контроле, становници предграђа се радије обраћају за помоћ, односно интервенцију формалних механизма којима имају много бољи приступ него становници неких депривираних области, при чему представници формалне контроле реагују на њихове позиве са много већом спремношћу за акцијом него у депривираним предграђима. Представници средње класе из америчких предграђа показали су мањак веза у локалним оквирима, а ипак су се понашали у складу са нормама. Супротно од тога, механизми неформалне контроле нису увек уочљиви у областима са високом стопом криминалитета (Hore, Foster, 1992).⁵¹ Структурални атрибути заједнице – начин на који се становници повезују унутар ње и како су позиционирани, извори моћи и нови извори у ширем окружењу – могу имати много значајнији смисао него што је смисао заједнице кроз припадност.

⁴⁹ *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 887.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Policing and Deprivation, A Review of the Evidence, LSE London, Discussion Paper, Number 5, February 2002, http://www2.lse.ac.uk/government/research/resgroups/London/docs/LSEL_DP5.doc; приступ: 2.3.2011.

Претпоставке око природе заједнице и релација између заједнице и учинилаца стварају дилеме око имплементације стратегија превенције. Сигурно је да ће те стратегије бити много успешније у локалним заједницама са ниском стопом криминалитета, које су добро организоване и хомогене, а нападе на себе виде само као понашања извршена од стране „спољашњих“ учинилаца. У овоме се састојало основно веровање идеје „чувара суседства“.⁵² Хоуп (Hope, 2000) је нагласио да је најлакши начин за успостављање „чувара суседства“ у богатим приградским насељима са ниском стопом криминалитета, у којој су окупљене особе које заступају благонаклоне ставове према полицији у односу на унутарградски, криминалитету склон, јавни сектор домаћинстава са хетерогеном популацијом.⁵³

Сва ова схватања, у ствари, рефлектују једно много уопштеније запажање о томе да постоји обрнута пропорција између превентивних активности и потребе за тим (Rosenbaum, 1988). Многе криминално-политичке схеме, засноване на утицају локалне заједнице, попут „чувара суседства“, на пример, више него једноставно растеређују рад полиције, али истовремено постављају нове захтеве. Званичне евиденције показују да је у циљу установљавања „чувара суседства“ неопходна помоћ и сарадња полиције. Стога, превенција заснована на учешћу заједнице може добити сасвим супротан ефекат у смислу „скретања“ јавних извора финансирања ка местима којима ће можда најмање бити потребна и ка људима који су најспособнији да заштите себе.

У криминолошкој литератури се истиче као парадоксално то да се савремени фокус на заједнице појавио у историјском тренутку у коме се емпиријски посматра опадање релевантности заједница као извора снажне повезаности њених чланова. У већем делу политичке реторике, усмерене на превенцију криминалитета у оквиру заједнице, постоји често исказивање ‘склизнућа’ између заједнице, чији се смисао одавно изгубио и заједнице као тачке око које се изграђују модерне демократске институције. Идеали једне заједнице – узајамност, интимност и поверење – као да имају неподесну конотацију у данашњим схватањима индивидуалности, слободе и мобилности. У складу са тим, иницијативе које треба да потекну из заједнице некада теже да задрже нереална очекивања о томе шта једна заједница може да учини на томе да смањи криминалитет. У литератури из области превенције криминалитета чак се истиче опасност од тога да заједнице постану страна око које могу да се покрену појединци и групе да преузму већу одговорност за своју сопствену добробит и сигурност. Ово губљење одговорности од стране државе има своје импликације о томе где цена обезбеђења сигурности треба да се налази у истој

⁵² Neighborhood Watch,

<http://www.police.cityofcleveland.org/index.php/community-programs/neighborhood-watch>; приступ: 2.3.2011.

⁵³ Hope, T., “Inequality and the clubbing of private security“, in: *Crime, Risk and Insecurity* (ed. by Tim Hope and Richard Sparks), 2000, p. 83-106, books.google.com/books?isbn=0415243440...; приступ: 2.3.2011.

мери као и кривица за неуспех. Са развојем тржишта за обезбеђење сигурности и са растућим финансирањем додатних безбедносних патрола у заједницама, јавља се забринутост да неке заједнице морају да буду још боље у начину на који ће носити тај терет, док у односу на друге може да се искаже прекор због своје неспособности да превенирају злочин.

Усмеравање пажње на то да заједнице буду те које ће сносити терет превенције носи у себи једно много важније питање: до које мере су комплементарни аспекти заједнице и друштва истог рационалног опсега управљања или диференцирања и потенцијалног нивоа компетентности управљања? Праведност једне заједнице не значи и друштвену праведност. Извесна решења у оквиру заједнице теже да буду партикуларна и локална, са мало обзира према спољном и ширем социјалном окружењу. Добро браћене локалне заједнице могу имати сврху да дислоцирају злочине у мање добро браћене области становања. Или, како тврде неки криминолози, „безбедност једне заједнице може бити на рачун друге“. Због тога би било пожељно да се сигурност као јавно добро не трансформише у локално нити у ексклузивно добро. Стога, сигурност у заједници је много мање погрешно употребљен назив, уколико се тиме нуди простор за политичку и етичку колективну сигурност, што све заједно представља много више од појединачне безбедносне иницијативе.

ЗАКЉУЧАК

Појава и развој превенције криминалитета чине нека од битних обележја кривичноправних система у модерним државама света и кроз њих се често рефлектује глобални „трансфер“ праксе и идеје превенције, на начин како су оне уграђене у различите јурисдикције и унутар саме јурисдикције поједине државе. Тај начин је увек јасно обликован различитим локалним и културним традицијама, као и социјално-легалистичким контекстом питања која регулише. Прихватање превентивних стратегија и технологија, у најширем смислу, условљено је њиховим сравањем са политичким стремљењима, с једне стране, као и њиховим сазвучјем са вредностима културе, с друге стране.

Питања превенције криминалитета неопходно је сагледати у односу на прошли, као и савремени пораст нивоа превентивног менталитета код људи, у једном јасном историјском контексту. Затим, битно је сагледати и схватања злочина, реда и безбедности, с тим што ова три појма чине кључ развоја превенције злочина и сигурности у друштвеној заједници. Тај заокрет ка превенцији, заједно са расправама које се о томе воде, различитом праксом и технолошким поступцима који се примењују у превенцији, није постављен као премиса на основу теоријског кохерентног оквира, већ на бројним претпоставкама, које често нису сагласне једна другој.

Технолошке промене имале су круцијалну улогу у превенцији злочина. Па ипак, ма како оне биле уобичајене на први поглед, сви технолошки поступци и стратегије у превенцији криминалитета утискују унутар себе моћне захтеве о људском напору и могућностима да се спроводи превенција. Превенција криминалитета није само слободно вреднована „торба за алат“ проистекла из праксе, већ је дубоко усађена у концептуална полазишта и изазива оспоравања различитих етичких и социјалних питања.

У криминално-политичкој књижевности заиста није неопходно износити покушаје различитог скицирања онога „што је успешно“ у превенцији криминалитета. То само по себи не значи да је евалуација исхода превенције криминалитета небитна. Напротив, сазнања преузета из имплементације и исхода превентивних мера представљају суштину у грађењу и разумевању могућности и цене коштања предузетих мера у превентивном приступу злочину и како их побољшати. Значење „успеха“ није никако раздвојено од саме суштине културолошких обележја. Расправе о ономе „што је успешно“ често представљају борбу мишљења око места извесних критеријума и јавних вредности, које није једноставно свести на универзално прихватљиву компоненту делотворности.⁵⁴

SOCIAL PREVENTION OF CRIME

Summary

Crime prevention is a widely used concept involving fairly broad, elaborate and commonly used definitions. The preventive mentality has given rise to the criminalization of social policy; which has further resulted in increased crime rate and insecurity in everyday life; ultimately, the social policy has received its verification in terms of its potential to reduce the crime rate. The turning point in crime prevention has placed crime in a prominent position in the overall construction of the social norm so that the fundamental values of public life may be marginalized, unless the value of their preventive potential is fully recognized.

In order to make a clear and consistent distinction between different types of intervention, the author focuses on exploring the nature of the initial processes and mechanisms which are to be applied in predicting the consequences of the preventive effect. The situational prevention of crime includes the management, design or handling the current state of affairs in the physical environment in order to reduce the likelihood of committing a specific criminal act. The changes in the social processes are the legacy of the social prevention. Social prevention primarily includes

⁵⁴ Видети опширније: *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., стр. 866-867.

the measures which are aimed at establishing the causes of crime as well as the disposition of an individual towards some delinquent behaviour. The differentiation between the two types of prevention is much more fluid than it appears to be at first given the fact that the situational prevention features may be aimed at precluding the consequences of the social interaction. On the contrary, the social processes may be intended so as to transform or improve the immediate environment.

The social prevention of crime is aimed not only at establishing the perpetrator's personal motivation for the commission of a crime but also at introducing interaction changes in the community or instituting changes in the collective control processes. In order to provide for a more efficient examination and practical application (in line with the efforts to institute changes in the aforementioned areas), the social prevention of crime is divided into two subcategories: the juvenile prevention and the communitarian prevention.

Key words: *crime prevention, social prevention, juvenile prevention, communitarian prevention*

ЗАШТИТНЕ МЈЕРЕ ИЗ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ¹

Др Љубинко Митровић*
Мр Николина Грбић-Павловић**

***Апстракт:** С обзиром на то да се правним нормама регулишу различити друштвени односи, те да се правна нормираност прилагођава промјенама у цивилизацијским или антицивилизацијским кретањима једног друштвеног система, очекивано је да је правна регулисаност проблема насиља у породици новијег датума и да је у складу са промјенама у перципирању породичног насиља као јавног, а не као искључиво приватног проблема. На међународној позорници интензивно се приступа правном регулисању насиља у породици, док је унутар Босне и Херцеговине и Републике Српске тај процес посебно актуелан у посљедњих десетак година. Аутори у овом раду разматрају заштитне мјере предвиђене Законом о заштити од насиља у породици², који свакако представља појединачно најзначајнији закон који регулише овај друштвени проблем. Надаље, у другом дијелу рада детаљније се обрађују заштитне мјере које су предвиђене Правилником о начину спровођења заштитних мјера које су у надлежности Министарства унутрашњих послова Републике Српске³, којим се уређује припремање и планирање спровођења заштитних мјера које су дужни, према Закону о заштити од насиља у породици, спроводити припадници Министарства унутрашњих послова Републике Српске.*

***Кључне ријечи:** насиље у породици, заштитне мјере, полицијски службеници.*

* Др Љубинко Митровић. Аутор је професор на Факултету правних наука Паневропског универзитета АПЕИРОН и Високој школи унутрашњих послова у Бањој Луци.

** Мр Николина Грбић-Павловић. Ауторка је докторанд на Правном факултету Универзитета Унион у Београду, асистентка на Правној катедри Високе школе унутрашњих послова у Бањој Луци, на предметима Прекршајно право, Полицијско право и Међународно право.

¹ У овом раду аутори ће детаљније разматрати припремање и планирање спровођења заштитних мјера које су у надлежности Министарства унутрашњих послова Републике Српске.

² („Службени гласник Републике Српске“, број 118/2005, 17/2008).

³ („Службени гласник Републике Српске“, број 26/2006).

1. Појмовно одређење насиља у породици

Насиље у породици јесте један од облика родно заснованог насиља, односно насиља заснованог на полу. Родно засновано насиље јесте глобални феномен, који најчешће погађа жене и дјевојчице широм планете, у свим државама и културама, без обзира на друштвено уређење, религију, вриједности и ставове. Дешава се свакодневно и свугдје и због тога се посебна пажња посљедњих година поклања овом проблему. Сматра се да су његови коријени дубоко уткани у патријархалној традицији и да се промјеном штетних родних стереотипа и укидањем родне дискриминације (дискриминације по основу пола) може утицати на смањење, односно укидање родно заснованог насиља као екстремног облика дискриминације.⁴

У свим дијеловима свијета жене трпе насиље од стране партнера или мушких чланова породице. Дуго се распрострањеност насиља могла само претпостављати, пошто случајеви насиља који су доспијевали у јавност представљају самоврхледеног бријега. У посљедњој деценији, распрострањеност насиља над женама откривена је у обимним истраживањима спроведеним у неколико европских земаља. Прво репрезентативно истраживање спроведено у Њемачкој на више од 10.000 испитаница показало је да приближно једна од четири жене (25%) трпи физичко или сексуално насиље од стране партнера (Савезно министарство за породицу, старије грађанке, жене и омладину 2004). Према једном истраживању спроведеном у оквиру британског истраживања криминала, 21% жена су биле жртве физичког насиља или пријетњи од стране партнера бар једном у животу (*Valbi/Alen 2004*). У студији о распрострањености насиља спроведеној у Финској (*Hajskanen/Pispa 1998*), 20% жена изјавиле су да су трпјеле насиље од стране партнера. Осим nanoшења страховите патње, насиље над женама резултира и трошковима за жртве и друштво (*Valbi 2004*, Свјетска здравствена организација 2004). У току истраживања, *Valbijeва* је открила да се трошкови породичног насиља у Енглеској и Велсу процјењују на 23 милијарде фунти годишње.⁵

Насиље у породици или породично насиље⁶ јесте било које стварно

⁴ Група аутора: Спречавање и сузбијање насиља у породици у Републици Српској – Приручник за поступање субјеката заштите, Влада Републике Српске, Гендер центар – Центар за једнакост и равноправност полова, Друго допуњено издање, 2010. година, стр. 19.

⁵ *Rosa Logar*: “Насиље над женама: примјери ДОБРЕ ПРАКСЕ у елиминацији насиља и борби против насиља над женама”, Аустријски модел интервенције у случајевима насиља у породици, *WAVE* (Европска мрежа против насиља над женама), превод и штампање рада: Аутономни женски центар, Београд, 2005.

⁶ Према савременој литератури, као врсте насиља у породици наводе се: **а) физичко насиље** (гурање, шамарање, премлаћивање, чупање косе, ударање рукама, ногама и разним предметима, nanoшење повреда различитим врстама оружја и разним предметима, као и опекотине); **б) психичко насиље** (облици злостављања са циљем презентовања моћи и контроле над жртвом кроз разне забране, понижавања, потцењивање, исмијавање у јавности, изолацију, пријетње,

или пријетеће физичко, психичко, сексуално или економско насиље – дјело над неким лицем од стране другог лица које је у крвном сродству или живи у заједничком домаћинству, а којим се другом лицу наноси физичка, психичка или сексуална повреда, патња или економска штета, као и пријетња таквим радњама или пропуштање чињења дужне пажње. Породично насиље постоји у случају када починилац насиља, примјеном насиља, односно дрским или безобзирним понашањем нарушава спокојство другог, угрожава тјелесни интегритет или душевно здравље другог члана своје породице или заједничког домаћинства.⁷

Инкриминисаност насиља у породици у правном систему Републике Српске присутна је од 2000. године, тачније од увођења кривичног дјела „насиље у породици или породичној заједници“ у Кривични закон Републике Српске. Ради омогућавања брже, потпуније и ефикасније заштите жртава насиља у породици, дефинисања друштвених субјеката заштите у случајевима породичног насиља и систематичнијег приступа починиоцима насиља, 2005. године донијет је Закон о заштити од насиља у породици у Републици Српској, који је измијењен и допуњен 2008. године. Ова два закона представљају основу правног регулисања проблема породичног насиља, иако материју породичног насиља третирају и други закони Републике Српске (нпр. Породични закон Републике Српске из 2002. године). Поред закона Републике Српске, регулатива постоји и на нивоу БиХ. Наиме, године 2003. донесен је Закон о равноправности полова у БиХ, као *lex specialis* који насиље у породици третира као кривично дјело и прописује казну за његово вршење.

С обзиром на то да се у овом раду третирају одредбе Закона о заштити од насиља у породици, насиље у породици ћемо дефинисати у смислу овог Закона. Тако се у члану 6 Закона наводи да насиље у породици представља свако дјело којим се наноси физичка, психичка или сексуална повреда, патња или економска штета, као и пријетња таквим радњама или пропуштање дужног чињења и пажње, што озбиљно спутава чланове породице и лица која се налазе у односу блиских социјалних веза, без обзира на то да ли међу њима постоји или је постојала заједница живота, да уживају у својим правима и слободама на принципу равноправности полова, и у јавној и у приватној сфери живота. Оно што посебно треба нагласити, а што закон прописује, јесте да насиље

увреде, уцјене, обезвређивање, контролу кретања, ограничавање социјалних комуникација, претјерану љубомору и др.); **в) сексуално насиље** (односи се на сексуално узнемиравање и силовање, односно приморавање на сексуални однос без пристанка жртве); **г) економско злостављање** (ускрађивање и одузимање финансијских средстава, забрана брачном партнеру да ради, неплаћање алиментације или издржавања, те неки други облик остављања брачног партнера или члана породице без средстава за живот); **д) социјално насиље** (изолација и контрола над друштвеним животом – ограничавање комуникације са пријатељима, родбином или неким другим лицима која припадају ужем кругу породице).

⁷ Љубинко Митровић: Прекршајно право – посебан дио, Међународно удружење научних радника – AIS, Бања Лука, 2009. година, стр. 138.

у породици, а посебно насиље према женама и дјечи унутар породице, представља тешко кршење женских људских права и права дјече.

2. Неке одредбе Закона о заштити од насиља у породици

Закон о заштити од насиља у породици⁸ је свакако појединачно најзначајнији закон који регулише овај друштвени проблем. Закон је донесен да би се пружио ефикаснија, бржа и потпунија заштита жртава насиља у породици. Законом је предвиђено да се за дјела насиља у породици покреће прекршајни поступак у складу са одредбама Закона о прекршајима и изричу прекршајне санкције у виду заштитних мјера и новчаних казни. Овим се не доводи у питање кривичноправна заштита која је свакако омогућена према Кривичном закону Републике Српске.

У члану 3 Закона дефинисани су **субјекти заштите** (полиција, тужилаштво, центри за социјални рад, односно службе социјалне заштите), који су дужни без одлагања обезбиједити хитно пружање заштите од насилничког понашања. Након пријема пријаве или сазнања да је учињено насиље у породици, полиција је дужна да о томе обавијести центар за социјални рад, како би се пружио адекватна социјална заштита и психосоцијална помоћ жртви насиља. Законом је предвиђено да ће полиција, након прикупљених доказа, поднијети захтјев за изрицање заштитне мјере надлежном суду против починиоца насиља и о томе ће без одгађања обавијестити надлежно тужилаштво.

Надаље, у члану 5 Закона дефинисано је да је **породица** животна заједница родитеља и дјече и других њених чланова.

Према Закону, породицу чине:

- 1) супружници у брачној или ванбрачној заједници,
- 2) њихова дјеча (заједничка или из ранијих заједница),
- 3) бивши брачни или ванбрачни супружници и њихова дјеча,
- 4) усвојилац и усвојеник,
- 5) старалац и штићеник, као и друга лица која сада живе или су раније живјела у породичној заједници,
- 6) родитељи садашњих и бивших супружника, и
- 7) очух и маћеха.

Односи међу члановима породице заснивају се на хуманим принципима, који подразумевају међусобно поштовање, помагање, приврженост, одржавање складних односа уз развијање и испољавање најбољих особина, а при томе се посебно има у виду обавеза заштите дјече, поштовање равноправности полова и добровољност ступања у брак и ванбрачне односе. У међусобним односима

⁸ У даљем тексту: Закон.

чланови породице ће поштовати права, слободе и безбједност других чланова породице, на начин да их неће ограничавати, онемогућавати или спречавати у остваривању њихових права и слобода које чланови породице имају према постојећим прописима. Законом се обавезује да се члан породице суздржава од повреде физичког или психичког интегритета другог члана породице, повреде и дискриминације по основу пола и узраста и од стављања у стање потчињености по било ком основу.

Чланом 6 Закона прописују се **радње насиља** у породици, а то су:

1. физички напад члана породице на другог члана породице, без обзира да ли је наступила физичка повреда или није;
2. свака примјена физичке силе која не резултира директним нападом, или физичке принуде на физички или психички интегритет члана породице;
3. проузроковање осјећаја страха или личне угрожености или повреде достојанства, уцјеном или вербалном пријетњом или другом принудом;
4. озбиљни вербални напади, вријеђање, псовање, називање погрдним именима и други начини грубог узнемиравања члана породице;
5. ухођење и сви други начини узнемиравања другог члана породице;
6. оштећење или уништење заједничке имовине или имовине у посједу или покушај да се то учини;
7. пропуштање дужне пажње и надзора или непружање помоћи и заштите иако за то постоји обавеза по закону или обичајима, а то би имало за последицу осјећај физичке, психичке или економско-социјалне угрожености;
8. изолација и ограничавање слободе кретања и комуницирања са трећим лицима;
9. сексуално узнемиравање;
10. одузимање права на економску независност забраном рада или држањем члана породице у односу зависности или подређености, пријетњом или недавањем средстава за живот или другим облицима економске доминације једног члана породице над другим;
11. васпитање дјеце физичким кажњавањем и другим начинима понижавајућег поступања;
12. друге радње насиља у породици.

Закон у члану 7 регулише и **збрињавање жртве у сигурну кућу** ради обезбјеђења физичке заштите и остваривања права и интереса жртве насиља у породици. Збрињавање, уз претходни пристанак жртве, врше полиција и центар за социјални рад, односно установа социјалне заштите.⁹ Наведена мјера

⁹ Када говоримо о финансирању сигурних кућа, важно је нагласити да је Законом дефинисано да се средства за привремени смјештај и збрињавање жртава насиља у сигурној кући обезбјеђују из буџета Републике Српске до висине од 70% средстава неопходних за рад сигурне куће, а из

може се одредити у трајању које је потребно ради остварења циља мјере, с тим да не може трајати дуже од три мјесеца. Изузетно, трајање ове мјере може се продужити још три мјесеца, односно до завршетка поступка и извршења рјешења којим се починиоцу насиља изриче заштитна мјера.

Као једна од обавеза (у вези са реализацијом мјере збрињавање жртве у сигурну кућу) припадника полиције, у Закону (члан 7) се наводи:

„Ради заштите и обезбјеђења жртве насиља у породици, полиција ће отпратити жртву насиља у кућу, стан или други стамбени простор ради узимања личних ствари и личних ствари других лица која су с њом напустила наведени простор, а које су неопходне за задовољење свакодневних потреба“.

У члану 17 предвиђено је да је за вођење прекршајног поступка мјесно надлежан суд на чијем је подручју почињен прекршај, а изузетно суд на чијем подручју жртва насиља има пребивалиште или боравиште, ако је то у интересу вођења поступка.

3. Прекршајне санкције за заштиту од насиља у породици

Законом су предвиђене двије врсте прекршајних санкција за заштиту од насиља у породици, и то:

- а) заштитне мјере** (као основна санкција), и
- б) новчана казна** (у случају непоштовања изречене заштитне мјере).

Сврха прописивања, изрицања и примјене прекршајних санкција је спречавање насиља у породици, осигурање нужне заштите здравља и безбједности жртве насиља, спречавање негативне идентификације, те отклањање околности које погодују или подстицајно дјелују на извршење нових радњи насиља у породици.

Када говоримо о **заштитним мјерама**, у члану 9. Закона предвиђено је да суд починиоцу насиља у породици може изрећи сљедеће заштитне мјере:

1. удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора,
2. забране приближавања жртви насиља,
3. забране узнемиравања или ухођења жртве насиља,
4. обавеза психосоцијалног третмана,
5. обавезно лијечење од зависности,

буџета општина и градова до висине од 30% средстава неопходних за рад сигурне куће. Средства која се обезбјеђују из буџета општине или града, преносе се, према мјесту пребивалишта жртве, надлежном центру за социјални рад, односно служби социјалне заштите, која је дужна да средства дозначи сигурној кући у којој је жртва насиља привремено збринута. Средства из буџета ентитета достављају се сигурним кућама.

б. друштвенокорисни рад у корист локалне заједнице.¹⁰

Заштитна мјера удаљења из стана, куће или неког другог стамбеног простора (подразумијева се и забрана враћања у стан, кућу или неки стамбени простор) (члан 12) може се изрећи у трајању које не може бити краће од 30 дана, нити дуже од шест мјесеци, починиоцу насиља који је извршио радњу насиља у породици према члану породице са којим живи у стану, кући или неком другом стамбеном простору, уколико суд за прекршаје оцијени да постоји опасност да би без провођења ове мјере насилник могао поново починити насиље. Починилац насиља коме је изречена наведена мјера дужан је, без одлагања, напустити стан, кућу или неки други стамбени простор, у присуству радника полиције.

Заштитна мјера забране приближавања жртви насиља у породици (члан 13) може се изрећи починиоцу насиља уколико постоји опасност од поновног вршења насиља. Ову мјеру одређује суд у трајању од тридесет дана до једне године. У рјешењу којим суд изриче наведену мјеру одредиће се мјеста или подручја, односно удаљеност од 200 метара испод које се насилник не смије приближити жртви насиља.

Починиоцу насиља који је насиље извршио узнемиравањем или ухођењем другог члана породице може се изрећи **заштитна мјера забране**

¹⁰ Према *Katie Zoglin* у „*Корисне мјере за кривично гоњење случајева насиља у породици: неке идеје из Сједињених Америчких Држава*“ (Часопис Темида, јун 2003), заштитне мјере могу да се појаве у различитим формама, укључујући: (1) заштитне мјере у хитним случајевима које полиција може да одреди, (2) заштитне мјере у домену грађанског права које жртва може да тражи (породично и грађанско право), и (3) кривичне мјере које одређује судија у кривичним случајевима. Мјере заштите у хитним случајевима су врста судске наредбе коју представници закона могу да траже у име потенцијалне жртве. На примјер, када полицајац стигне на мјесто гдје се десило насиље у породици, он може да тражи од судије да изрекне мјеру заштите како би се заштитиле жртве насиља. Полицајац може да тражи хитну заштитну мјеру у име жртве породичног насиља. Судија смије да изрекне мјеру уколико постоји опасност од непосредног или постојећег насиља. Мјере се изричу на *ex parte* основи, могу се добити преко телефона и трају кратко (на примјер, пет радних дана). Што се тиче грађанских заштитних мјера које жртва добија, она/он прво мора да добије привремену мјеру. Привремена заштитна мјера мора да се уручи, како би супротна страна знала какви су услови изречене мјере, као и датум саслушања/рочишта, у случају дуготрајније мјере. Трајне мјере забране захтијевају заказано рочиште. Међутим, уколико се супротној страни мјера уручи на вријеме, а он/а се не појави на рочишту, у случају трајне мјере, рочиште може да се одржи. Осим тога, судија може да одреди заштитну мјеру како би се заштитили свједоци, у кривичним случајевима под одређеним околностима. Све три врсте мјера забране имају неке заједничке елементе. Прво, те мјере морају имати специфичну терминологију којом се супротна страна принуђује или ограничава на неки начин. Друго, те мјере морају имати одређено временско трајање, и само током тог периода ће бити примјенљиве. Треће, непридржавање судске забране може имати кривичне посљедице. Четврто, све мјере забране морају бити уручене супротној страни. Заштићена страна не може да буде уручилац. Уручење се сматра комплетним уколико је супротна страна била присутна у судници када је судија донио одлуку о мјерама забране. Пето, мјере забране остају на снази без обзира на активности заштићене стране, под условом да су такве мјере донијете од стране суда, а не од стране неке друге индивидуе.

узнемиравања или ухођења жртве насиља (члан 14), у трајању од 30 дана до једне године, уколико постоји опасност да би се узнемиравање или ухођење могло наставити.

Заштитна мјера обавезног психосоцијалног третмана (члан 15) може се изрећи починиоцу насиља у породици, ради отклањања његовог насилничког понашања или ако постоји опасност да би насилник могао поновити насиље према члановима породице, до престанка разлога због којег је одређена, али најдуже до двије године.¹¹

Заштитну мјеру обавезног лијечења од зависности (члан 16) суд ће изрећи починиоцу насиља у породици који је насиље починио под утицајем зависности од алкохола, опојних дрога или других психотропних супстанци, ако постоји опасност да ће се насиље поновити. Наведена заштитна мјера се одређује у трајању које не може бити краће од тридесет дана, нити дуже од двије године.¹²

Заштитна мјера друштвено корисни рад у корист локалне заједнице, иако је предвиђена и наведена у члану 9 Закона, није детаљније образложена у неком од чланова, што можемо окарактерисати као један од недостатака самог Закона.

Заштитне мјере могу се изрећи на захтјев лица изложеног насиљу, односно његовог пуномоћника, или на захтјев полиције, тужилаштва, центра за социјални рад, владиних и невладиних организација или по службеној дужности, осим заштитне мјере удаљења из стана, куће или неког другог стамбеног простора (подразумијева се и забрана враћања у стан, кућу или неки стамбени простор) која се изриче по службеној дужности.

Приликом изрицања заштитних мјера потребно је водити рачуна о сврси, тежини и трајању изречене мјере и њеној ефикасности, а субјекти заштите дужни су да прате извршење и извјештавају суд о извршењу мјера, предлажу прекид, продужење или замјену другом мјером. Такође, субјекти заштите дужни су да воде евиденцију о изреченим заштитним мјерама, о жртвама насиља у породици и починиоцима насиља.

Орган надлежан за спровођење заштитне мјере дужан је да достави суду извјештај о извршењу заштитних мјера најкасније у року од шест мјесеци, а

¹¹ Министарство здравља и социјалне заштите Републике Српске донијело је Правилник о начину и мјесту спровођења заштитне мјере обавезног психосоцијалног третмана („Службени гласник Републике Српске“, број 97/2006). Правилник је у свом називу застарио, јер је Измјенама Закона о заштити насиља у породици („Службени гласник Републике Српске“, број 17/2008) укинута заштитна мјера обезбјеђења заштите жртве насиља у породици, а чланом 7 Закона предвиђено збрињавање жртве у сигурну кућу, што је претходно објашњено.

¹² Министарство здравља и социјалне заштите Републике Српске донијело је Правилник о начину и мјесту спровођења заштитне мјере обавезног лијечења зависности од алкохола и опојних дрога („Службени гласник Републике Српске“, број 97/2006), у коме се детаљније разрађују услови за спровођење наведене мјере.

по потреби и раније. Суд и органи надлежни за спровођење заштитних мјера дужни су да на захтјев надлежног центра за социјални рад, односно службе за социјалну заштиту, доставе евиденције/информације о изреченим мјерама и извјештаје о њиховом спровођењу.

Поред изрицања заштитних мјера, Законом је прописано и изрицање **новчаних казни**. Тако је у члану 20 Закона предвиђено изрицање новчане казне у износу од 100,00 до 300,00 КМ починиоцу насиља који изврши неку од радњи насиља према члановима породице. Казна је строжа уколико починилац насиља понови радњу насиља (од 300,00 до 1.500,00 КМ), или уколико радњу насиља изврши у присуству дјетета или малољетног лица (од 500,00 до 1.500,00 КМ).

Посебно су санкционисани и прекршаји починиоца насиља у породици који се састоје у извршењу насиља на штету дјетета или малољетног лица (од 600 до 1.500 КМ), те прекршаји службеног лица и лица запосленог у образовној, социјалној и здравственој установи које не пријави насиље у породици (од 100,00 до 300,00 КМ). Новчаном казном од 100,00 до 300,00 КМ казниће се и члан породице који не пријави насиље у породици, када је жртва насиља малољетно лице.

Надаље, у члану 22 Закона је предвиђено да је починилац насиља у породици дужан поступити у складу са изреченом заштитном мјером, те да ће се, уколико не поступи према изреченој заштитној мјери, казнити новчаном казном у износу од 300,00 КМ до 500,00 КМ.

4. Заштитне мјере из надлежности Министарства унутрашњих послова Републике Српске

Правилником о начину спровођења заштитних мјера које су у надлежности Министарства унутрашњих послова¹³ уређује се начин спровођења заштитних мјера које овлашћена службена лица спроводе у складу са Законом о заштити од насиља у породици.

То су следеће заштитне мјере:

а) удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора и забрана враћања у стан, кућу или други стамбени простор,

б) забрана приближавања жртви насиља у породици и

в) забрана узнемиравања или ухођења лица изложеног насиљу.

За подношење захтјева за изрицање наведених заштитних мјера, као и за њихово спровођење, надлежна је полицијска станица на чијем подручју жртва има пребивалиште или боравиште. Када је захтјев за изрицање заштитне мјере поднијет од стране полицијске станице која није надлежна или када је

¹³ У даљем тексту: Правилник.

рјешењем суда за спровођење заштитне мјере одређена полицијска станица на чијем подручју жртва нема пребивалиште или боравиште, захтјев за изрицање заштитне мјере због насиља у породици и рјешење суда којим је изречена заштитна мјера одмах ће се доставити полицијској станици надлежној за спровођење заштитне мјере, о чему ће се извијестити суд који је изрекао заштитну мјеру. Ако жртва, за вријеме спровођења заштитне мјере, промијени мјесто пребивалишта или боравишта, полицијска станица која је спроводила заштитну мјеру одмах ће доставити полицијској станици надлежној за спровођење заштитне мјере рјешење суда којим је изречена заштитна мјера, а даље спровођење заштитне мјере наставиће полицијска станица на чијем подручју жртва има ново пребивалиште или боравиште.

Полицијски службеници који спроводе заштитне мјере дужни су поступати професионално, како према жртви, тако и према починиоцу насиља.

4.1. Припремање и планирање спровођења заштитних мјера

Руководилац у полицијској станици која је запримила рјешење надлежног суда о изреченој заштитној мјери, **одредиће полицијског службеника**¹⁴ одговорног за припремање, планирање и спровођење заштитних мјера.¹⁵

Уколико рјешење којим је изречена заштитна мјера не садржи:

а) јасне податке о временском раздобљу спровођења, подручју, мјесту и удаљености у чијим границама се починилац насиља не смије кретати, боравити или приближавати жртви,

б) податке о другим околностима неопходним за њено спровођење,

в) неке друге мјере неопходне за дјелотворно спровођење изречене заштитне мјере, надлежни руководилац ће одмах уложити жалбу надлежном суду ради отклањања уочених недостатака.

Управо полицијски службеник кога је одредио непосредни руководилац ће уз претходни пристанак жртве усагласити и разрадити спровођење сљедећих активности:

¹⁴ У даљем тексту: полицијски службеник.

¹⁵ Полицијски службеник ће: (1) без одлагања, провјерити сигурност жртве и прикупити информације о томе да ли починилац насиља поступа у складу са изреченом заштитном мјером; (2) позвати жртву на сарадњу ради успјешног спровођења заштитне мјере; (3) подучиће жртву о мјерама и средствима њене самозаштите, начинима и средствима међусобног комуницирања за цијело вријеме трајања спровођења заштитне мјере ради осигурања благовремене размјене информација и предузимања неодложених мјера и радњи неопходних за њену заштиту; (4) Упутити жртву да о свакој намјери напуштања пребивалишта/боравишта претходно обавијести полицијску станицу ради благовременог укључивања у спровођење заштитне мјере полицијске станице на чијем подручју ће боравити.

а) план поступања жртве када јој пријети неотклоњива директна опасност од починиоца насиља или другог лица које поступа заједно с њим или по његовом налогу;

б) начин пружања помоћи жртви од стране њене родбине и других лица која благовременим запажањем починиоца насиља, упозорењем жртве, обавјештавањем полиције и предузимањем других радњи могу заштитити жртву или спријечити починиоца насиља да угрози њено здравље и сигурност;

в) и друге активности ради заштите здравља и безбједности жртве до доласка овлашћених службених лица, зависно од изречене заштитне мјере и других околности.

Надаље, полицијски службеник ће након прикупљања информација прибављених увидом у полицијске евиденције, затим информација добијених од жртве, њене родбине, комшија, пријатеља и познаника у њеном животном и радном окружењу, као и од институција које располажу подацима важним за упознавање личности починиоца насиља и жртве, те процјене њиховог понашања, сачинити процјену угрожености жртве¹⁶ и план спровођења заштитне мјере¹⁷.

Приликом израде плана спровођења заштитне мјере обавезно је обавити консултације са надлежним центром за социјални рад.

4.2. Спровођење заштитних мјера

Када говоримо о спровођењу заштитних мјера, разликују се обавезе руководиоца, обавезе полицијског службеника који је одговоран за реализацију заштитне мјере и обавезе осталих полицијских службеника.

¹⁶ Процјена угрожености жртве може се користити у оперативне сврхе, и она садржи: а) податке о починиоцу насиља и податке о његовом ранијем пријављивању, те понашању након изречене заштитне мјере, б) податке о жртви и њеном понашању након изречене заштитне мјере, в) закључак о процијењеном понашању починиоца насиља и жртве током трајања заштитне мјере уз процјену угрожености жртве.

¹⁷ План спровођења заштитне мјере може се користити у оперативне сврхе, и он садржи: а) назив суда, број и датум рјешења, назив изречене заштитне мјере и вријеме њеног трајања, б) личне податке и фотографију починиоца, в) мјере и радње које ће се плански спроводити током трајања заштитне мјере, г) превентивни простор потребан за спровођење заштитне мјере (одређује се у односу на границу заштићеног простора или удаљености од жртве одређену рјешењем суда као концентрични круг који својим простором и величином може осигурати благовремено запажање и предузимање мјера ради спречавања починиоца насиља у намјери угрожавања здравља и безбједности жртве) у којем ће се према починиоцу насиља примјењивати овлашћење упозорења, д) податке о полицијским службеницима одређеним за спровођење планираних мјера и радњи са роковима спровођења, њ) хитне мјере и радње које се могу очекивати у спровођењу заштитне мјере, те начин и носиоце њиховог спровођења, е) начин упознавања других полицијских службеника са заштитном мјером и планом њеног спровођења.

Обавезе руководиоца су да најмање једном мјесечно оствари увид у спис спровођења заштитне мјере, те оцијени сврсисходност и дјелотворност планираних и предузетих мјера, и по потреби наложи допуну плана спровођења заштитне мјере, затим да осигура да се са задацима који су предвиђени планом за спровођење заштитне мјере упознају и полицијски службеници који нису директно укључени у њено спровођење, као и да упозна полицијске службенике који су директно укључени у план спровођења заштитне мјере са њиховим задацима у спровођењу, са организацијом рада и другим околностима важним за њено спровођење.

Обавезе полицијског службеника који је одговоран за реализацију заштитне мјере су да најмање једном седмично, у контакту са жртвом, путем полицијских службеника или путем средстава комуникације, провјери да ли починилац насиља поступа у складу са изреченом заштитном мјером, те да, уколико није у могућности да предузме неодложне мјере или радње којима би се заштитили здравље и сигурност жртве, о томе обавијести надлежног руководиоца који је дужан обезбиједити даље спровођење заштитне мјере.

Обавезе осталих полицијских службеника су да полицијски службеник који затекне починиоца насиља у кршењу заштитне мјере или другим околностима које упућују на намјеру кршења заштитне мјере или који заприми дојаву или пријаву жртве или другог лица о понашању починиоца насиља којим се крши заштитна мјера, без одлагања, предузме мјере и радње ради заштите здравља и сигурности жртве и о томе обавијести полицијског службеника који је одговоран за реализацију заштитне мјере или лице које га замјењује, те да, уколико починилац насиља затражи психосоцијалну помоћ, упути га да се за тражену помоћ обрати надлежном центру за социјални рад.

Полицијски службеник ће приликом спровођења заштитне мјере удаљења из стана, куће или неког другог стамбеног простора и забране враћања у стан, кућу или неки други стамбени простор:

1. Презентовати рјешење суда,
2. Довести починиоца насиља у објекат из кога се удаљава ради узимања личних докумената и предмета нужних за свакодневну личну употребу и добијања података о могућем смјештају починиоца насиља;
3. Упозорити починиоца насиља да кључеве објекта из кога се удаљава преда жртви или другом присутном лицу које ће их предати жртви;
4. Удаљити починиоца насиља из стана, куће или неког другог стамбеног простора на удаљеност одређену рјешењем суда.
5. Омогућити починиоцу насиља да у његовој присутности и у потребном времену узме личне документе и предмете нужне за свакодневну употребу, те га упозорити да без одобрења надлежног суда, у вријеме трајања заштитне мјере, не смије улазити у објекат из кога је удаљен.

6. У случају да насилник одбије да жртви или другом присутном лицу преда кључеве објекта из кога се удаљава, кључеви ће се одузети употребом силе само кад је њихово одузимање одредио суд.

7. Упозорити починиоца насиља у случају када га затекне у близини простора у којем му је рјешењем суда забрањен приступ на потребу поштивања заштитне мјере.

8. Починиоца насиља који након упозорења покуша ући у простор у који му је рјешењем суда забрањен приступ или у случају затицања починиоца у том простору или објекту из кога је удаљен, те у случају дојаве или пријаве због постојања основане сумње да је поступио противно изреченој мјери, уз подношење захтјева за покретање прекршајног поступка, привести надлежном суду.

9. У случају постојања околности које упућују на опасност да ће починилац насиља након удаљења, противно изреченој заштитној мјери, покушати ући у простор или објекат из кога је удаљен, предузети планиране оперативнотактичке мјере и радње ради спречавања починиоца насиља да уђе у заштићени простор или објекат или да угрози здравље и безбједност жртве. Наведене мјере и радње трајаће док постоје разлози за њихово предузимање.

Полицијски службеник ће спровести заштитну мјеру **забране приближавања жртви** благовременим предузимањем мјера, затим осигурати да се насилник за вријеме њеног спровођења придржава забране доласка на мјеста, подручја или забране приближавања жртви на удаљености одређеној рјешењем суда, тако што ће:

1. У случају затицања починиоца насиља у простору који је одређен планом спровођења заштитне мјере, наредити да напусти простор у којем се налази жртва и упозорити га на посљедице у случају непоштивања рјешења суда;

2. На дојаву жртве или другог лица о непоштивању рјешења суда одмах изаћи на мјесто таквог догађаја, те наредити починиоцу насиља да напусти простор у којем се налази жртва, уколико је до таквог контакта дошло случајно. Ако починилац насиља крши наведену заштитну мјеру или одбије да изврши наређење полицијског службеника привести га и уз захтјев за покретање прекршајног поступка предати надлежном суду.

3. У случају сазнања о намјери или плану починиоца насиља да поступи противно рјешењу суда или угрози здравље и сигурност жртве на други начин, одмах пронаћи починиоца насиља и упозорити га на посљедице таквог понашања. Уколико околности упућују на то да би починилац насиља упркос датом упозорењу могао прекршити заштитну мјеру, жртви ће се пружити непосредна полицијска заштита док постоји опасност по њено здравље и безбједност. Ради непосредне заштите, зависно од околности, предузеће се потребне оперативнотактичке мјере и радње.

Полицијски службеник ће спроводити заштитну мјеру **забране узнемиравања или ухођења лица изложеног насиљу** према упутству рјешења суда, а на начин да:

1. У случају затицања починиоца насиља у близини жртве или запримљене дојаве или пријаве о понашању починиоца насиља супротно заштитној мјери, без одгађања, утврди околности због којих се насилник налази у близини жртве или се налазио у близини жртве или које упућују на постојање основане сумње да крши мјеру на други начин. Полицијски службеник ће прикупити информације и доказе о понашању починиоца насиља супротно заштитној мјери.

2. У случају да је до контакта између починиоца насиља и жртве дошло случајно, наредиће починиоцу насиља да одмах напусти простор у којем се налази жртва.

3. Уколико околности указују на то да је починилац насиља лично или путем другог лица узнемиравао или уходио жртву, предузеће потребне оперативно-тактичке мјере и радње ради спречавања угрожавања здравља и сигурности жртве.

4. Ако насилник не поступа према изреченој заштитној мјери или не поступи по наређењу полицијског службеника или постоје околности које указују на то да је починилац насиља лично или путем другог лица узнемиравао или уходио жртву, биће приведен и уз захтјев за покретање прекршајног поступка предат надлежном суду.

5. Уколико насилник за узнемиравање или ухођење жртве користи средства за комуникацију на даљину, полицијски службеник ће упутити жртву да од правног лица које пружа телекомуникацијске услуге затражи податке о истовјетности телекомуникацијских адреса које су у одређеном временском периоду успоставиле везу са телекомуникацијским уређајем који користи жртва, те да такве податке достави полицијском службенику који је одговоран за реализацију заштитне мјере.

6. Уколико насилник за узнемиравање или ухођење користи техничка средства или друга помагала, полицијски службеник ће их привремено одузети и издати потврду о привременом одузимању предмета, а наведени предмет и потврда о његовом привременом одузимању, уз захтјев за покретање прекршајног поступка, доставиће се надлежном суду.

5. Евиденције и извјештавање о заштитним мјерама

Центар јавне безбједности, у вези са спровођењем наведених заштитних мјера, успоставља, води и користи сљедеће евиденције:

- а) о насилницима којима су изречене заштитне мјере,**
- б) о жртвама које су штићене спровођењем заштитних мјера,**
- в) о заштитним мјерама.**

Садржај и облик обрасца евиденција садржан је у прилогу Правилника. Образац евиденције чине:

1. Одлука суда (назив и сједиште суда који је изрекао мјеру, број и датум одлуке, трајање мјере, да ли је мјера изречена први пут, ранија мјера, да ли је предложен прекид мјере, да ли је предложено продужење изречене мјере, трајање продужења мјере, да ли је предложена замјена мјере другом мјером, нова мјера, број и датум нове одлуке, да ли је било кршења мјере, да ли је поднесен захтјев због кршења мјере, датум подношења захтјева);

2. Лични подаци насилника (презиме и име, име оца и мајке/дјевојачко презиме/, пол, датум и мјесто рођења, ЈМБГ, држава рођења, држављанство, занимање и школска спрема, адреса становања);

3. Лични подаци жртве (презиме и име, име оца и мајке/дјевојачко презиме/, пол, датум и мјесто рођења, ЈМБГ, држава рођења, држављанство, занимање и школска спрема, адреса становања);

4. Спровођена мјера (која заштитна мјера је изречена и ко је спроводи, да ли је сачињен план спровођене мјере, надлежна полицијска станица).

Центри јавне безбједности су дужни, на захтјев надлежне управе Министарства унутрашњих послова, доставити наведене евиденције.

Полицијска станица надлежна за спровођење заштитних мјера такође води наведене евиденције, формира и води спис у који се улажу сва писмена настала током припреме, планирања и спровођења заштитне мјере. По истеку спровођења заштитне мјере, спис се архивира и чува у складу с прописима о канцеларијском пословању.

Центар јавне безбједности је дужан достављати надлежном центру за социјални рад према мјесту пребивалишта, односно боравишта жртве насиља, извјештај о спровођењу изречених мјера.

Полицијски службеник који је одговоран за реализацију заштитне мјере је дужан, током спровођења заштитне мјере, најмање једном мјесечно, надлежном руководиоцу поднијети писани извјештај о спровођењу заштитне мјере.

6. Умјесто закључка

Предвиђање и прописивање заштитних мјера у области насиља у породици представља веома битну ставку у напору да се оваква врста насиља редукује. Међутим, поставља се питање да ли је довољно овакве мјере само прописати законским и подзаконским прописима?

Према досадашњој пракси може се закључити да се заштитне мјере у Републици Српској веома ријетко изричу (приликом усмених разговора са руководиоцима четири бањалучке полицијске станице, сазнали смо да немају изречених заштитних мјера). Сада је веома лако уочити да је, уколико се жели постићи ефикасност, поред тога што се за ову врсту насиља морају донијети адекватни законски и подзаконски прописи, најважније обезбиједити да судије и полиција буду спремни да одреде и изрекну прописане заштитне мјере.

Било би корисно да након адекватног изрицања заштитних мјера и неповиновања истима постоје законска рјешења по којима неповиновање изреченој заштитној мјери доводи до изрицања новчане казне. Само изрицање новчане казне представља само још један „ударац“ на кућни буџет породице, те би у таквим ситуацијама адекватније и строжије било да се почињено насиље у породици третира као кривично дјело. Тек тада би се остварила адекватна заштита жртава породичног насиља.

У додатку Препоруци *Rec(2002)5* предвиђене су додатне мјере у вези са насиљем у породици, гдје се, између осталог, наводи да државе чланице треба да „класификују све облике насиља у породици као кривично дјело“ (55), затим „ревидирају и/или повећају казне...што вреди за сваког члана породице“ (56) и др. Како је то сада предвиђено у нашем правном систему, на заштитне мјере не би требало гледати као на гаранцију сигурности за жртву, с обзиром на то да се насилници (и када им се заштитне мјере изрекну) тих мјера и не придржавају (јер им се за непридржавање заштитних мјера изричу преблаге новчане казне).

Међутим, оно што је још поразније јесте чињеница да се заштитне мјере готово и не изричу, већ се практикује да се изричу минималне новчане казне (које би у сваком случају требале бити изричане уколико се не поштују заштитне мјере). Стога, сматрамо да је потребно¹⁸ указати на практичне посљедице некохерентности система кажњивих дјела из области насиља у породици, као што су: немогућност остварења потпуне правне заштите жртава насиља у породици и потпуна неефикасност у погледу превенције насиља у породици. Потребно је приступити измјенама прекршајног законодавства којим би се, с једне стране, разјаснила концепција прекршаја из области насиља у породици, а с друге стране унаприједила заштита жртава насиља у породици. Надаље, потребно је законски направити јасну разлику између прекршаја из области насиља у породици и кривичног дјела „насиља у породици и породичној заједници“, што би умногоме олакшало полицијским службеницима поступање с дјелима из области насиља у породици.

¹⁸ Слично и Н. Мрвић–Петровић у: *Потребе измена прекршајног законодавства са аспекта спречавања насиља у породици*, часопис Темида, јун 2003. године.

ODGOVORNOST PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DJELA

Prof. dr Branko Vučković*

Prof. dr Vesna Vučković**

***Apstrakt:** Stupanjem na snagu Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela 19.01.2007. godine, u crnogorsko krivično zakonodavstvo uvodi se krivična odgovornost pravnih lica, što predstavlja novinu u krivičnopravnoj teoriji i praksi. Pravna lica su odgovorna za krivična djela. Ovo je nov institut u savremenim pravnim sistemima, a njegovo prihvatanje u našem pravnom sistemu neophodno je u borbi protiv privrednog i organizovanog kriminala. Upravo zbog toga postojala je potreba za stvaranjem zakonske mogućnosti procesuiranja pravnih lica za krivična djela, a na neophodnost zakonskih uređenja problematike odgovornosti pravnih lica upućuju međunarodni dokumenti koje je naša država ratifikovala. Kako je to regulisano kod nas, a kako u nekim drugim državama, biće riječi u daljem dijelu rada.*

***Ključne riječi:** pravna lica, krivična odgovornost, krivične sankcije, krivični postupak.*

I - POJAM KRIVIČNE ODGOVORNOSTI PRAVNIH LICA

Problem konstituisanja krivične odgovornosti pravnih lica već dugo je prisutan u nauci krivičnog prava, krivičnom zakonodavstvu i sudskoj praksi. Nauka krivičnog prava davala je različite odgovore, od potpunog negiranja do prihvatanja odgovornosti pravnih lica za krivična djela, ali je ipak preovladavao stav da pravna lica mogu vršiti krivična djela.

* Проф. др Бранко Вучковић, председник Основног суда у Котору, председник Удружења за кривично право и криминалну политику Црне Горе, професор на предмету Кривично право и процесно законодавство на Факултету за медитеранске пословне студије у Тивту и професор Међународног кривичног права на Правном факултету Универзитета Медитеран у Подгорици

** Проф. др Весна Вучковић, судија Основног суда у Котору, професор на предмету Основи криминалистике на Факултету за медитеранске пословне студије у Тивту и професор на предмету Криминалистика на Правном факултету Универзитета Медитеран у Подгорици

Po jednom, moglo bi se reći više zastupljenom shvatanju, krivična odgovornost se zasniva na tzv. individualnoj i subjektivnoj odgovornosti, koja obuhvata dvije osnovne psihološke komponente – uračunljivost kao stanje duševnog zdravlja učinioca krivičnog djela, izraženo u sposobnosti za shvatanjem svojih postupaka (intelektualna moć), i sposobnosti za odlučivanje (voluntaristička moć) i vinosti kao psihičkom odnosu učinioca prema djelu, čije su osnovne komponente svijest o izvršenom djelu i htjenje, odnosno pristajanje da se djelo izvrši. Riječ je, dakle, o psihičkim kategorijama svojstvenim samo ljudskom biću; pravno lice je u pravnom smislu fiktivna kategorija koja ne raspolaže sa ovim intelektualnim i voluntarističkim sposobnostima, tako da bi se njegova krivična odgovornost zasnivala na objektivnoj odgovornosti, na prouzrokovanju određene posljedice. Uz to, krivično djelo se, po pravilu, vrši preduzimanjem određene djelatnosti ili propuštanjem da se preduzme određeno ponašanje, dakle u preduzimanju tzv. radnje izvršenja djela; pravno lice, uzeto u cjelini ne može da preduzima takvu djelatnost. Najzad, kazna lišenja slobode kao osnovna i najčešće primjenjivana krivična sankcija ne bi se mogla izricati pravnim licima. Ostala bi samo novčana kazna, čije bi izricanje pogađalo sva lica zaposlena u pravnom licu, pa i ona koja nijesu imala nikakvog udjela u protivpravnoj djelatnosti, što je suprotno principima individualne odgovornosti i kažnjivosti, koji su opšteprihvaćeni u krivičnom pravu.

Po drugom shvatanju, mnoge djelatnosti koje se preduzimaju u ime i za račun pravnog lica su protivpravne; njima se krše zabrane sadržane u odgovarajućim propisima ili se ne postupa po obavezama koje iz njih proizlaze i na taj način za društvo se prouzrokuju mnoge štetne posljedice, pretežno one materijalne prirode, koje su često opasnije za društvo od onih koje nastaju izvršenjem krivičnog djela. Na taj način pravna lica ostvaruju za sebe protivpravnu imovinsku korist, koja djelimično pripada i onima koji rade u tom pravnom licu, bez obzira što nijesu učestvovala u protivpravnim djelatnostima. To je i moralni i pravni osnov da krivično odgovaraju, s tim što uslovi odgovornosti i kažnjivosti pravnog lica ne moraju i ne mogu biti isti kao u koncepciji subjektivne odgovornosti u krivičnom pravu. Trebalo bi dakle, konstituisati jedan poseban oblik krivične odgovornosti, prilagođen specifičnoj prirodi pravnog lica kao subjekta krivičnog djela. U tom pogledu bilo je različitih shvatanja, ali su se u osnovi iskristalisala dva shvatanja o pravnoj prirodi krivične odgovornosti. *Po jednom*, odgovornost pravnog lica vezivala bi se za krivičnu odgovornost fizičkog lica koje je djelovalo u ime i za račun pravnog lica i koje je svojim ponašanjem ostvarilo sva obilježja krivičnog djela. Riječ je dakle o tzv. izvedenoj odgovornosti, odnosno o akcesornoj prirodi krivične odgovornosti pravnog lica. Na taj način pravno lice se identifikuje sa odgovornim licem i za njegovu krivičnu odgovornost potrebno je da su na strani odgovornog lica ispunjeni svi uslovi koji se traže da bi ono bilo odgovorno – krivično djelo, uračunljivost i vinost. *Po drugom* shvatanju, odgovornost pravnog lica za krivično djelo je autonomna, samostalna i ne može se izjednačiti sa odgovornošću njenih članova. Osnov krivične odgovornosti je u postupanju pravnog lica koje se može manifestovati kroz njegovu organizaciju koja

nije usklađena sa odgovarajućim propisima, zatim u propuštanju dužnog nadzora nad radom odgovornog lica, nepreduzimanju potrebnih preventivnih mjera odnosno u nesprječavanju odgovornog lica da izvrši krivično djelo. Ne traže se nikakvi oblici krivice u subjektivnom smislu, tako da bi se više radilo o objektivnoj krivičnoj odgovornosti, čiju osnovu, pa i krivicu, čine propusti u ponašanju pravnog lica.

Razlike su postojale i na *zakonodavnom planu* u pogledu regulisanja krivične odgovornosti pravnih lica. Uz određena uopštavanja moglo bi se reći da bi se u tom pogledu mogla razlikovati tri perioda. Neki historičari smatraju da su i u rimskom pravu postojali neki oblici ove odgovornosti, dok drugi pak smatraju da je tada važno pravilo *societas delinquere non potest* koje je isključivalo krivičnu odgovornost pravnih lica. Srednjovjekovno krivično pravo poznavalo je mogućnost krivične odgovornosti i kažnjivosti pravnih lica, primjenjujući pravilo *societas delinquere potest*. Međutim u svom daljem razvoju krivično zakonodavstvo, naročito ono koje se formiralo tokom XIX vijeka, sve više napušta mogućnost krivične odgovornosti pravnih lica, da bi ovo pitanje bilo ponovo aktuelizovano u savremenom periodu, naročito pod uticajem nekih međunarodnih konvencija donijetih od strane Evropske zajednice. Tako npr. Ministarski komitet Savjeta Evrope usvojio je 1988. godine Preporuku o odgovornosti preduzeća R (88) 18 koja imaju status pravnog lica, kako bi se kažnjavala za krivično djelo učinjeno u vršenju njihove djelatnosti.¹ Preporuka se odnosila i na uvođenje krivične odgovornosti pravnih lica za krivična djela u krivičnim zakonicima. U tom smislu, u Francuskoj je donijeta izmjena krivičnog zakonika u kojoj se predviđa sankcija i princip odgovornosti pravnog lica za krivična djela. Kasnije su to slijedile druge zemlje Evrope-Belgija, Švajcarska, Danska.... Za razliku od ovih država, Njemačka nije prihvatila koncept krivične odgovornosti pravnih lica za krivična djela, smatrajući ga neopravdanim i nepotrebnim, jer pravna lica mogu biti odgovorna samo za privredne presteupe; njemački pravници smatraju da pravnim licima nedostaje: sposobnost da budu izvršiocі djela, krivica, da su krivične sankcije posebna vrsta sankcija koje se mogu izricati samo fizičkim licima, zbog svoje specifičnosti. Ovakvo shvatanje slijede Portugalija, Italija, Grčka i Španija.²

Konvencija o zaštiti okoline koju je Savjet Evrope donio 1988. godine obavezuje države članice da propišu krivične ili administrativne sankcije koje bi se primjenjivale i prema pravnom licu za krivično djelo izvršeno od njihovih organa, a odnosi se na ugrožavanje čovjekove sredine. I Konvencija o korupciji usvojena 1999. godine obavezuje države članice da razmotre mogućnost odgovornosti pravnih lica za krivična djela davanja mita i pranja novca.

Najzad, Evropska unija u Drugom Protokolu uz Konvenciju o zaštiti finansijskih interesa, ustanovljava obavezu da države članice preduzmu potrebne mjere kako bi se omogućilo da pravna lica budu odgovorna za krivična djela prevare, aktivnog

¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (88) 18.

² Preuzeto sa <http://www.Law.msu.edu/king/2006/2006-Pop.pdf> od: A. Iulia Popo, Criminal liability of corporations-comparative jurisprudence, Michigan State University College of Law, 2006, str. 9.

podmićivanja i pranja novca kada su ta djela učinjena u njihovu korist. I neke druge Konvencije donijete od strane Evropske Unije nameću obavezu državama članicama da svojim zakonodavstvom stvore mogućnost za krivičnu odgovornost pravnih lića. Tako se ovaj problem poslije dugog perioda „mirovanja“ ponovo vratio na scenu krivičnog zakonodavstva, ali treba ukazati da je do sada veoma mali broj država svojim krivičnim zakonodavstvom regulisao ovaj oblik krivične odgovornosti (Holandija, Belgija, Švedska, Finska).

Kada je riječ o *našem zakonodavstvu*, ovaj problem je različito razrješavan u toku njegovog razvoja. Tako, Dušanov zakonik, predviđao je neke oblike ove odgovornosti, a Kazniteljni Zakonik za Kraljevinu Srbiju iz 1860. god. takođe je predviđao mogućnost kažnjavanja nekih subjekata koji bi se u sadašnjem smislu mogli podvesti pod pojam pravnog lića. U krivičnom zakonodavstvu koje se konstituisalo i razvijalo poslije Drugog svjetskog rata, samo je Opšti dio Krivičnog Zakonika iz 1947. god. predviđao da su „pravna lića krivično odgovorna samo za ona krivična djela za koja je u Zakonu izričito određena njihova odgovornost“. Ovo rješenje je bilo kratkog vijeka, jer već Krivični Zakonik iz 1951. god. ne sadrži ovu odredbu. Njen osnovni cilj bio je da se, prije svega, putem konfiskacije oduzme imovina onih pravnih lića koja su ekonomski ili politički saradivala sa okupatorom. U daljem razvoju krivično zakonodavstvo naše zemlje, sve do savremenog perioda nije predviđalo mogućnost krivične odgovornosti pravnih lića. U periodu neposredno poslije rata (period tzv. administrativnog socijalizma) nije ni postojala potreba za krivičnom odgovornošću i kažnjavanju pravnih lića. U to vrijeme dominantni oblik svojine je društvena svojina, a u korišćenju, čuvanju i raspolaganju sa sredstvima iz društvene svojine privredne organizacije nijesu imale nikakvu samostalnost već su postupale po uputstvima ministarstva ili drugih upravnih organa; u takvoj situaciji pitanje kažnjavanja pravnih lića nije se ni moglo postaviti, jer su ona postupala po uputstvima i direktivama državnih organa; krivično su mogla odgovarati samo odgovorna lića u pravnom licu koja su svojim ponašanjem ostvarila biće nekog krivičnog djela. Situacija se suštinski promijenila počev od 1950. god., a posebno u daljem toku razvoja našeg društva, kada je upravljanje privrednim preduzećima preneseno na njihove organe, sa dosta širokim ovlašćenjima. Daljim razvojem tzv. samoupravljanja, radni ljudi, odnosno njihovi kolektivi, dobijaju sve veća ovlašćenja u pogledu upravljanja i raspolaganja sredstvima u društvenoj svojini, odnosno u čuvanju tih sredstava. Time na njih prelazi i odgovornost za zakonito postupanje, odnosno potreba da se uvede neki oblik kaznene odgovornosti i za nezakonito postupanje pravnih lića. Držeći se striktno principa individualne i subjektivne krivične odgovornosti, naše zakonodavstvo i dalje nije htjelo da prihvati krivičnu odgovornost pravnog lića. Rješenje je nađeno u uvođenju u naš pravni sistem jedne posebne kažnjive kategorije – privrednih prestupa, kod kojih se pravna lića pojavljuju kao njihovi osnovni subjekti. Privredni prestupi su dakle nastali kao izraz potrebe da se konstituiše kažnjivost i pravnih lića, a da se u krivičnom pravu i dalje ostane na terenu subjektivne odgovornosti. Ova kategorija delikata bila je u prvo

vrijeme propisana kroz pojedine pravne propise kojima je predviđano kažnjavanje preduzeća ili drugih pravnih lica za određena protivpravna ponašanja u privrednom i finansijskom poslovanju, da bi 1960. god. ova materija bila kodifikovana donošenjem Zakona o privrednim prestupima, koji je kasnije više puta mijenjan i dopunjavan, da bi 1976. god. bio donijet novi Zakon o privrednim prestupima. I ovaj Zakon je kasnije više puta mijenjan i dopunjavan da bi 2002. god. bio izrađen novi Predlog Zakona o privrednim prestupima koji kasnije nije ni usvojen. Kako se je Zakonom o odgovornosti pravnih lica za krivična djela (član 65) predviđeno ukidanje privrednih prestupa kao posebne kažnjive kategorije i prestanak važenja postojećeg Zakona o privrednim prestupima, to i raniji Predlog ovog zakona gubi svaki smisao.³

II - UPOREDNO ZAKONODAVSTVO

U kontinentalnim evropskim zemljama krivična odgovornost pravnih lica uvedena je najprije u Holandiji 1950. i to samo za neka krivična djela, a za sva krivična djela to je učinjeno 1976. godine. Krivična odgovornost pravnih lica zasniva se na krivičnoj odgovornosti odgovornog, ali i svih zaposlenih u tom pravnom licu. Kasnije su i druge evropske države uvele odgovornost pravnih lica za krivična djela: Švedska (1986. g.), koja propisuje posebnu kaznu za pravna lica kada je krivično djelo izvršeno od strane fizičkog lica usljed nepoštovanja posebnih poslovnih obaveza (iako ova država ne poznaje krivičnu odgovornost pravnih lica)⁴; Norveška (1966. g.) u članu 48a i 48b; Island (1993. g.) u članu 19a do 19c Općeg kaznenog zakona; Finska (1995. g.), koja ograničava krivičnu odgovornost pravnih lica na krivična djela izričito propisana u Kaznenom zakonu; Danska (1996. g.), koja uređuje da krivična odgovornost pravnih lica postoji ako je ona izričito propisana posebnim zakonom.⁵

Republika Slovenija odgovornost pravnih lica za krivična djela nije regulisala u okviru Krivičnog zakonika, već je donijela poseban Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela.⁶ Kao i Republika Hrvatska.⁷

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske⁸ takođe propisuje pretpostavke kažnjivosti, kazne i druge krivične sankcije i kazneni

³ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Cetinje, 2007.g., str. 11-14.

⁴ V. Jareborg, N. (2000) Nacional report of Sweden: The implementation of the Corpus Juris in the Member State, Volume III, Antwerpen, Intersentia, 679-774.

⁵ V. Garde, P (2000) National report of Denmark, The implementation of the Corpus Juris in the Member State, Volume III, Antwerpen, Intersentia, 221-250.

⁶ Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, „Uradni list RS“, št. 59-2791/99 od 23. 07. 1999. g.

⁷ Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, „Narodne novine“, br. 151/03 od 24.09.2003.g.

⁸ Ibid.

postupak za pravna lića. Kao osnov odgovornosti pravnog lića za krivično djelo uzima se odgovornost odgovornog lića, a krivica pravnog lića zasniva se na krivici odgovornog lića. Za razliku od prethodnog Zakona Republike Slovenije, ovaj Zakon se ne poziva na Krivični zakonik, već to rješava uopštenom formulacijom „pravna osoba kazniće se za kaznena djela propisana Kaznenim zakonikom i drugim zakonima u kojima su propisana kaznena djela“.

U Bosni i Hercegovini donijet je Krivični zakon⁹ koji je stupio na snagu 01. marta 2003. godine, i u izdvojenom poglavlju (čl. 122-144) u potpunosti se reguliše pitanje krivične odgovornosti pravnih lića, koja mogu biti odgovorna za krivična djela iz tog zakona ali i za druga krivična djela propisana zakonom Bosne i Hercegovine.

Krivični zakon Republike Srpske¹⁰, koji je stupio na snagu 01. jula 2003. godine, propisuje uslove i sankcije za pravna lića kao izvršioce krivičnih djela u posebnom poglavlju „Odgovornost pravnih lića za krivična djela“. Po ovom Zakonu osnov odgovornosti pravnog lića predstavlja činjenje krivičnog djela od strane učinioca u ime, za račun i u korist pravnog lića. Odgovornost pravnog lića može da bude samostalna, ali istovremeno i odgovornost pravnog lića ne isključuje odgovornost fizičkih, odnosno odgovornih lića za krivično djelo.

Republika Srbija donijela je Zakon o odgovornosti pravnih lića za krivična djela 2008. godine¹¹, koji predviđa uslove odgovornosti pravnih lića za krivična djela, krivične sankcije koje se mogu izreći pravnim licima, postupak u kome se odlučuje o odgovornosti pravnih lića i izricanju krivičnih sankcija. Prema ovom zakonu pravno lice će odgovarati za krivično djelo koje u okviru svojih poslova, odnosno ovlašćenja, izvrši odgovorno lice u namjeri da pravno lice ostvari korist, a odgovornost postoji i ako je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lića onemogućeno izvršenje krivičnog djela u korist pravnog lića od strane fizičkog lića koje djeluje pod nadzorom i kontrolom odgovornog lića.

III - ODGOVORNOSTI PRAVNIH LIĆA ZA KRIVIČNA DJELA PREMA ZAKONU O ODGOVORNOSTI PRAVNIH LIĆA U CRNOJ GORI

Zakonom o odgovornosti pravnih lića za krivična djela prvi put je uvedena odgovornost pravnih lića za krivična djela, uslovi odgovornosti pravnih lića za krivična djela, krivične sankcije koje se primjenjuju prema pravnim licima, kao i krivični postupak u kome se te sankcije izriču.

a) Koji su uslovi odgovornosti pravnih lića za krivična djela

Osnov odgovornosti pravnog lića propisan je u odredbi člana 5. i imajući u vidu specifičnost da i pravna lića krivično odgovaraju, mogu se izvesti sljedeći zaključci:

⁹ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“, br. 3/03.

¹⁰ Krivični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“, br. 49/03.

¹¹ „Sl. Glasnik RS“, br. 97/08.

Krivična odgovornost pravnih lica obuhvata odgovornost dva subjekta - pravnog i odgovornog lica. Mada je riječ o paralelnoj odgovornosti primarna je, uz određena odstupanja, odgovornost pravnog lica. Pravno lice uvijek odgovara kada je, pod određenim uslovima izvršeno krivično djelo, dok odgovorno lice čijom radnjom su ostvarena obilježja krivičnog djela, može biti isključeno od krivične odgovornosti za to djelo.

Zakon dakle predviđa dva subjekta krivične odgovornosti – pravno i fizičko lice. Njihovi pojmovi određeni su odredbama o značenju zakonskih izraza (član 4), pa se pravnim licem smatra privredno društvo, strano društvo i dio stranog društva, javno preduzeće, domaća i strana nevladina organizacija, investicioni fond, drugi fond osim fonda koji isključivo vrši javna ovlašćenja, javna ustanova, sportska organizacija, politička partija, kao i drugo udruženje ili organizacija koji u okviru svog poslovanja stalno ili povremeno ostvaruju ili pribavljaju sredstva i njima raspolazu (član 5).

Pojmom pravnog lica obuhvaćen je izuzetno veliki broj subjekata, koji ispunjavaju dva osnovna uslova: da se bave nekim poslovanjem, čija sadržina nije bitna, ali je logično uzeti da mora biti legalna, dozvoljena; i da na taj način ostvaruju ili pribavljaju sredstva i njima raspolazu. Poslovanje može biti stalno ili povremeno, ali je neophodno da ga pravno lice vrši u momentu izvršenja krivičnog djela. Drugi uslov je, da pravno lice stalno ili povremeno ostvaruje i pribavlja sredstva i da njima raspolaze. Između ova dva uslova mora postojati funkcionalna povezanost. Mora se, dakle, u svakom konkretnom slučaju utvrditi kakva je djelatnost pravnog lica i da li je ono preko te djelatnosti ostvarilo ili pribavilo neka sredstva odnosno da li raspolaze sa sredstvima koja je pribavilo ili ostvarilo drugo pravno lice. Imajući u vidu brojnost pravnih lica i različitost njihovog poslovanja, razumljivo je što Zakon samo uopšteno navodi da stalno ili povremeno „ostvaruju i pribavljaju sredstva i njima raspolazu“, ne određujući njihovu sadržinu i namjenu. Može se raditi o sredstvima iz proizvodnje, zatim o uslužnim djelatnostima, uslugama koje pružaju javna preduzeća, sportske organizacije, zatim humanitarne djelatnosti, političke aktivnosti i dr. Sadržina sredstava treba da proizlazi iz prirode poslovanja pravnog lica, a to se određuje prema prirodi djelatnosti pravnog lica. Treba imati u vidu da i pored većeg broja subjekata koji su u Zakonu navedeni kao moguća pravna lica, time nije iscrpljena njihova lista, jer Zakon navodi „i druga udruženja“. To upućuje da je u određivanju pojma pravnog lica bitno da se ono bavi nekim poslovanjem i da na taj način stalno ili povremeno ostvaruje ili pribavlja neka sredstva i da sa njima raspolaze.

Drugi subjekt krivične odgovornosti je odgovorno lice, kojim se u smislu člana 4. stav 2. Zakona smatra fizičko lice kome su povjereni određeni poslovi u pravnom licu, lice koje je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica, kao i lice za koje se osnovano može pretpostaviti da je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Zakon posebno određuje da se odgovornim licem smatra i fizičko lice koje djeluje u ime pravnog lica; dakle, postoji nekoliko kategorija odgovornih lica.

Prvu čine ona fizička lica kojima je u pravnom licu povjeren određeni broj poslova. To može biti svaki posao iz djelokruga poslovanja pravnog lica, ali je njegovo vršenje ili nadzor nad njegovim vršenjem povjeren određeno licu. Ono dakle ima u odnosu na druga lica iz tog pravnog lica, veća ovlašćenja, ali i veću odgovornost. Riječ je o jednoj faktičkoj okolnosti koja se procjenjuje i utvrđuje u svakom konkretnom slučaju, na osnovu, prije svega, internih propisa pravnog lica koji se odnose na sistematizaciju radnih mjesta, opis poslova i dr. Može se postaviti pitanje, da li bi se odgovornim licem u ovom smislu smatralo i drugo fizičko lice u čiji djelokrug rada nije spadao određeni posao čijim je vršenjem ili nepropisnim vršenjem izvršeno krivično djelo, ali je u datoj situaciji ono faktički vršilo taj posao ili je obavljalo nadzor nad njegovim vršenjem. U sudskoj praksi se kod odgovarajućih djela smatralo, da je odgovorno lice i ono lice kome nije posebnim aktom bilo povjereno vršenje određenog posla, ali ga je ono faktički obavljalo.

Drugu kategoriju odgovornih lica, čine ona lica koja su ovlašćena *da postupaju u ime pravnog lica*. To je ono fizičko lice kome je odlukom nadležnog organa povjereno da u ostvarivanju djelatnosti iz okvira nadležnosti pravnog lica može djelovati u ime pravnog lica. Ono može preduzimati sve one radnje na koje je ovlašćeno pravno lice, ili samo neke od njih, zavisno od toga da li je riječ o potpunom ovlašćenju ili se ono odnosi samo na neke vrste poslova. Radnje fizičkog lica koje je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica imaju isti pravni značaj, kao i radnje samog pravnog lica, ukoliko su preduzete u okviru ovlašćenja.

Treću kategoriju odgovornih lica čine ona fizička lica *za koja se osnovano može pretpostaviti da su ovlašćena da postupaju u ime pravnog lica*. Ova kategorija može u praksi biti sporna. Ovlašćenje za zastupanje pravnog lica mora biti konstituisano nekim opštim ili pojedinačnim pravnim aktom, kojim se određuje i sadržina ovlašćenja za zastupanje. Sa ovom kategorijom pojam odgovornog lica proširuje se i na ona lica koja nemaju takvo ovlašćenje, ali se na osnovu određenih okolnosti može osnovano pretpostaviti da su ona ovlašćena na zastupanje. Moglo bi se govoriti o tzv. faktičkom zastupanju, Zakon međutim traži, da se osnovano može pretpostaviti da je postojalo ovlašćenje na postupanje, mada ono nije postojalo, što znači da se ova pretpostavka mora zasnivati na nekim okolnostima koje argumentovano podupiru ovu pretpostavku. Ovakva situacija je slična neotklonjivoj stvarnoj zabludi. Najzad, odgovornim licem se smatra i fizičko lice koje kao akcionar djeluje u ime pravnog lica. U ovom slučaju potrebna su dva uslova: da neko fizičko lice djeluje u ime pravnog lica, a ne može se podvesti pod prethodne kategorije; i da ono ima svojstvo akcionara u tom pravnom licu. Obje ove okolnosti utvrđuju se prema odgovarajućim propisima o akcionarstvu.

Može se uočiti da se pojam odgovornog lica određen u Krivičnom zakoniku Crne Gore¹² razlikuje od pojma određenog u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična djela. Prema Krivičnom zakoniku Crne Gore (član 142. tač. 4)

¹² „Sl. list RCG“, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, „Sl. list CG“, br. 25/10.

odgovornim licem smatra se, vlasnik privrednog društva ili drugog subjekta ili lica u privrednom društvu, ustanovi ili drugom subjektu kojem je, s obzirom na njegovu funkciju, uložena sredstva ili na osnovu ovlašćenja povjeren određeni krug poslova u upravljanju imovinom, proizvodnji ili drugoj djelatnosti ili u vršenju nadzora nad njima ili mu je faktički povjereno obavljanje pojedinih poslova. Odgovornim licem smatra se i službeno lice kad su u pitanju krivična djela kod kojih je kao izvršilac označeno službeno lice, a u tom Zakonu nijesu predviđena u glavi o krivičnim djelima protiv službene dužnosti, odnosno kao krivična djela službenih lica. Očigledno je da se ova dva pojma značajno razlikuju u određivanju odgovornog lica i po sadržini i po obimu. Pojam koji je prihvaćen u Krivičnom zakoniku je uži i sadržajno različit, što je i razumljivo, jer u vrijeme njegovog donošenja nije bila propisana krivična odgovornost pravnih lica, pa se on više zasnivao na odgovornosti za privredne prestupe. Zbog ovih razlika mogu nastati i određeni problemi u sudskoj praksi. Moguće je da izvršilac određenog krivičnog djela, za koje bi moglo odgovarati i pravno lice ima ta svojstva po ovom Zakonu, ali nema to svojstvo po Krivičnom zakoniku; da li ono, a samim tim i pravno lice, krivično odgovara. Tako npr. izvršilac djela zloupotrebe službenog položaja iz čl. 416. st. 4. Krivičnog zakonika nema svojstvo odgovornog lica; ali bi imao to svojstvo po članu 4. st. 2. ovog Zakona (lice koje radi u nekoj navedenoj organizaciji, investicionom fondu, javnoj ustanovi, političkoj partiji ili drugom pravnom licu). Ako bi se primijenile odredbe o vremenskom važenju krivičnog zakonodavstva, na učiniocima krivičnog djela (čl. 133. st. 1. i 3. KZ CG), primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, odnosno ako je došlo do njegove izmjene, onaj zakon koji je najblaži za učinioca. To bi vodilo zaključku da se procjena, da li izvršilac djela ima svojstvo odgovornog lica vrši prema Krivičnom zakoniku. Međutim, Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela donijet je poslije Krivičnog zakonika od istog organa i u istom postupku pa se može smatrati da ima „jaču“ pravnu snagu od Krivičnog zakonika. Osim toga on reguliše jednu krivičnopravnu oblast koja nije bila obuhvaćena Krivičnim zakonikom. Mada se prepliće sa nizom odredaba iz Krivičnog zakonika, od kojih se neke i neposredno primjenjuju, on je ipak u odnosu na KZ *lex specialis*. Stoga, da li izvršilac ima svojstvo odgovornog lica, a time i jedan od uslova za krivičnu odgovornost pravnog lica, treba procjenjivati po Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična djela (u kontekstu odredaba iz st. 1. i 2. člana 4).

Zakon ne sadrži posebne odredbe o saučesništvu kod krivične odgovornosti pravnih lica, ali u tom pogledu upućuje na analognu primjenu odredaba Krivičnog zakonika koje se odnose na podstrekavanje (član 24), pomaganje (član 25) i granice odgovornosti i kažnjivosti saučesnika (član 27). Na to upućuju odredbe iz člana 44. Zakona. Prema tome, pravno lice može učestvovati u izvršenju djela u svojstvu izvršioca, podstrekača ili pomagača, kada je odgovorno lice učestvovalo u izvršenju djela takođe u svojstvu podstrekača.

Slična je situacija i sa pomaganjem koje u smislu člana 25. KZ CG obuhvata djelatnosti kojima se sa umišljajem drugom pomaže da izvrši krivično djelo. Pomagač

se kažnjava kao i izvršilac, ali se može blaže kazniti. Znači, ako je odgovorno lice u pravnom licu učestvovalo u izvršenju krivičnog djela kao pomagač, preduzimajući neku od navedenih djelatnosti, pravno lice kažnjava se i odgovara u tom svojstvu.

Na krivičnu odgovornost pravnih lica analogno se primjenjuju i odredbe iz čl. 26. Krivičnog zakonika (čl. 44 Zakona). Njima se određuju granice odgovornosti i kažnjivosti saučesnika, tako što saizvršilac odgovara, ako je u djelu učestvovao sa umišljajem ili iz nehata. Ako se imaju u vidu osnovi odgovornosti pravnih lica propisani u članu 5, radiće se o umišljajnom obliku vinsti odgovornog lica. Kod podstrekavanja i pomaganja moguć je samo umišljaj i ovi saučesnici odgovaraju samo u granicama svoga umišljaja. Ne odgovara se za tzv. eksces izvršioca kada je on učinio teže djelo od onoga na koje je podstrekavan, odnosno, u čijem je izvršenju učestvovao kao pomagač.

Osnov za krivičnu odgovornost pravnog lica je, da je odgovorno lice koje djeluje u ime pravnog lica u oblasti svojih ovlašćenja učinilo krivično djelo. U načelu, to mogu biti sva krivična djela, kako ona propisana u Posebnom dijelu Krivičnog zakonika, tako i djela predviđena u drugim zakonima (sporedno krivično zakonodavstvo).

Neophodno je, međutim, da je odgovorno lice u izvršenju krivičnog djela postupalo u ime pravnog lica i u okviru svojih ovlašćenja. Stoga nema krivične odgovornosti pravnog lica, ako odgovorno lice nije bilo ovlašćeno da ga zastupa ili je djelovalo mimo svojih ovlašćenja ili ih je prekoračilo i time izvršilo krivično djelo. Ovi uslovi su faktičke prirode i utvrđuju se u svakom konkretnom slučaju.

Da bi za krivično djelo odgovornog lica odgovaralo i pravno lice potrebno je, *da je izvršenje djela bilo praćeno i posebnom namjerom* – da se za pravno lice ostvari imovinska ili neka druga korist. Do ostvarenja navedene koristi ne mora i doći, ali je neophodna namjera da se to potpuno ili djelimično ostvari. Ovaj subjektivni uslov odgovornosti pravnog lica je od posebnog značaja, jer on opredjeljuje prirodu krivičnih djela za koja pravna lica krivično odgovaraju. Broj takvih djela nije mali, ima ih u mnogim glavama Krivičnog zakonika, ali i u posebnom krivičnom zakonodavstvu. To su prije svega ona krivična djela u čiji je opis unijeto ostvarenje „za sebe ili drugog imovinske ili druge koristi“.

Za krivičnu odgovornost pravnog lica potrebno je da je odgovorno lice izvršenjem krivičnog djela namjeravalo da bar djelimično ostvari imovinsku korist. Proizlazi da je za postojanje svršenog djela potrebna ovakva namjera, ali da ostvarenje imovinske ili druge koristi nije neophodno. To bi vodilo zaključku da u ovakvim slučajevima nema ni pokušaja djela osim kod onih krivičnih djela za čije je postojanje neophodno da je imovinska korist i pribavljena, pa bi preduzimanje radnje izvršenja sa navedenom namjerom, ali bez njene realizacije, predstavljalo pokušaj tog djela. Zakon međutim demantuje ovakvu tezu preko odredaba iz čl. 9, po kojima je pravno lice odgovorno i za pokušaj krivičnog djela, *ukoliko je propisano zakonom da je pokušaj kažnjiv*.

Osnov za krivičnu odgovornost pravnog lica nije dovoljno precizno određen. Vršanjem krivičnog djela odgovorno lice djeluje u korist pravnog lica, odnosno, sa namjerom da na protivpravan način pribavi imovinsku ili drugu korist. Zakon dosta nejasno propisuje da pravno lice krivično odgovara, „čak i ako je djelovanje tog odgovornog lica bilo u suprotnosti sa poslovnom politikom ili nalogima pravnog lica“. Postavlja se pitanje, kako uskladiti ovaj uslov sa prethodnima, po kojima odgovorno lice treba da djeluje u ime pravnog lica i u okviru svojih ovlašćenja i sa namjerom pribavljanja imovinske ili druge koristi pravnom licu, a da odgovornost postoji čak i ako je djelovanje odgovornog lica bilo u suprotnosti sa poslovnom politikom ili nalogima pravnog lica? Postavlja se pitanje, nijesu li ovi osnovi međusobno kontradiktorni.

b) Granice odgovornosti pravnog lica

Odgovornost pravnog lica je jedan oblik uslovljene i izvedene odgovornosti čiji je osnov izvršenje krivičnog djela, nezavisno od toga da li je odgovorno lice krivično odgovorno. To je tzv. limitirana akcesornost kao jedna varijanta krivične odgovornosti. Prema članu 5. Krivičnog zakonika „krivično djelo je djelo koje je Zakonom određeno kao krivično djelo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno“. Prihvaćena je formalna i objektivno-subjektivna koncepcija krivičnog djela koja pod terminom „skrivljeno“ obuhvata i krivicu koja po članu 13. KZ CG konsumira uračunljivost i umišljaj, a nehat samo kad je to po zakonu određeno. U takvoj situaciji Zakon nije mogao učiniti ništa drugo nego da kao osnov krivične odgovornosti pravnog lica uzme „osuđenost“ odgovornog lica, što je po prirodi jedna objektivna kategorija. Naime, osuđivanost nije neko svojstvo učinioca djela, već objektivna okolnost koja ukazuje da je prema učiniocu primijenjena neka od propisanih krivičnih sankcija. Osuđivan je učinilac krivičnog djela kome je izrečena neka od kazni propisanih zakonom ili uslovna osuda. Prema tome, proizlaze dva zaključka: pravno lice je krivično odgovorno pod uslovima iz člana 5. ako je odgovorno lice ostvarilo obilježja nekog krivičnog djela i zbog toga je kažnjeno i ako je odgovorno lice izvršilo krivično djelo ali mu iz nekih razloga nije izrečena kazna odnosno uslovna osuda odnosno nije osuđivano.

Smisao odredbe da odgovornost pravnog lica ne isključuje krivičnu odgovornost lica za učinjeno krivično djelo, nije potpuno jasan. Iz nje bi proizlazilo da odgovornost odgovornog lica proizlazi iz odgovornosti pravnog lica, a odnos je upravo obrnut. Djelo odgovornog lica, a time i njegova krivica koja je sada jedan od opštih elemenata krivičnog djela, su osnov i za odgovornost pravnog lica s tim što se ne traži da je odgovorno lice bilo i osuđivano.

Uzajamna povezanost pravnog i odgovornog lica i uticaj odgovornosti odgovornog lica potvrđeni su odredbama iz stava 3. člana 6. Zakonika. Osim uračunljivosti i krivice (umišljaj, a izuzetno i nehat) koje ulaze u pojam krivičnog djela, na krivičnu odgovornost pravnog lica utiču i druge subjektivne okolnosti koje su obilježje učinjenog krivičnog djela. To može biti neko posebno lično svojstvo

izvršioca krivičnog djela, posebne pobude iz kojih je djelo učinjeno, poseban cilj koji se želio postići i dr.; mora se raditi o nekoj subjektivnoj okolnosti vezanoj za ličnost učinioca i da je ta okolnost posebno obilježje učinjenog krivičnog djela.

Postavlja se pitanje kakva je situacija koja u pogledu krivične odgovornosti može nastati u slučaju nastupanja stečaja pravnog lica, odnosno privrednog društva. U Zakonu je prihvaćeno rješenje da stečaj nema uticaj na krivičnu odgovornost pravnog lica; ako je učinjeno krivično djelo za koje može da odgovara i pravno lice, ono može biti odgovorno nezavisno da li je djelo učinjeno prije pokretanja stečajnog postupka ili u toku tog postupka. Ako je stečajni postupak okončan, to praktično znači „smrt“ pravnog lica pa prema tome nema jednog od mogućih subjekata krivične odgovornosti.

Ako pokretanje ili okončanje stečajnog postupka nema uticaja na krivičnu odgovornost za djelo koje je prije toga učinjeno, ono nije bez značaja za izricanje krivične sankcije. Okolnost da je došlo do pokretanja stečajnog postupka ukazuje da pravno lice više ne može da odgovori svojim poslovnim obavezama ili da uopšte ne može dalje da obavlja svoju poslovnu djelatnost, nesumnjivo ukazuje da izricanje nekih od propisanih sankcija, kao što su npr. novčana kazna i prestanak pravnog lica, kao ni i uslovna osuda, ne bi bilo moguće ni cjelishodno. To je i razlog što je propisano da se u ovim slučajevima mogu izreći samo mjere bezbjednosti oduzimanja predmeta i mjera oduzimanja imovinske koristi.

U situaciji kada je pravno lice prestalo da postoji prije nego što je okončan krivični postupak; na taj način „ugašen“ je jedan od subjekata krivične odgovornosti, ali time nije otpao i osnov njegove odgovornosti odnosno nijesu eliminisane posljedice izvršenja djela. Stoga Zakon propisuje da se novčana kazna, mjere bezbjednosti i oduzimanje imovinske koristi, mogu izreći licu koje je njegov pravni sljedbenik. Ovakvo rješenje je logično i pravno cjelishodno, jer sljedbenik pravnog lica preuzima ne samo prava i imovinu ugašenog pravnog lica, već i njegove obaveze.

c) Krivične sankcije koje se primjenjuju prema pravnim licima

Pitanje primjene krivičnih sankcije za pravna lica u slučaju izvršenja krivičnih djela, oduvijek je bila tema naučnih rasprava. Smatralo se da je sankcionisanje pravnog lica nepravedno prema zaposlenima u tom pravnom licu, ali i da ona znači dvostruku kažnjavanost, kada bi i pojedinci i pravna lica bili okrivljeni za isto krivično djelo. Novčana kazna kao najrasprostranjenija krivična sankcija pogađa i zaposlene u pravnom licu, a mjere bezbjednosti koje se izriču, takođe mogu proizvesti nesagledive posljedice za pravno lice. Posljedice ovih mjera su, prije svega, gubitak poslovnog ugleda.

Crnogorski Zakon propisuje dvije vrste kazni, koje se mogu izreći pravnom licu samo kao glavne kazne, i to *novčana kazna* i *prestanak pravnog lica*. *Novčana kazna* se utvrđuje zavisno od iznosa učinjene štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi, a ukoliko su iznosi različiti, kao osnov za utvrđivanje novčane kazne uzeće se viši iznos. Novčana kazna ne može biti manja od dvostrukog iznosa

učinjene štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi, niti veća od stostrukog iznosa učinjene imovinske štete ili pribavljene protivpravne imovinske koristi. Novčana kazna je različito propisana i određena je visinom učinjene materijalne štete ili pribavljene koristi. Za odmjeraвање novčane kazne relevantne su olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, ali mogu imati uticaj i druge okolnosti, kao što su povrat, višestruki povrat, ublažavanje kazne, pooštavanje kazne, oslobođenje od kazne i imovinsko stanje učinioca djela.

Prestanak pravnog lica kao kazna može se izreći ako je djelatnost pravnog lica u cjelini ili u znatnoj mjeri bila u funkciji vršenja krivičnog djela, a pravno lice prestaje da postoji brisanjem iz Centralnog registra Privrednog suda ili drugog registra koji vodi nadležni državni organ.

Osim kazne, Zakon propisuje i druge krivične sankcije: *uslovnu osudu i mjere bezbjednosti*.

Zakon propisuje uslove pod kojima se može izreći uslovna osuda i njeno opozivanje zbog novog krivičnog djela. Sud može pravno lice, kome je izrečena uslovna osuda, da stavi pod zaštitni nadzor za određeno vrijeme u toku vremena provjeravanja, a ako utvrdi da je ispunjena svrha ove mjere, može zaštitni nadzor ukinuti prije isteka određenog vremena.

Mjere bezbjednosti koje se mogu izreći pravnim licima su: sačinjavanje i sprovođenje programa djelatovnih, neophodnih i razumnih mjera; oduzimanje predmeta; javno objavljivanje presude; *zabrana obavljanja određenih privrednih ili drugih djelatnosti* - koja se ne može izreći uz uslovnu osudu.

Oduzimanje imovinske koristi

Oduzimanje imovinske koristi je krivičnopravna mjera koja se obavezno izriče kada su ispunjeni zakonski uslovi za njenu primjenu. Korist treba da je pribavljena izvršenjem krivičnog djela od strane odgovornog lica. Problem se javlja kod primjene ove mjere: a) pri određenju što se podrazumijeva pod imovinskom koristi, što ona obuhvata i kako se utvrđuje njena visina. Od učinioca ili drugih lica može se oduzeti samo ona imovinska korist koja je pribavljena izvršenjem krivičnog djela, dakle, bitno je da je imovinska korist neposredno povezana sa kriminalnim ponašanjem učinioca.

Imovinska korist se može sastojati u novcu, predmetima od vrijednosti, ali to može biti i svaka druga korist. Ako u vrijeme kada je mjera izrečena, pravno lice nije u mogućnosti da vrati imovinsku korist u istom obimu (npr. potrošen predmet, poklonjen i sl.), sud ga tada obavezuje da plati novčani iznos koji odgovara pribavljenoj protivpravnoj imovinskoj koristi.

U vezi sa sadržinom ove mjere u teoriji i sudskoj praksi postoji dilema o tome šta se oduzima ako je učinilac za novac koji je pribavio, nabavio druge predmete ili ako je pribavljene predmete zamijenio sa drugima (npr. kupio je automobil, ili je pribavljeni televizor zamijenjen za neku mašinu i sl.). Da li se tada oduzimaju

ovi predmeti ili se učinilac obavezuje da plati novćani iznos predmeta pribavljenih krivićnim djelom. Preovlađuje shvatanje da se mogu oduzeti samo predmeti od vrijednosti koji su pribavljeni izvršenjem krivićnog djela, a ako to nije moguće, treba pravno lice obavezati da plati novćani iznos koji odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi. Ako je imovinska korist prenesena na drugo lice bez naknade ili uz naknadu koja očigledno ne odgovara stvarnoj vrijednosti, oduzima se po istim pravilima i po istom postupku kao i kad se oduzima od učinioća. Zakon ne predviđa rokove za izvršenje mjere oduzimanja imovinske koristi; u odnosu na nju *ne može nastupiti zastarjelost izvršenja*.

Krivićni postupak u kome se sankcije izriću

Postupak protiv pravnog lica pokreće se i sprovodi zajedno sa postupkom protiv odgovornog lica. Vođenje jedinstvenog postupka opravdano je sa aspekta odgovornosti jer odgovorno lice odgovara za izvršena krivićna djela kao i pravno lice, s obzirom da se odgovornim licem smatra fizićko lice kome su povjereni određeni poslovi u pravnom licu, lice koje je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica, kao i lice za koje se osnovano može pretpostaviti da je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica.

Za vođenje postupka protiv pravnog lica i odgovornog lica podnosi se *jedinstvena optužnica i donosi jedinstvena presuda*. Postoji *odstupanje od pravila da se podnosi jedinstvena optužnica* protiv okrivljenog pravnog lica i okrivljenog odgovornog lica. Ta situacija može nastati u dva slućaja. Tako, može se samo protiv pravnog lica postupak započeti i sprovesti u slućaju nepostojanja mogućnosti pokretanja i sprovođenja postupka protiv odgovornog lica i to iz zakonom određenih razloga, ili u slućajevima kada je postupak protiv odgovornog lica već sproveden. Dakle, moguće je da je od momenta izvršenja krivićnog djela kod odgovornog lica nastupila neka od okolnosti koje isključuju pokretanje i sprovođenje krivićnog postupka. Pri odlučivanju da li će preduzeti gonjenje ili ne, državni tužilac se rukovodi samo zakonom. Državni tužilac ne može da uzima u obzir vanzakonske obzire cjelishodnosti, ni onda kada bi oni bili u skladu sa javnim interesom, još manje ako bi bili izraz njegovog lićnog nahodjenja, i da ne preduzima gonjenje za radnje koje su nesumnjivo krivićno djelo, npr. zbog toga, što bi gonjenje rđavo bilo primljeno u javnosti ili zbog toga što bi, s obzirom na spoljne ili unutrašnje politićke prilike, vremenski nezgodno bilo i sl. Povreda načela legaliteta postoji ne samo kad državni tužilac, rukovođen razlozima cjelishodnosti, izjavljuje da ne želi da goni, već i u slućaju kad neuobićajeno dugo ne zapoćinje krivićno gonjenje, tj. ako se ne izjašnja da li hoće ili neće da goni. Oštrina načela legaliteta, ublažena je materijalno-pravnom odredbom člana 9. stav 1. KZ CG, prema kojoj „nije krivićno djelo ono djelo koje, iako sadrži obilježja krivićnog djela, predstavlja djelo malog znaćaja“. Gonjenje tu izostaje zbog nepostojanja jednog opšteg elementa krivićnog djela; isključena je protivpravnost djela. Međutim, Zakonom o izmjenama i dopunama Krivićnog zakonika, ćlan 9. je brisan.¹³

¹³ Brisano je ćlanom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Krivićnog zakonika, „Sl. list CG“, br. 25/2010.

U slučaju kada je postupak protiv odgovornog lica već sproveden, tada će se voditi samo protiv pravnog lica, jer bi i ovdje važno pravilo *ne bis in idem*. Niko ne može, ni paralelno ni sukcesivno, dva ili više puta da se javi kao okrivljeni za isto krivično djelo. Dakle, ukoliko je postupak protiv odgovornog lica već sproveden, u tom slučaju postupak će se voditi samo protiv pravnog lica, a ne i odgovornog lica u pravnom licu.¹⁴

Državni tužilac vrši poslove krivičnog gonjenja ali *može da odluči da ne pokrene krivični postupak protiv pravnog lica*, i to u određenim slučajevima:

* Moguće je da je doprinos pravnog lica neznatan u izvršenju krivičnog djela i tada bi pokretanje postupka bilo necjelishodno. Kada postoji neznatni doprinos, što je fakultativni osnov za nepokretanje postupka, u svakom konkretnom slučaju procjenjuje državni tužilac, po svojoj slobodnoj ocjeni, a zakonodavac ga samo upućuje da može odlučiti da ne pokrene postupak. Nepokretanjem postupka protiv pravnog lica, ne pokrene se postupak ni protiv odgovornog lica u pravnom licu.

* Ukoliko pravno lice nema imovine ili je pokrenut postupak stečaja protiv pravnog lica, državni tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak.

* Ako je pravno lice prijavilo krivično djelo prije saznanja da su organi gonjenja otkrili da je u pravnom licu učinjeno krivično djelo, državni tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak protiv pravnog lica.

* Ako je pravno lice saradivalo sa organima otkrivanja i gonjenja, državni tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak protiv pravnog lica. Ova odredba ima za cilj odustanak od krivičnog postupka kao mjeru procesnog prava.

* Ako je pravno lice naknadilo štetu i otklonilo druge štetne posljedice nastale izvršenjem krivičnog djela, državni tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak.

* Izvršenjem krivičnog djela pravno lice može da pribavlja protivpravnu imovinsku korist, pa ukoliko istu vrati državni tužilac može odlučiti da ne pokrene postupak. Imovina koja je stečena izvršenjem krivičnog djela mora se vratiti u cjelini i to se mora utvrditi prije eventualnog pokretanja postupka.

* Ako je pravno lice prije učinjenog krivičnog djela preduzelo sve djelotvorne, neophodne i razumne mjere u cilju sprječavanja i otkrivanja izvršenja krivičnog djela, državni tužilac može da ne pokrene krivični postupak protiv pravnog lica.

* Ako je pravno lice organima otkrivanja i gonjenja dostavilo podatke od značaja za odgovornost drugog pravnog lica, sa kojim nije organizaciono povezano, za krivično djelo za koje se po zakonu može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna, državni tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak protiv pravnog lica.¹⁵

¹⁴ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Cetinje, 2007. g., str. 172.

¹⁵ Ibid, str. 173-175.

Državni tužilac prilikom donošenja odluke o nepokretanju krivičnog postupka uzima u obzir sve okolnosti koje se odnose na odmjeravanje kazne. Ovlašćenje državnog tužioca za nepokretanje krivičnog postupka odnosi se samo na krivična djela za koja je zakonom propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine; riječ je dakle, o procesnoj mogućnosti koja se može primijeniti samo kod lakših krivičnih djela.

Odlaganje krivičnog gonjenja

Odlaganje krivičnog gonjenja podrazumijeva da pravno lice prihvati ispunjenje jedne ili više obaveza propisanih Zakonom, što upućuje na zaključak, da se smatra cjelishodnim, korisnijim i opravdanim ispunjenje nekih od propisanih obaveza u odnosu na njihovo kažnjavanje. Odložiti krivično gonjenje znači, za određeno vrijeme ne podnositi sudu optužni akt protiv pravnog lica i odgovornog lica, iako su uslovi za pokretanje postupka bili ispunjeni.

Državni tužilac može donijeti odluku o odlaganju krivičnog gonjenja do podizanja optužnog akta, kada procjeni da je sobzirom na okolnosti krivičnog djela, okolnosti pod kojima je učinjeno i ranije poslovanje pravnog lica i ispunjenje nekih obaveza cjelishodnije u datom slučaju, odložiti vođenje krivičnog postupka i eventualno kažnjavanje. Prije donošenja rješenja, obavezno se pribavlja saglasnost oštećenog i traži pristanak pravnog lica.

Ovaj institut predstavlja odstupanje od načela legaliteta krivičnog gonjenja i otvara niz dilema od izuzetnog teorijskog i praktičnog značaja. Naime, ako se za krivična djela propisana u Krivičnom zakoniku ukine krivični postupak i isti se zamijeni nekom drugom državno-pravnom reakcijom i nalaganjem određenih dužnosti, učiniocu krivičnog djela umjesto krivične sankcije, postavlja se pitanje, čime se opravdava i ovakva reakcija organa krivičnog gonjenja. Nadalje, postavlja se pitanje, da li je izostavljanje sudskog krivičnog postupka u skladu sa ustavnim pravilom da krivično pravosuđe mogu vršiti samo sudovi, odnosno, pitanje izmjene toga pravila, tako da za vršenje krivičnog pravosuđa budu ovlašćene i druge nesudske jurisdikcije, koje bi morale biti snadbjevene svim potrebnim garancijama za pravilno i zakonito vršenje funkcije krivičnog pravosuđa.¹⁶

IV - ZAKLJUČAK

Krivična odgovornost pravnih lica za krivična djela tema je krivičnopravne nauke i s njom se suočila krivičnopravna teorija i zakonodavstvo evropskih država. Razlog za uvođenje krivične odgovornosti pravnih lica bio je kriminalno-političke prirode, ali na to je uticao i razvoj međunarodnog prava i brojne ratifikovane konvencije. Ovaj novi položaj pravnih lica znatno se razlikuje od privrednog i prekršajnog statusa pravnih lica, koji je postojao po ranijem Zakonu o privrednim prestupima.

¹⁶ Ibid, str. 177-178.

Osnovna pretpostavka za odgovornost pravnog lica jeste *da je učinjeno krivično djelo*. Nije sporno da krivično djelo u objektivno-subjektivnom smislu može učiniti samo fizičko lice, da se bez granica odgovornosti fizičkog lica, ne može utvrditi odgovornost pravnog lica. Polazi se od toga da pravno lice, pod određenim uslovima, odgovara za krivično djelo svog odgovornog lica i to kada je ono, djelujući u ime pravnog lica, u okviru svojih ovlašćenja učinilo krivično djelo u namjeri da za to pravno lice ostvari kakvu korist. Odgovornost pravnog lica postoji i onda kada je djelovanje tog odgovornog lica bilo u suprotnosti sa poslovnom politikom ili nalogima pravnog lica. Ovakvom rješenju u krivičnopravnoj literaturi iznose se primjedbe postavljanjem pitanja kako uskladiti ovaj uslov sa prethodnima, po kome odgovorno lice treba da djeluje u ime pravnog lica, u okviru svojih ovlašćenja i sa namjerom pribavljanja imovinske koristi ili druge koristi pravnom licu, a da odgovornost postoji čak iako je djelovanje odgovornog lica bilo u suprotnosti sa poslovnom politikom ili nalogima pravnog lica. Nije li ovo međusobno kontradiktorno? Ovaj osnov trebalo bi preispitati.¹⁷ Zakon propisuje da je pravno lice odgovorno za krivično djelo i ako odgovorno lice koje je učinilo krivično djelo nije osuđeno za to krivično djelo. Odgovornost pravnog lica ne isključuje krivičnu odgovornost odgovornog lica za učinjeno krivično djelo zbog kojeg odgovara i pravno lice.

Okolnost da je broj krivičnih postupaka protiv pravnih lica u porastu, osnovano je uvođenje odgovornosti pravnih lica za krivična djela, posebnim Zakonom.

Za očekivati je da će prihvatanje krivične odgovornosti pravnih lica za krivična djela dati značajne rezultate u suzbijanju kriminaliteta, posebno organizovanog, privrednog, ekološkog, da donošenje Zakona neće ostati „mrtvo slovo na papiru“.

LITERATURA

Babić M., *Osvrt na neka rješenja krivičnog zakonika Bosne i Hercegovine* (6/03), Pravni savjetnik.

V. Garde, P (2000) National report of Denmark, The implementation of the Corpus Juris in the Member State, Volume III, Antwerpen, Intersentia.

V. Jareborg, N. (2000) Nacional report of Swedwn: The implementation of the Corpus Juris in the Member State, Volume III, Antwerpen, Intersentia.

Lazarević Lj, Vučković B, Vučković V., *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela* (2007). Cetinje.

Stojanović Z., Shine R., *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela* (2007). Podgorica; Ministarstvo pravde Republike Crne Gore.

Krivični zakonik Crne Gore, „Sl. list RCG“, br. 70/03, 13/04, 47/06, „Sl. list CG“, br. 25/10.

¹⁷ Ibid, str. 26.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/03.

Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 49/03.

Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, „Uradni list RS“, br.59-2791/99 od 23.07.1999. g.

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, „Narodne novine „, br. 151/03 od 24.09.2003.g.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela „Sl. Glasnik RS“, br. 97/08.

<http://www.Law.msu.edu/king/2006/2006-Pop.pdf> od: A. Iulia Popo, Criminal liability of corporations-comparative jurisprudence, Michigan State University College of Law, 2006.

THE QUESTION OF RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES FOR CRIMES IS PRESENT FOR A LONG TIME IN THE SCIENCE OF CRIMINAL LAW

Summary

Basic assumption for responsibility of legal entities is a already done crime. Legal entity, under certain conditions, corresponds for crime of its responsible person when it acting on behalf of legal person within its powers has committed crime in order to realize benefit for this legal entity. Responsibility of legal entity does not exclude criminal responsibility of responsible person for the criminal offense because of that corresponds and legal entity.

Penalties that can be pronounced to legal entity are: fine and termination of legal entities - as the main sentence, and besides them it is possible to impose criminal sanctions: suspended sentence and security measures.

The circumstance that the number of prosecutions against legal persons is increasing, it was founded introduction of responsibility of legal entities for crimes special law.

EFEKTI KAZNE ZATVORA I INSTITUCIONALNOG TRETMANA U PREVENCIJI KRIMINALITETA

Dr Zoran Stevanović*

Jasmina Igrački**

***Apstrakt:** U radu su izneta promišljanja o kažnjavanju i efektima kažnjavanja u prevenciji kriminaliteta u savremenom društvu. Zapaža se da pooštavanje kaznene politike i primena represivne koncepcije, ne daje očekivane rezultate u prevenciji kriminaliteta, naprotiv, sve je prisutniji kriminalitet u najraznovrsnijim oblicima, zatvorenička populacija je narasla na oko 10 miliona, zatvori su prenatrpani, institucionalni tretman, takođe, ne utiče na promenu obrasca ponašanja kod delinkventa, a samim tim i rezultati prevencije su jako skromni. U takvim uslovima krize kazne zatvora i zartvora kao institucije, permanentno su prisutni pokušaji iznalaženja novih formi kažnjavanja (izricanje više novčanih kazni, alternativnih kazni i sl.), kako bi se individualizovala kazna, rasteretili zatvori i ekonomski racionalizovalo kažnjavanje. Poslednjih decenija sve više prevladava stav da institucionalna resocijalizacije ne utiče, u očekivanom obimu, na promenu obrasca ponašanja prestupnika i da se oni vrlo brzo vraćaju na kriminalni obrazac ponašanja, najčešće i sa znatno brutalnijim krivičnim delima. Stanje u zatvorskom sistemu, generalno, je veoma složeno i ono, u značajnom obimu, generiše novo kriminalno ponašanje zatvorenika. Zatvori su prenatrpani do granice neizdrživosti, struktura zatvorenika je sve složenija i u kriminološkoj i u psihološkoj sferi, sve je veći broj zavisnika od droge, materijalni položaj i zatvora i zaposlenih je loš, neadekvatan kadrovski potencijal, nemotivisanost zaposlenih i sl. U takvom ambijentu „kriminalna infekcija“ je sve izraženija, formalni sistem je sve slabiji i neefikasniji, što, u sadejstvu svih faktora, dovodi u pitanje ostvarivanje svrhe i cilja kažnjavanja.*

***Ključne reči:** efekti kazne zatvora, kažnjavanje, prevencija kriminala, kriza zatvora, alternativne kazne zatvora, neformalni zatvorski sistem.*

* Др Зоран Стевановић, Институт за криминолошка и социолошка истраживања у Београду

** Јасмина Играчки, студент мастер студија Криминалистичко-полицијске академије у Београду

UVOD

Prema podacima World Prison Brief u svetu se trenutno u zatvorima nalazi oko 10 miliona ljudi (bilo u istražnom zatvoru, bilo na izdržavanju kazne). Povećanje zatvorenika, na godišnjem nivou, kreće se i od 2-3 %. Imajući na umu da je u svetu broj ljudi dostigao cifru oko 6,9 milijardi, svetska stopa zatvoreničke populacije se iz godine u godinu povećava i trenutno iznosi 153 zatvorenika na 100 000 stanovnika. Gotovo polovina svetskih zatvorenika nalazi se u Sjedinjenim Američkim Državama (2,35 miliona), Kini (1.57) i Rusiji (0,92). U Sjedinjenim Državama stopa zatvorenika na 100.000 stanovnika iznosi 738, što je čini daleko najvećim korisnikom zatvora u svetu. Gotovo tri petine zemalja (59 %) imaju stopu ispod 150 na 100.000. Sa stopom zatvorske populacije od 155 na 100.000, Engleska i Vels imaju najvišu stopu zatvorenika po glavi stanovnika od drugih zemalja u zapadnoj Evropi, osim Španije (160) i Luksemburga (157) i oko 60 % više nego zemlje poput Belgije, Francuske, Nemačke, Irske i Italije. Zapaža se veliki porast stope zatvorenika u Turskoj i Gruziji, a stagnira, pa čak i opada, u Rumuniji i Holandiji.

Svakako da je zatvorska populacija rezultat kaznene politike, odnosno strategije sankcionisanja inkriminiranih radnji, ali i sve veći jaz između bogatih i siromašnih¹, sve brutalnijoj eksploataciji ljudskog rada od strane internacionalnih korporacija, sve većem nezadovoljstvu velikog broja stanovnika i sl. Takođe, sve je izraženiji i problem nedostatka raznovrsnih krivičnih sankcija, te se kazna zatvora veoma često izriče, što je dovelo do prenatrpanosti zatvora do kritičnih granica. Prevelik broj osuđenika u zatvorima u odnosu prema raspoloživim kapacitetima, neadekvatan broj zatvorskog osoblja, loši uslovi u zatvoru (i za osuđenike i osoblje), nemar među zatvorskim osobljem, loš nivo bezbednosti, "toksična" mešavina osuđenika osuđenih na duge i doživotne kazne, osuđenike sa mentalnim poremećajima, osuđenike zavisnike od droge, alkohola i drugih toksičnih supstanci, dovode do strukturiranja jakih neformalnih osuđeničkih zajednica koje, u dobrom delu, kontrolišu zatvore, ali i koje prerastaju u mafije² koje vode i kontrolišu određene poslove u zatvoru i van zatvora.

¹ Neredi i nasilje mladih koje se dešava u Velikoj Britaniji, Francuskoj, Nemačkoj, Americi i drugim zemljama motivisani su enormnom razlikom u bogatstvu među ljudima. Mladima ne preostaje ništa drugo nego ispoljavanje besa, protesta i nasilja na javnim mestima radi upozorenja društvu na stanje beznađa i nepravde u savremenoj civilizaciji.

² Zatvorske bande su prvobitno formirane od strane zatvorenika kao sredstvo da se zaštite od drugih zatvorenika. Tokom godina zatvora bande su se razvile u grupe koje pružaju zaštitu za svoje članove. U Americi postoje više zatvorskih bandi koje funkcionišu u zatvorskom sistemu. Najpoznatije su: **Arijevsko Bratstvo** - grupa koja je formirana 1967. u San Kventin zatvoru u Kaliforniji. Oni trenutno imaju oko 15.000 članova u zatvoru i izvan njega. **La Nuestra Familia** (španski za "porodicu") je formirana u Folsom državnom zatvoru 1968. godine. Prvobitno je imala za cilj da se bori protiv dominantne meksičke mafije. Lider bande kontroliše trgovinu drogom i seksom u zatvoru, ali i van zatvora. **Meksička mafija** (Mexicon Mafia) je jedna od najstarijih i najmoćnijih zatvorskih mafija. Formirana je 1950. godine i poznata je po trgovini droge, iznude i ubistva. Prema podacima, od svih ubistava u američkim zatvorima oko 10% su izvršena od ove mafije. **Nazi Low Riders** – nacistička banda koja je, sa ostalim nacističkim bandama, najbrže rastuća banda (formirana je 1970. godine

U takvim okolnostima, neformalne osuđeničke strukture, u pojedinim slučajevima, u saradnji sa delom formalne zatvorske strukture izazivaju pobune, sukobe i druge incidente koji narušavaju funkcionisanje zatvorskih sistema, što je dovelo do ozbiljne krize zatvora u svetu.

Šta, u stvari, zatvori postaju? Da li su to institucije koje izvršavaju kaznu lišnja slobode, preventivno deluju na ostale građane da ne vrše krivična dela i obavljaju resocijalizaciju i reintegraciju osuđenika u društvo, ili postaju „škole kriminalaca“, institucije u rukama kriminalaca koji, preko svojih mafija kontrolišu određene poslove u zatvoru i van zatvora, koje su izgubile funkciju prevencije kriminaliteta i postale, maltene, poželjna oaza za kriminalce (obezbeđena određena bezbednost, mogućnost zarade i lepog života, laka i jednostavna komunikacija sa spoljnim svetom, zaštićena njihova prava i sl.)?

Sve te okolnosti nameću dva osnovna pitanja: da li se ostvaruje cilj i svrha kažnjavanja, kao društvena reakcija na kriminalno ponašanje, i koji su realni efekti zatvora u prevenciji kriminaliteta?

Šta se očekuje od kažnjavanja i zatvorskog tretmana

Danas se u savremenim društvima, najčešće, ističu tri glavna cilja kažnjavanja: zaštita društva od prestupnika, resocijalizacija prestupnika i prevencija kriminalnog ponašanja. U tom cilju, savremena penološka saznanja zastupaju shvatanja po kome se društvo najuspešnije brani od kriminala resocijalizacijom i reintegracijom prestupnika, odnosno njegovim ponovnim uključivanjem u društvo. Kad je reč o kazni zatvora i spomenutom modelu resocijalizacije, jedan broj autora upozorava na neprirrodnost i konfliktnost uloge istovremenog kažnjavanja i resocijalizacije. Svakako da su to dve posebne uloge, ali moguće je pronaći i zajedničke niti koje kažnjavanje i resocijalizaciju prestupnika povezuju. Kažnjavanje je posledica prestupa i upozorenje da pojedinac mora da promeni ponašanje, vrednosni sistem, odnos prema društvenim vrednostima i sl. Resocijalizacija je koncept koji iznalazi sredstva i metode da u pojedincu promeni određene navike, vrednosni sistem i stav prema društvenim vrednostima - pogotovo ono ponašanje koje je normativno inkriminisano. Za ostvarivanje resocijalizacije, individualizacija je, svakako, jedan od najosnovnijih oblika rada, koji podrazumeva donošenje pojedinačnog programa izvršavanja kazne zatvora i koji se ostvaruju na profesionalan, zakonit i human način, poštujući ljudska prava i dostojanstvo ličnosti zatvorenika. U prilog individualizaciji ide, pored ostalog, i uvođenje dugotrajnih kazni zatvora, proširenje obima izricanja novčanih kazni,

u Kalifornijskom zatvorskom sistemu), a cilj im je obračun sa crncima, kako u zatvoru tako i van zatvora. Postoji veoma veliki broj bandi koje pokušavaju, ali i drže kontrolu nad zatvorenima. Poslednjih nekoliko decenija zatvorske mafije postaju sve brojnije na globalnom nivou, sa tendencijom preuzimanja kontrole nad zatvorskim sistemima i na taj način postaju ozbiljan partner formalnom zatvorskom sistemu.

zamena novčane kazne zatvorskom, a poglavito uvođenje alternativnih sankcija. Poslednjih decenija sve više prevladava stav da institucionalna resocijalizacija ne utiče, u očekivanom obimu, na promenu obrasca ponašanja prestupnika i da se oni vrlo brzo vraćaju na kriminalni obrazac ponašanja, najčešće i sa znatno brutalnijim krivičnim delima. Takvo stanje se može objašnjavati neuspehom resocijalizacijom, dominantnijim uticajem zatvorske negativne neformalne strukture zatvorenika, ali i nemoći zatvora kao institucije da menja obrasce ponašanja prestupnika. Stanje u zatvorskom sistemu, generalno, je veoma složeno: zatvori su prenatrpani do granice neizdrživosti, struktura zatvorenika je sve složenija i u kriminološkoj i u psihološkoj sferi, sve je veći broj zavisnika od droge, materijalni položaj i zatvora i zaposlenih je loš, neadekvatan kadrovski potencijal, nemotivisanost zaposlenih i sl. Složeno stanje još više se usložnjava i činjenicom da je „kriminalna infekcija“ u zatvoru sve izraženija, formalni sistem je sve slabiji i neefikasan, što dovodi u pitanje ostvarivanje osnovnih funkcija zatvora. Direktor Međunarodnog centra za zatvorske studije, Rob Allen, povodom aktuelnog stanja u zatvorskom sistemu, komentariše: “S obzirom na visoke finansijske, društvene i etičke troškove zatvora, podaci bi trebali podstaknuti politike u svakoj zemlji da učine sve što mogu kako bi ograničili veličinu svoje zatvorske populacije. Preterano korišćenje zatvora ne čini ništa za poboljšanje javne bezbednosti“.

Neefikasnost koncepta rasocijalizacije i veliki procenat recidivizma, kao i sve rasprostraniji kriminalitet najraznovrsnijeg oblika na globalnom nivou, dovodi do sve izraženijeg neslaganja u stavu prema prestupnicima i načinu državne reakcije. Sve je prisutniji ambivalentan stav, gde jedni smatraju da je „kriminal neminovna pojava u savremenom društvu - navikni se, budi realističan, zaštititi se i preživeti“, dok drugi kriminal posmatraju kao „katastrofu za jedno društvo, gde neko mora da odgovara za takvo stanje, jer kriminal degeneriše društvo i znak da je krajnje vreme za povratak tradicionalnim vrednostima i disciplini“. Ovi stavovi su posledica nedovoljne efikasnosti kazne zatvora i zatvorskih institucija u ostvarivanju svrhe i cilja kažnjavanja, što je izazvalo i teorijska promišljanja o svrsi kažnjavanja i često postavljenim pitanjem: Šta se dešava sa kaznom zatvora? Da bi se mogla razumeti aktuelna razmatranja o svrsi kažnjavanja, potrebno je setiti se razvoja različitih ideja. Glavno pitanje na koje se odgovara jeste - šta želimo postići, koji je cilj kažnjavanja učinioca krivičnog dela? Suština različitih teorija, koje objašnjavaju svrhu kažnjavanja, može se svesti na tri teorijska koncepta, u literaturi poznate kao apsolutne, relativne i mešovite teorije.

Prema apsolutnim teorijama svrha kažnjavanja je odmazda za onoga ko kažnjava i ispaštanje za onoga ko je kažnjen. Kaznom se vraća zlo koje je nanoseno kaznenim delom. Svrha kažnjavanja iscrpljuje se fokusiranjem na prošlost (*punitur quia peccatum est*). Kazna je sama sebi cilj, bez obzira na to primjenjuje li se na temelju božanske, moralne ili zakonske pravde (Horvatić, Novoselec, 1999). Po teoriji božanske pravde odmazda, tj. osveta služi zadovoljenju božanske pravde, jer

dovodi do izmirenja s bogovima putem ispaštanja učinioca krivičnog dela. Po teoriji moralne pravde, osveta koja proizlazi iz kazne služi zadovoljenju moralne pravde, koja je po Kantu kategorički imperativ ljudskog uma i zdravog razuma. Efekat koji kazna ima na društvo potpuno je irelevantan. Zastupnik teorije zakonske pravde je Hegel koji navodi kako je svrha kažnjavanja uspostavljanje zakona koji je narušen krivičnim delom. Kazna kao negacija negacije (krivično delo je negacija zakona) i predstavlja dijalektičku nužnost. Kazna je, zapravo, pravo prestupnika jer on, čineći krivično delo, svesno i dobrovoljno prihvata da bude kažnjen.

Relativne teorije spadaju u period društvenog promišljanja o suzbijanju kriminaliteta, pa se tako napušta ideja osvete i u kazni prepoznaje način zaštite društva od kriminaliteta. Te su teorije usmjerene na budućnost -kažnjava se da se u budućnosti ne bi grešilo. Jasno je, stoga, da je reč o teorijama prevencije - specijalne i generalne. Unutar tih grupa postoji niz teorija, koje ćemo samo navesti. U grupu teorija specijalne prevencije spadaju: (a) teorija zastrašivanja putem izvršenja kazne, (b) teorija starateljstva, (c) teorija popravljavanja i (d) teorija resocijalizacije. U grupu teorija generalne prevencije spadaju: (a) teorija opšteg zastrašivanja predviđanjem kazne, (b) teorija opšteg zastrašivanja izvršenjem kazne i (c) teorija opomene.

Mešovite teorije nastoje pronaći kompromis između tih dveju suprotstavljenih grupa teorija, pa je osnovno polazište ove grupe teorija da kazna, ne samo što može, već i mora imati više ciljeva. Za istorijski prikaz razvoja teorija o svrsi kažnjavanja polazimo od klasične škole, po kojoj je kažnjavanje u Evropi u 18. veku bilo arbitrarno i vrlo retributivno, koje karakteriše kažnjavanje teškim kaznama i telesnom kaznom. Kaznenopravni sistem je dozvoljavao veliku diskrecijsku moć sudija, što je omogućavalo da "krivci" prođu nekažnjeno, a nevini budu osuđeni (Cavadino, Dignan, 1997). Predstavnici klasične škole takav sistem ocenjuju kao nehuman i nepravedan, te kao iracionalan i neefikasan način kontrolisanja kriminaliteta. Predstavnici ove škole čine napor za reformom sistema kažnjavanja i polaze od pretpostavki da je kriminal potrebno zakonski definisati, kazna mora biti adekvatna učinjenom delu, čovek čini krivično delo slobodnom voljom i kaznene norme treba da odvrata, odnosno spreče kriminal. Najznačajniji predstavnik klasične škole je Bekaria sa svojim delom „O zločinima i kaznama“ (*Dei delitti e delle pene*) iz 1764. godine. On u svom delu navodi kako "nije svrha kazni mučiti i uciviti koje biće, niti već učinjen zločin izgaditi kao da nije učinjen. Svrha kazne, dakle, može biti samo ta da se krivac spreči da ne prouzrokuje nove štete svojim građanima i da se ostali odvrata od sličnih nedela. One kazne, dakle, i onaj način njihova izvršenja zaslužuje prednost pred ostalima koji će, vodeći pritom računa da budu srazmerne s učinjenim zločinom, napraviti što jači utisak na ljudske duše, a krivcu koliko je moguće manje telesne boli naneti" (Bekaria). Engleski utilitarista Bentham naglašavao je prevenciju kao važan element kažnjavanja i svrhu kažnjavanja video je u njegovom zastrašivanju. Za razliku od Bekarije, delinkvente je smatrao ograničeno racionalnim i odgovornim osobama, a zatvorsku kaznu korisnom metodom u reagovanju na

delinkvente. Posle autora koji predstavljaju klasičnu školu, javljaju se autori sa drugačijim stavovima i promišljanjima o deliktu, kriminalcu i svrsi kažnjavanja. Pozitivisti odbacuju koncept slobodne volje za koji se zalagala klasična škola i u fokus svog interesovanja stavljaju izvršioca krivičnog dela, za koga smatraju da nije apsolutno slobodan od spoljašnjih uticaja u svom ponašanju. Pozitivizam je naročito značajan za razvoj kriminologije kao nauke, jer predstavlja prve napore u naučnom objašnjenju kriminaliteta, razvoju "pozitivnog" faktičnog znanja o učiniocima krivičnog dela, zasnovanog na opservaciji, merenjima i induktivnoj metodi, odbacujući spekulativno razmišljanje o ljudskom karakteru koje je bilo prisutno u prethodnoj kaznenopravnoj praksi. Centralno pitanje odnosilo se na iznalaženje razlika između delinkvenata i prosocijalnih građana (Garland, 1997). Razvoj različitih tipologija i klasifikacija učinioca krivičnih dela doveo je do razvoja načela individualizacije u kažnjavanju. Svrha krivičnih sankcija trebala se oživotvoriti u otklanjanju opasnosti koju su učinioi krivičnih dela stvarali svojim ponašanjem, a kaznenopravni sistem je, prema pristalicama ove škole, aparat za prevenciju, tretman i eliminaciju kriminaliteta (Garland, 1997). Pozitivizam, dakle, predstavlja početak razvoja rehabilitacijskog ideala koji je prevladao u kriminološkim razmišljanjima i retorici polovinom XX veka. Konceptija resocijalizacije je polazila od ideje moguće eliminacije utvrđenih faktora delinkventnog ponašanja, koristeći vrlo diferencirane individualističke modele institucionalnog tretmana. Taj period se naziva periodom "rehabilitacijskog optimizma" (Cavadino, Dignan, 1997). Osnova tog idealizma bila je u ideji "lečenja" učinioca krivičnog dela od njegovih delinkventnih tendencija, a to "lečenje" sastojalo se od menjanja ličnosti i njegovih osobina, izgleda, navika ili mogućnosti za izvršenje krivičnog dela. Ideja rehabilitacije razvijala se pod parolom "pomoći" delinkventu, pretpostavljajući da on želi tu pomoć. Answorth (2000) ispravno primećuje kako su više koristi od te pomoći imali drugi - građani kojima se na taj način smanjivao rizik od viktimizacije. Rehabilitacija kao svrha kažnjavanja doživjela je brojne kritike. Razvoj rehabilitacijskih modela i način njihove primjene doveo je do druge krajnosti. Kako navodi Brody (2000): "... rehabilitacija je došla do toga da ne samo što predstavlja nerealan i neostvariv cilj nego predstavlja pretnju principima zatvorenikovih prava i humanog postupanja i može biti štetna za osuđenikovu šansu da postane prosocijalan".

Efikasnost institucionalnog tretmana meri se stopom recidivizma. Martinson (1974) je u svojim istraživanjima doveo u pitanje efikasnost tretmana i koncepciju resocijalizacije, jer su rezultati pokazivali veoma slabe rezultate. Nakon njegovog ispitivanja efekata tretmana, usledila su obimna istraživanja efekata raznovrsnih modela tretmana. Rezultati su, uglavnom, ukazivali na slab efekat tretmana i koncepcije rehabilitacije prestupnika. Ipak, pronađeno je kompromisno rešenje koje ukazuje da jesu ostvareni slabiji rezultati u primeni koncepcije resocijalizacije osuđenih lica, ali se ističe legitimnost tretmana koji, uz adekvatnu primenu, može da ostvari znatno bolje rezultate nego do sada. U stvari, ističe se i problem nedovoljno osposobljenog osoblja za primenu tretmana i neadekvatan izbor adekvatnog modela

tretmana za određene kategorije osuđenika. Zagovornici koncepcije resocijalizacije (Rex i dr.) ističu elemente koji ukazuju na mogući uspeh tretmana i rehabilitacije delinkventa. Prema rezultatima istraživanja uspešnosti resocijalizacije, pozitivni efekti tretmana se ispoljavaju u smanjenju impulsivnosti, ojačavaju povezanost u zajednici, modeliraju prosocijalno ponašanje delinkvenata i sl.

Od pojave kazne lišenja slobode, a nešto kasnije i ustanova za njihovo izvršenje, proteklo je skoro dva veka. U tom periodu pristup prema kazni zatvora i zatvoru kao instituciji koja tu kaznu izvršava, menjali su se i evoluirali, u zavisnosti od naučnih i praktičnih saznanja i stepena društvenog razvoja. Danas se svi slažu da je kazna zatvora i zatvor u ozbiljnoj krizi, jer se nije uspelo u borbi protiv kriminaliteta i nisu ostvareni osnovni ciljevi kažnjavanja u društvu. Svakako da za to postoje višeslojni razlozi na svim nivoima društva. Kada se krajem osamdesetih godina XX veka uvidelo da je zatvor u ozbiljnoj krizi i da kažnjavanje ne ostvaruje proklamovane ciljeve, tradicionalno se poseglo za represivnim konceptom kažnjavanja. To je i danas u praksi prisutno u većini razvijenih zemalja, čiji model i koncept prihvataju većina ostalih država sveta. Primena strožijeg koncepta reakcije na kriminalitet nije bitno promenio trend rasta kriminaliteta, naprotiv, takav pristup je povećao broj zatvorenika do neizdrživih granica za zatvorske sisteme, što ih dovodi do ozbiljnih kriza na svim nivoima. Sa pojavom globalizma i neoliberalnog kapitalizma problem kažnjavanja i izvršenja kazne zatvora postaju sve izraženiji, a zatvaranje postaje „recept“ masovnog obračuna sa kriminalcima.³ Krivičari se s pravom pitaju: Gde je suština problema?

Sve su prisutnija razmišljanja teoretičara i praktičara koliko smo se stvarno udaljili od nekadašnjih primera iz istorije kažnjavanja i da li smo, zaista, postali čovečniji u svom odnosu prema osuđenima ili zauzimamo licemeran stav zalaganja za ljudska prava osuđenih samo na reč, ili kada velike sile „disciplinuju“ male narode i njihove vođe. Nažalost, u bliskoj prošlosti smo sa takvom praksom bili upoznati.

Neki autori govore o tzv. „penalnom populizmu“ kojim opisuju tendenciju aktuelne politike da promoviše politiku kažnjavanja na osnovu anticipirane popularnosti, bez obzira na njenu penološku vrednost. Garland (2001), govoreći o ponovnom „rađanju zatvora“, navodi kako je, „za razliku od konvencionalne mudrosti prethodnih vremena, aktuelna pretpostavka - zatvor funkcioniše ne kao mehanizam reforme ili rehabilitacije, već kao sredstvo zatvaranja i kažnjavanja koje zadovoljava popularne političke zahteve za opštom bezbednošću i strožom retribucijom“. Isti autor govori o glavnim obeležjima masovnog zatvaranja u Americi. Jedno su strašne brojke, jer masovno zatvaranje implicira stopu zatvaranja i stopu zatvoreničke populacije koja je značajno iznad bilo kakve istorijske i komparativne norme za društvo tog tipa. Američki zatvorski sistem, po Garlandu, zadovoljava taj kriterij. Druga je bitna karakteristika socijalna koncentracija efekta zatvaranja, pa navodi kako masovno zatvaranje podrazumijeva zatvaranje individualnih prestupnika i

³ Mrvić, N. (2007) Kriza zatvora, Pravna biblioteka, Beograd, str. 9.

postaje sistemsko zatvaranje čitavih grupacija populacije. U slučaju Amerike reč je o mladim crncima u velikim urbanim centrima. Na taj način zatvaranje postaje jedna od socijalnih institucija koja značajno strukturira iskustvo grupa, tj. postaje deo procesa socijalizacije.⁴

Slična je situacija i u evropskim zemljama, koju Schwind (1995) opisuje kao pesimističnu. On navodi stanje u Nemačkoj 80-ih godina, gde su, bez obzira na izgrađene nove zatvore, povećanje broja tretmanskog osoblja i otvaranje socioterapijskih ustanova, kao model rehabilitacijskog pristupa delinkventima, efekti jako skromni, a stopa recidivizma visoka. Slabi efekti tretmana i neadekvatne promene u ponašanju zatvorenika, po njemu, rezultat su slabljenja rehabilitacijske ideje, finansijskih problema zbog ekonomske recesije i prenatrpanost zatvora kao posledica povećane stope kriminaliteta. Stern (1996) analizira posledice prenatrpanosti u zatvorima i konstatuje da one dovode do povećanja tenzija, objektivnog smanjenja kvalitetnog programa edukacije zatvorenika, skraćanja pogodnosti, povećanja rizičnih situacija koje izazivaju incidente i nasilje i sl. Stern, s pravom, postavlja pitanje: da li je zatvaranje odgovor na rast socijalnih i ekonomskih problema? U zatvorima je najveći broj mladih ljudi koji svoje najbolje godine, u kojima bi trebali stići znanje i veštine potrebne za život, provode u zatvoru.

Izučavajući socijalnu patologiju posmodernizma, Emil Vlajki iznosi suštinu elitne racionalnosti, koja se ogleda u insistiranju vladajuće elite na strogom održavanju reda i mira u okviru zakonskih normi. One se prvenstveno obrušavaju na one pojedince i grupe koji spadaju u niže-sposobne slojeve od kojih svi nemaju sreću da imaju posao, a nisu dovoljno socijalizovani-indoktrinirani, da bi se držali zakona. Takvi se po pravilu odaju različitim vidovima kriminala. Što se tiče kriminala visoko pozicioniranih slojeva, posebno u domenu biznisa, on se ne samo toleriše, već se i priželjkuje. Kapitalistička elita čini da osobe iz visokih krugova koje profitiraju od vlastitog kapitala, taj novac investiraju u privredu, bankarstvo, dakle da oploduju kapital. Razvoj kapitalizma je snažno obeležen pljačkom, kolonijalnom eksploatacijom⁵, ratovima, globalizacijom i sl. Zapadna racionalnost, kad se domogne sredstava daje im društvenu vrednost i štiti je po svaku cenu. Iz ovih stavova Vlajkija može se zaključiti i da je kažnjavanje u dobrom delu određeno društvenim okolnostima i moćima elita.

U kontekstu rasprave o krizi zatvora i zatvorskog sistema, često se u literaturi navode više vrsta kriza zatvora. Tako postoji *kriza sadržaja* - koja se odnosi na sadržaj življenja i rada u zatvoru, način organizacije i osmišljavanje režima života zatvorenika. Krizu sadržaja u zatvoru uzrokuje prenatrpanost zatvora i neefikasnost organizacije režima života. Takođe, postoji i *kriza uslova* u zatvoru. Ona se odnosi na uslove života i sve što ide sa tim. Posebno se ističe i *kriza autoriteta* u zatvoru.

⁴ Kovčo, I. (2001). Kazna zatvora – zašto i kuda, Hrvatski letopis za kazneno pravo i praksu, br. 2. Zagreb, str.117-136.

⁵ Vlajki, E. (2009), Socijalna patologija postmodernizma, Euroknjiga, Zagreb, str. 215.

Kriza autoriteta je posledica statusa zatvorske administracije, a posebno stražara i vaspitača -socijalnih pedagoga. Poslednjih godina sve je izraženije ograničavanje tradicionalnih ovlašćenja učesnika u tretmanu, a radi poštovanja prava zatvorenika, što zatvorska administracija doživljava kao narušavanje svog ličnog i profesionalnog autoriteta. U takvim okolnostima, oni gube motivaciju i najčešće idu linijom manjeg otpora, a što se odražava na njihov autoritet kod osuđenika. U literaturi se navodi i *kriza javnosti* - koja se odnosi na tradicionalnu konzervativnost i zatvorenost zatvorskog sistema prema javnosti. U većini slučajeva postoji misterija šta se to u zatvoru dešava, a i sami zatvori tome doprinose. U savremenom vremenu razvijenih komunikacija nije moguće skrivati događanje čak i u zatvoru. Zatvorenici na različite načine plasiraju informacije o dešavanjima u zatvoru, a i sama država se sve više trudi da i ovaj segment društva učini javnim. Postoji i *kriza legitimnosti* - koja je najizrazitija u britanskom zatvorskom sistemu i koja se odnosi na „poziv za ukidanje kazne lišenja slobode“. Ova kriza se doživljava kao moralno opravdana.

Da je kriza zatvora postala ozbiljan problem, ukazuju brojni referati na Prvom kongresu Evropskog udruženja za kriminologiju⁶ koji su posvećeni problemima zatvaranja i zatvora. Najčešći problemi se ispoljavaju u nedostatku adekvatnih programa za rad sa zatvorenicima, sve lošijim uslovima u zatvoru, nedovoljno razvijenom sistemu zaštite prava zatvorenika, prenatrpanost zatvora, sve veći broj narkomana u zatvoru, sve veći broj psihički poremećenih osuđenika, jak neformalni sistem zatvorenika - do nivoa mafija, loš materijalni status zatvora i zaposlenih i sl. U takvom ambijentu vrlo teško je ostvariti značajnije rezultate u rehabilitaciji i reintegraciji zatvorenika, pa samim tim velika većina njih se ponovo vraća kriminalu.

Skromni efekti kazne zatvora i institucionalnog (zatvorskog) tretmana na prevenciju kriminaliteta podstakli su na iznalaženje nekih drugih opcija kažnjavanja koje prepoznajemo u pojmu alternativnih sankcija (sankcija u zajednici). Alternativne sankcije možemo da definišemo kao opciju kažnjavanja koja se nalazi na kontinuumu između tradicionalne probacije i tradicionalnog kažnjavanja (prema: Junger - Tas, 1994). Često se za njih koriste i sledeći termini: alternativa zatvaranju, vaninstitucionalne mere, programi u zajednici, a ponekad se vezuju uz šire penalne strategije koje se nazivaju: odvratanje ili preusmeravanje (*diversion*), deinstitucionalizacija, dekarceracija ili penalni redukcionizam (Nellis, 2001). Evropska unija je još 1986. godine dala izveštaj u kome se navode mere koje su alternativa kazni zatvora, a koje se primenjuju u zemljama članicama. Tako postoje *modifikovane institucionalne sankcije* u koje spadaju: poluzatvaranje, upućivanje na posao, zatvaranje vikendom, kućni pritvor, izdržavanje kazne u drugoj instituciji (bolnica, centar za odvikavanje od zavisnosti). Druga grupa alternativnih sankcija su *vaninstitucionalne sankcije* u koje spadaju: finansijske kazne, sankcije koje ograničavaju ili oduzimaju neka prava (oduzimanje vozačke dozvole, konfiskacija, restitucija, zabrana obavljanja poziva), vaspitne mere, moralne sankcije (sudska

⁶ Održan 2001. godine u Lozani u Švajcarskoj.

opomena, posebne obaveze), supervizija. Posebnu grupu alternativnih sankcija čine: *mere probacije*, kao i *neplaćeni rad u zajednici*. U mere koje se odnose na odlaganje izvršenja kazne spadaju: odlaganje izvršenja institucionalne kazne, odgađanje izricanja presude i neizricanje sankcije. Često se u pojedinim zemljama koriste alternativne sankcije kao što su: *medijacija*, tj. pomirenje žrtve i učinioca dela, često praćena restitucijom, zatim, *restitucija ili kompenzacija* - koja se ispoljava kroz plaćanje štete, popravljjanje uništenog objekta, rad za žrtvu kao popravljjanje. Postoje i drugi modaliteti alternativnih sankcija kao što su: dnevne novčane kazne, rad u zajednici (neplaćeni rad u zajednici kao reparacija žrtvi ili zajednici, izražava se u satima rada u određenom razdoblju) , upućivanje u dnevne centre i povećanja supervizije, elektronski nadzor (elektronska narukvica ili telefonski pozivi), intenzivni programi supervizije, vojnički kampovi (*boot camps*): dizajnirani za mlađe punoletne prvoosudene učinioce krivičnih dela - “šok-terapija” sa vojničkim strogim režimom.

Zaključak

Preko kažnjavanja i izvršenja kazne zatvora prelamaju se, pored ostalog, i opšti društveni problemi. Kaznena politika i politika izvršenja krivičnih sankcija su u neposrednijoj vezi sa stepenom društvene razvijenosti i ekonomske i političke moći društva. U ovom radu razmatran je efekat kažnjavanja i izvršenja kazni zatvora u funkciji borbe protiv kriminaliteta. Osnovno pitanje u izvršavanju krivičnih sankcija je da li se ostvaruje, i u kom stepenu, cilj i svrha izrečene sankcije, a samim tim i koliki uticaj ima kazna na prevenciju kriminaliteta. U savremenoj penologiji efikasnost tretmana osuđenih lica je posebno aktuelna, jer dosadašnji rezultati ukazuju da većina dosadašnjih oblika tretmana koji se primenjuju u procesu resocijalizacije, nisu ispunili očekivanja i procenat recidivizma i ispoljeno ponašanje u toku izvršenja kazne zatvora pokazuju da institucionalni uticaj na osuđenike ne daje pozitivne rezultate. Kao reakcija na male efekte u prevenciji kriminaliteta, poslednjih decenija, pristupilo se tradicionalnom načinu borbe protiv kriminala - pooštravanje kaznene politike i primena represivne koncepcije kažnjavanja. Nažalost, rezultati takvog pristupa ne daju očekivane rezultate u prevenciji kriminaliteta, naprotiv, sve je prisutniji kriminalitet u najraznovrsnijim oblicima, zatvorenička populacija je narasla na oko 10 miliona, zatvori su prenatrpani, institucionalni tretman, takođe, ne utiče na promenu obrasca ponašanja kod delinkventa, a samim tim i rezultati prevencije su jako skromni. U takvim uslovima krize kazne zatvora i zartvora kao institucije, permanentno su prisutni pokušaji iznalaženja novih formi kažnjavanja (izricanje više novčanih kazni, alternativnih kazni i sl.), kako bi se individualizovala kazna, rasteretili zatvori i ekonomski racionalizovalo kažnjavanje. Poslednjih decenija sve više prevladava stav da institucionalna resocijalizacija ne utiče, u očekivanom obimu, na promenu obrasca ponašanja prestupnika i da se oni vrlo brzo vraćaju na

kriminalni obrazac ponašanja, najčešće i sa znatno brutalnijim krivičnim delima. Stanje u zatvorskom sistemu, generalno, je veoma složeno i ono, u značajnom obimu, generiše novo kriminalno ponašanje zatvorenika. Zatvori su prenatrpani do granice neizdrživosti, struktura zatvorenika je sve složenija i u kriminološkoj i u psihološkoj sferi, sve je veći broj zavisnika od droge, materijalni položaj i zatvora i zaposlenih je loš, neadekvatan kadrovski potencijal, nemotivisanost zaposlenih i sl. U takvom ambijentu „kriminalna infekcija“ je sve izraženija, formalni sistem je sve slabiji i neefikasniji, što, u sadejstvu svih faktora, dovodi u pitanje ostvarivanje svrhe i cilja kažnjavanja.

LITERATURA

1. Brody, S.(2000): How effective are penal treatments? U: von Hirsch, A., Ashworth, A.(eds.): Principled sentencing: readings on theory and policy. Hart Publishing, Oxford.
2. Cavadino, M., Dignan, J. (1997): The penal system: an introduction. Sage Publications Ltd, London.
3. Duenkel, F., Snacken, S. (2001): Prisons in Europe - actual developments and problems in East and West. European society of criminology - first meeting, Lausanne, Switzerland.
4. Junger - Tas, J. (1994): Alternative sanctions: myth and reality. European Journal on Criminal Policy and Research, Vol.2, No.1: 44-66.
5. Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prisin reform, Public Interest, 35.
6. Mrvić, N. (2007), Kriza zatvora, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
7. Lopez Rey, (1960), Delatnost Ujedinjenih nacija na sprečavanju kriminaliteta i na polju postupanja sa izvršiocima krivičnih dela, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd.
8. Milutinović, M. (1973), Kriminologija, Savremena administracija, Beograd.
9. Konstatinović-Vilić, Kostić, M. (2006), Penologija, SVEN, Niš.
10. Kovčo, I. (2001): Kazna zatvora - zašto i kuda? Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 8, broj 2/2001.
11. Ignjatović, Đ. (2006). Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd.
12. Soković, S. (2006) Novo kazneno zakonodavstvo i međunarodni standardi - zabrana torture, mučenja, nehumani i ponižavajući postupci kažnjavanja, Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd.

13. Žunić-Pavlović, V. (2004) Evaluacija u resocijalizaciji, Partenon, Beograd.
14. Stakić, Đ. (1977) Neki problemi evaluacije metoda resocijalizacije, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3, Beograd.
15. Špadijer-Džidić, Ignjatović, I., Radovanović, D. (1975), Kriterijumi merenja uspešnosti resocijalizacije maloletnih delinkvenata, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,
16. Stevanović, Z. (2005). Kako novim zakonskim rešenjima unaprediti penalni sistem, Kazнено zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
17. Stevanović, Z. (2010). Evaluacija tretmana u zatvorskom sistemu u Srbiji, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
18. Stevanović, Z. (2009). Nove tendencije u upravljanju zatvorima, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, Beograd.

THE EFFECTS OF PRISON SENTENCE AND INSTITUTIONAL TREATMENT IN CRIME PREVENTION

Summary

Views on punishment and its effects on crime prevention in contemporary society are exposed in this paper. It is noted that hardening penal policy and applying repressive concepts does not give expected results in crime prevention. On the contrary, criminality appears to be more and more present, emerging in a wide variety of forms, prison population has reached around 10 million and penitentiaries are overpopulated. Moreover, institutional treatment does not influence the change of delinquents' behaving models and, consequently, the results of prevention seem to be very modest. Under such conditions of crises affecting punishment of imprisonment and prisons as institutions, attempts to establish innovative forms of punishing (such as imposing a larger number of fines or alternative punishments etc.) are permanently present and intended to individualize punishments, depopulate prisons and economically rationalize punishing. The standpoint according to which institutional re – socialization does not influence the change of delinquents' behaving pattern as much as it is expected to, allowing them to return to criminal model of behavior and commit even more brutal criminal offences, has been becoming increasingly accepted in the last couple of decades. In gener-

al, the condition of prison system is extremely complex, generating repeated criminal behavior of convicts in a serious extent. Prisons are overcrowded to bursting point, the structure of prison population is becoming more and more complex in criminological, as well as in psychological sphere, there are more drug addicts, the financial position of prisons and prison employees is unsatisfactory, including inadequate potential of the staff, lack of employees' motivation etc. In such surrounding, "criminal infection" is becoming more noticeable, whereas the formal system is getting weaker and less efficient, which, combined with other factors, brings under question the accomplishment of the purpose and the aim of punishment.

Key words: *the effects of imprisonment, punishing, crime prevention, prison crisis, alternative prison sentences, informal prison system*

ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U SVJETLU MEĐUNARODNIH DOKUMENATA, OPRAVDANOST I KRITIKA

Dr Darko Radulović*

***Apstrakt:** Unapređenje već postojećih i uvođenje novih alternativnih krivičnih sankcija u savremena krivična zakonodavstva rezultat je brojnih preporuka u tom pravcu od strane međunarodnih organizacija i udruženja koja se bave ovom problematikom. Ujedinjene nacije su preko svojih kongresa donijele veliki broj rezolucija koje su predstavljale osnov za uvođenje i afirmaciju alternativnih krivičnih sankcija. Takođe, standardi koji se tiču alternativnih krivičnih sankcija sadržani su u određenim dokumentima koje je donio i u vidu rezolucija usvojio Savjet Evrope. Generalno posmatrano, alternativne krivične sankcije imaju svoje višestruko opravdanje, pogotovo kada je riječ o alternativama kratkotrajnoj kazni zatvora. Međutim, ima i mišljenja koja se kritički odnose prema pojedinim krivičnim sankcijama i krivično pravnim mjerama koje spadaju u ovu grupu.*

***Ključne riječi:** alternativne krivične sankcije, međunarodni standardi, opravdanost alternativnih krivičnih sankcija.*

1. Unapređenje već postojećih i uvođenje novih alternativnih krivičnih sankcija u savremena krivična zakonodavstva rezultat je brojnih preporuka u tom pravcu od strane međunarodnih organizacija i udruženja koja se bave ovom problematikom.

Iako je trend širenja sistema alternativnih krivičnih sankcija i krivičnopravnih mjera evidentan i opšteprisutan u savremenim krivičnopravnim sistemima ne smijemo izgubiti iz vida ni jednu suprotnu tendenciju koja se javlja u posljednje vrijeme, doduše više prisutnu u anglosaksonskim zemljama, a to je zaoštavanje krivičnopravne represije izraženo kroz akcenat na strogo i srazmjerno kažnjavanje, odnosno jačanje punitivnosti krivičnog prava i krivičnog pravosuđa u cjelini. Na ovakvo stanje u pomenutim zemljama nije prevashodno uticalo, dobrim dijelom,

* Dr Darko Radulović, Pravni fakultet Univerziteta Црне Горе

napuštanje ideje resocijalizacije, već se razlog za tako nešto može pronaći u kontekstu izmijenjenih društveno-političkih i ekonomskih odnosa u savremenom svijetu.¹ Dva naizgled suprotna pogleda na strategiju krivičnopravne reakcije na kriminalitet ne dovode u pitanje naše shvatanje da strategija borbe protiv kriminaliteta zavisi od vrste i oblika kriminaliteta. Činjenica da u državama koje su dominantno koristile represiju kao način reakcije na kriminalitet, što nije nužno dovelo do smanjenja istog, govori nam da se savremeno krivično pravo treba okrenuti alternativnim krivičnim sankcijama i alternativnim formama postupanja, zadržavajući pri tom i dalje kaznu zatvora kao oštricu krivičnopravne zaštite od najtežih oblika kriminaliteta i kao onaj neophodni element koji čitavom sistemu krivičnih sankcija daje određenu dozu represivnosti, bez koje krivična sankcija ne bi bila krivična sankcija. I bez obzira koliko se mi trudili da osavremenimo i obogatimo sistem alternativa kazni lišenja slobode i prilagodimo se duhu vremena, kazna zatvora je nešto bez čega je borba protiv kriminaliteta nezamisliva.

Kazna lišenja slobode bila je osporavana, faktički od momenta njenog uvođenja u kaznene sisteme savremenih nacionalnih zakonodavstava i od tada traje njena borba za opstanak, sa tendencijom da i dalje figurira kao dominantno i nezaobilazno sredstvo u politici suzbijanja kriminaliteta. To se naročito odnosi na kratkotrajne kazne lišenja slobode koje su posebno izložene oštrici kritike od strane velikog broja teoretičara kriminologa, krivičara, penologa, sociologa, o čijim je negativnim karakteristikama raspravljano i na brojnim sjednicama međunarodnih organizacija i udruženja za krivično pravo i srodne nauke.

Talas kritike, usmjeren ka kratkotrajnoj kazni zatvora, intenziviran je u drugoj polovini XX vijeka, tako da se može reći da u tom periodu dolazi do svojevrstne krize krivičnog prava i kriminalne politike. I upravo u drugoj polovini XX vijeka, posebno zadnjih četvrt vijeka, traže se putevi prevažilaženja kriznog stanja u kome se nalazi krivično pravo i politika suzbijanja kriminaliteta, iznalaženjem alternativa kazni zatvora, kojima bi se, sa jedne strane, ostvarila svrha kažnjavanja i, sa druge strane, društvo efikasno zaštitilo od kriminaliteta.

Pridjev "alternativni" danas je mnogo korišćena riječ, a njeno izvorno značenje vuče korijene iz latinskog jezika, *alter-altera-altrum*, što znači drugi ili jedan od dvojice, izbor između ovoga, opredjeljenje za jednu od dvije odluke.² Osnovno značenje vremenom poprima različite varijacije, pa u našem jeziku, kao i u drugim jezicima danas, alternativa kao oznaka bilo koje forme pojavnosti i stvarnosti asocira i na mogućnost nečeg novog i boljeg. S obzirom da alternativa predstavlja nešto novo, drugačije, dinamično i nedovoljno istraženo i provjereno, po prirodi stvari potrebna je ocjena njene validnosti sa određene vremenske distance.³ U tom smislu

¹ Dr Zoran Stojanović: Oправданost i dometi alternativnih krivičnih sankcija i alternativnih formi postupanja, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, 2009. godina, str. 6.

² M. Vujaklija: Leksikon stranih reči i izraza, Prosveta, Beograd, 1974. godina, str. 32.

³ Dr Nada Mićanović: O odnosu upotrebe i značenja pojma alternative, Pravna misao, br. 5-6, 1989. godina, str. 44.

i alternativne krivične sankcije nose pomenuti pridjev iz razloga što su mnoge od ovih sankcija i mjera nedovoljno istražene i provjerene, pa se sa te strane ne može pouzdano govoriti o njihovoj egzistentnosti i efikasnosti, bez prethodno ostavljenog adekvatnog vremenskog perioda neophodnog za sticanje uvida u njihove kriminalno-političke perspektive. U svakom slučaju kada su u pitanju krivične sankcije, pitanje alternativnosti je nešto složenije. Naime, da bi se jedna krivična sankcija mogla smatrati alternativnom, neophodno je da postoji krivična sankcija koja je primarna i koja se pod određenim uslovima može supstituisati drugom krivičnom sankcijom, koja je alternativnog karaktera.⁴ O pojmu alternativnih krivičnih sankcija i o tome koje se sve sankcije mogu smatrati alternativnim, postoji više tumačenja, čime se mi na ovom mjestu nećemo detaljnije baviti.⁵

2. Osim što je kazna lišenja slobode bila pod lupom pojedinaca teoretičara i praktičara različite orijentacije, kao što smo već pomenuli, o njoj su se vodile i još se vode intenzivne rasprave na nivou mnogih međunarodnih organizacija i udruženja za krivično pravo i srodne nauke, pa i u Ujedinjenim nacijama, preko njenih kongresa za sprečavanje kriminaliteta i tretman delinkvenata. U tom smislu već je na Petom kongresu Ujedinjenih nacija preporučeno državama da smanje primjenu kazne zatvora i prošire primjenu vaninstitucionalnih (nezavodskih) mjera, svugdje gdje učinilac ne mora da bude zatvoren. O problemu alternativa kazni zatvora rasprava je nastavljena na Šestom, Sedmom i Osmom kongresu Ujedinjenih nacija, 1980, 1985. i 1990. godine.

Donesena je posebna Rezolucija (broj 16) o smanjenju broja zatvorenika, alternativama kazni zatvora i društvenoj integraciji delinkventa. Konstatuje se da je dosta zemalja već izgradilo kaznene sisteme u kojima su znatno smanjeni pravni okviri primjene kazne lišenja slobode, a u zakonodavstva su uvedene određene modifikacije koje se odnose na gonjenje, odnosno širu primjenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja, odloženog krivičnog gonjenja i slično. Da se ne bi otišlo u drugu krajnost, sugerisano je da treba očuvati u određenoj mjeri generalno preventivni i represivni karakter krivičnog pravosuđa i u traženju supstituta kazni zatvora ne zaboraviti bezbjednost i javno mnjenje.⁶

U pojedinim preporukama sa XI međunarodnog kongresa za krivično pravo se ističe da kazna lišenja slobode ne treba da bude jedino i isključivo kriminalno političko sredstvo u borbi protiv kriminaliteta, te da polje njene primjene treba značajno suziti samo na one slučajeve gdje se oduzimanje slobode pojavljuje kao jedini cjelishodan vid krivično pravne reakcije.⁷

⁴ Dr Milan Škulić: Alternativne krivične sankcije - pojam, mogućnosti i perspektive, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, 2009. godina, str. 32.

⁵ O tome šire: Dr Đorđe Ignjatović: Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Pravni fakultet Beograd, 2. izdanje, Beograd, 2008. godina, str. 44; Dr Vid Jakulin i dr Damjan Korošec: Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnom zakonodavstvu Slovenije, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zlatibor, 2009. godina, str. 349.

⁶ Dr Miloš Babić: Alternative kazni zatvora, JRKK, br.2-3, 1997. godina, str.130.

⁷ Tibor Kirally: Evolucija metoda i sredstava krivičnog prava, JRKK, br. 3, Beograd, 1974. godina, str. 379.

Savjet Evrope donio je niz dokumenata radi jačanja međusobne saradnje i humanizacije nacionalnih krivičnih zakonodavstava, kojim dokumentima se propisuju pravni standardi za primjenu mjera alternativnih zatvoru.⁸ Navodimo neke kao što su: Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili iz zatvora uslovno otpuštenim osuđenima od 30. novembra 1964. godine, Rezolucija (broj 1) o uslovnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvoru iz 1965. godine, Rezolucija (broj 10) o nekim penalnim mjerama alternativnim zatvoru iz 1976. godine i kao najnovija Preporuka broj 16 od 19. oktobra 1992. godine, koja sadrži evropska pravila o društvenim sankcijama i mjerama.⁹

Kada se govori o alternativnim krivičnopravnim mjerama u svjetlu međunarodnih dokumenata, onda posebno treba istaći "Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za alternativne kaznene mjere - non custodial measures" (takozvana Tokijska pravila), usvojena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 14. novembra 1990. godine, koja podstiču i ohrabruju razvoj novih alternativnih mjera. U tom pravcu Tokijska pravila propisuju norme i standarde zasnovane na stavu da kazna treba da bude krajnje sredstvo, dakle izuzetak, a nezavodske krivične sankcije pravilo¹⁰, te stoga primjena alternativnih mjera treba da vodi ukidanju zatvaranja i dekriminalizaciji, a ne smetnja i kočnica nastojanjima u tom pravcu.

Značajan dokument, kada je u pitanju razvoj i implementacija alternativnih krivičnih sankcija u nacionalna krivična zakonodavstva zemalja istočne i centralne Evrope, predstavlja Bukureštanska deklaracija o alternativnim sankcijama i mjerama, od 11. septembra 2001. godine, koja takođe usvaja određene preporuke i standarde za implementaciju alternativa kazni zatvora kao glavnih sankcija u nastojanjima za redukovanje zatvorske populacije.

U principu, navedena pravila i preporuke imaju za cilj ujednačavanje kaznenih sistema i prakse u primjeni alternativnih sankcija i mjera, a sve u funkciji izbjegavanja negativnih efekata kazne zatvora i uspostavljanja ravnoteže između potrebe zaštite društva od kriminaliteta, sa jedne strane, i socijalne reintegracije učinioca krivičnog djela, sa druge strane. Pravilima se utvrđuju osnovna načela, pravni okviri alternativnih mjera, zaštita osnovnih prava, saradnja i saglasnost učinioca, postupak po žalbi, standardi koji se moraju poštovati od strane osoblja, zatim finansijski izvori, metode rada, posljedice nepoštovanja pravila itd.¹¹

⁸ Mr Jasmina Kiurski: Alternativne krivične sankcije u KZ Srbije i standardi Evropske unije, Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije, Zlatibor, 2010. godine, str. 88.

⁹ Dr Nataša Mrvić-Petrović, dr Đorđe Đorđević: Primjena parapenalnih sankcija umjesto kazne, Zbornik -Utvrdjivanje činjeničnog stanja, izricanje i izvršenje krivičnih sankcija, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998. godina, str.199.

¹⁰ Cherif Bassiouni: The protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice, A Compendium of UN Norms and Standards, New York, 1994. godina.

¹¹ Dr Vlado Kambovski: Kazneno-pravnata reforma pred predizviricite na XXI vek, Skopje, 2002. godina, str. 204.

I najpoznatije svjetske organizacije za krivično pravne i njima srodne nauke bavile su se, i pojedinačno i zajednički, ovim problemom. Tako je novembra mjeseca 1987. godine u Milanu organizovan sastanak, na čijem dnevnom redu je, između ostalog, bio problem alternativa kazni zatvora, a na tom sastanku učešće su uzeli: Međunarodna asocijacija za krivično pravo, Međunarodno kriminološko društvo, Društvena odbrana, Svjetska penitensijarna organizacija i Svjetsko viktimološko društvo. Svaka od ovih asocijacija dala je svoje viđenje problema sintetizovano u materijalu "Politika krivičnog pravosuđa u odnosu na problem zatvora, drugih krivičnih sankcija i alternativnih mjera".

I evropski ministri pravosuđa, na Ministarskoj konferenciji u Helsinkiju 2005. godine, donijeli su zaključak da je kriminalna politika usmjerena na prevenciju antisocijalnog i kriminalnog ponašanja prioritet, a osim toga, razvijanje sistema alternativnih sankcija i mjera, vođenje brige o žrtvi i njenoj zaštiti, te reintegracija učinioa krivičnog djela. U tom pravcu, restorativna uloga sudova i zatvora treba da obezbijedi socijalni mir i sigurnost.¹²

3. Bez obzira na sva upozorenja na nedostatke kazne zatvora i apele za uvođenjem alternativnih mjera, ne možemo pobjeći od jednog paradoksa. Naime, zvanične statistike, kako kod nas, tako i u svijetu, pokazuju da je kazna lišenja slobode i danas dominantna i nezaobilazna krivična sankcija, kako u legislativi, tako i u praksi.¹³ Ovaj, kako smo ga nazvali paradoks, nameće nam pitanje: ima li kazna lišenja slobode budućnost? To je isto kao i pitanje: ima li krivično pravo budućnost?

U vezi sa ovim treba naglasiti da postoji dosta jak abolicionistički pokret u Evropi i u Americi, više među kriminolozima nego među krivičarima, koji polaze od stanovišta da se otklanjanjem socijalnih uzroka kriminaliteta nedržavnim mjerama i postupcima mirenja može postići isto, ako ne i više nego klasičnom državnom represijom. Ako bi to bilo tako, ističu protivnici ovakvog pristupa, onda bi, na primjer, u Njemačkoj koja od završetka Drugog svjetskog rata stalno bilježi porast standarda, došlo do smanjenja kriminaliteta, a statistike to ne potvrđuju. Prema tome, zaključuju ovi teoretičari, iskustvo pokazuje da se kriminalitet ne može iskorijeniti isključivo socijalnim reformama, što bi značilo da društvene okolnosti i prilike više determinišu "kako" nego "da li".¹⁴

Prema tome, kazna lišenja slobode ima budućnost i bez obzira koliko joj se prigovaralo, ona još zadugo neće otići u istoriju. Slobodni smo ustvrditi, iako ona nije nastala zajedno sa državom, da će je biti dokle i države i dokle je zločina, pogotovo teških. No, nužno se nameće pitanje šta učiniti tamo gdje je primjena ove

¹² Gordana Lažetić-Bužarovska: Alternativne mere u makedonskom kaznenom pravu, Pravni život, br. 9, Beograd, 2006. godina, str. 354.

¹³ Dr Milan Milutinović: Kriminalna politika, Beograd, 1984. godina, str. 244, dr Zoran Stojanović: Politika suzbijanja kriminaliteta, Novi Sad, 1991. godina, str. 33, dr Đorđe Ignjatović: Savremeni oblici zamene kazne zatvora, Pravni život, br. 9, 1996. godina, str. 415.

¹⁴ Dr Claus Roxin: Da li krivično pravo ima budućnost, JRKK, br. 3, 1998. godina, str. 5.

kazne problematična, necjelishodna, pa ponekad i štetna. U tim slučajevima treba pronaći alternativne mjere, što se u savremenom zakonodavstvu i čini.

Savremeno zakonodavstvo je zadnjih godina u pravoj potrazi za alternativnim mjerama kojima bi se reducirala primjena kazni lišenja slobode i otklonili njeni negativni efekti, kako na planu resocijalizacije, tako i na planu zaštite društva od kriminaliteta. Traganje za tim inovacijama postalo je jedno permanentno nastojanje koje je u zapadnoevropskim zemljama, posebno Francuskoj i Engleskoj, dalo određene rezultate.¹⁵ Valja naglasiti da su, bez obzira na višedecenijsko iskustvo sa ovim mjerama, ostala nerazjašnjena mnoga pitanja, počev od pojma ovih mjera, njihove brojnosti, da li su one zamjena za kaznu lišenja slobode ili modifikovanje njenog izvršenja i slično.

Pojmovno određenje ovih mjera rijetko nalazimo u literaturi. Po jednom, širem shvatanju, alternativama kazni zatvora odnosno kratkotrajnoj kazni zatvora, smatraju se one kazne koje po optuženju ili osudi ostavljaju mogućnost učiniocu da jedan dio kazne (misli se na zatvor) ili pak čitavo vrijeme na koje je osuđen provede u svojoj okolini, dakle van zatvorske ustanove.¹⁶

Po drugom shvatanju, pod alternativama kazni zatvora smatraju se sankcije nezatvorskog karaktera izrečene od suda, kad isti ocijeni, s obzirom na okolnosti subjektivne prirode (ličnost učinioca) ili objektivne prirode (djelo i okolnosti pod kojima je izvršeno), da je opravdanije izreći neku nezatvorsku mjeru.¹⁷

Po trećem shvatanju, pod alternativama kazne zatvora smatraju se mjere kojima se otklanja mogućnost izricanja kazne zatvora delinkventu, kako bi se izbjegli njegovi negativni efekti, pod uslovom da sud procijeni da takva mjera odgovara prirodi i težini krivičnog djela, ličnosti učinioca i stepenu opasnosti koju je pri njegovom vršenju ispoljio.¹⁸

Što se tiče strukture tih alternativnih mjera koje poznaju savremena zakonodavstva, njih uglavnom možemo podijeliti na tri grupe:

1. One kojima se samo modifikuje izvršenje zatvorskih kazni;
2. Alternativne sankcije koje se razlikuju od kazne zatvora;
3. Mjere kao supstituti kazne.

Od ovih mjera treba razlikovati one koje su više procesni instituti, kao što su skretanje krivičnog postupka (diversion), odloženo gonjenje i slično, kojeg poznaju neka procesna zakonodavstva.

¹⁵ Dr Milanka Vešović: Alternative kazni zatvora u francuskom i engleskom krivičnom pravu, Pravna misao, br. 5-6, 1989. godina, str. 31-42

¹⁶ Dr Đorđe Ignjatović: Savremeni oblici zamene kazne zatvora, Pravni život, br. 9, 1996. godina, str. 420.

¹⁷ A. Vass: Alternatives to prison Ounishment, Custody and Community, London, 1990. godina, str. 420.

¹⁸ Norman Bishop: Non custodial Alternatives in Europe, Helsinki Institute for Crime prevention and control affiliated with the United Natons, Helsinki, 1988. godina, No 14, str. 44.

4. Trend humanizacije kaznenog sistema i postepenog uvođenje širokog spektra alternativnih krivičnih sankcija i krivično pravnih mjera opšteprihvaćen je u savremenom krivičnom zakonodavstvu. Taj proces negdje se odvija brže, negdje sporije, u zavisnosti od više faktora socio-ekonomske i društveno-političke prirode, ali je u svakom slučaju evidentan, kao što je, uostalom, ova tematika aktuelizovana u širokim naučnim i stručnim krugovima. Od momenta kada su se pojavile prve ideje o potrebi sužavanja primjene kazne zatvora i uvođenju krivičnih sankcija i krivično pravnih mjera koje bi bile alternativa kratkotrajnoj kazni lišenja slobode, u teoriji se počelo govoriti o dobrim i lošim stranama tih alternativa, odnosno problemima koji se javljaju u procesu ozakonjavanja i sprovođenja u život pomenutih sankcija i mjera.

Iako je gotovo opšteprihvaćen stav u teoriji i zakonodavstvu da je jačanje i oplemenjivanje sistema alternativnih krivičnih sankcija nešto što je neophodno i u duhu humanizacije i zaštite osnovnih čovjekovih sloboda i prava, ne treba gubiti iz vida i određene ekstremne stavove po tim pitanjima koji su dosta rijetki, ali ipak prisutni.

Tako se ne možemo složiti sa abolicionistima koji se zalažu za potpuno ukidanje krivičnog prava i kazne, ali isto tako se ne možemo složiti ni sa određenim strujama u krivično pravnoj teoriji koje i dalje stoje na pozicijama zaslužene kazne i retribucije kao osnova pravde i pravičnosti.¹⁹

Dakle, kao što smo već istakli, alternativne krivične sankcije našle su plodno tle u savremenom krivičnom zakonodavstvu i sastoje se prvenstveno u mjerama pomoći i podrške osuđenom licu kojima se žele izbjeći negativni efekti kazne lišenja slobode. Činjenica da se uvođenjem alternativnih sankcija i mjera, ako ne izbjegava, ono makar znatno sužava primjena kratkotrajne kazne zatvora, može se navesti kao prvi argument u prilog opravdanosti uvođenja pomenutih mjera u krivična zakonodavstva.

Međutim, ne znači da široka primjena alternativnih sankcija nužno vodi smanjenju institucionalizacije i primjene kazne lišenja slobode. Karakterističan primjer je Italija, gdje je sedamdesetih godina kriminalna politika vođena na bazi intenzivne deinstitucionalizacije i primjene alternativnih sankcija i mjera, što je u narednim decenijama rezultiralo ponovnom aktuelizacijom primjene kazne zatvora.²⁰

No, u kakvoj je korelaciji primjena alternativnih sankcija u odnosu na primjenu kazne lišenja slobode, zavisi od više već pomenutih faktora i različita je od države do države.

Ono što je veoma bitno istaći kada govorimo o alternativama zatvoru, jeste da se radi o sankcijama i mjerama čije je izricanje u naležnosti suda, što bi trebalo da bude garancija pravednog kažnjavanja, jednakosti pred zakonom i zaštite od

¹⁹ Heike Jung: *Criminal Justice-A European Perspective*, Criminal Policy Making, str. 526.

²⁰ Massimo Pavarini: *The New Penology and Politics in Crisis, The Italian Case, The Sociology of Punishment*, str. 513.

могућих злоупотреба. Широке могућности избора адекватне алтернативне санкције или мјере које суду стоје на raspolaganju, пружају могућност потпунијег остваривања начела индивидуализације кривичних санкција, те бољег прилагођавања исте потребима и специфичним својствима учиниоца кривичног djела.²¹

Од осталих аргумената који се веома често наводе у прилог алтернативних санкција и мјера, треба поменути њихов хумани карактер, те чињеницу да су прилагодљиве појединим категоријама делинквената и што суду пружају ширу могућност избора адекватне кривичне санкције. Осим тога њиховом примјеном се смањују ефекти затворске пренатрпаности, чиме се затворским установама остављају боље перспективе у спровођењу адекватног третмана над осуђеничком популацијом, имајући у виду да велики број затвореника отежава реализацију одговарајућег третмана.

Економска исплативост алтернативних мјера у односу на казну затвора, такође се наводи као значајна предност ових санкција.²² Почетком овог вијека економски и социјални услови радикално се мијенјају, тако да у тим новонасталим релацијама, институционални третман потпуно губи сврху и не производи ништа друго сем финансијску кризу коју држава тешко подноси.²³

5. У критикама алтернативних санкција и мјера полazi се, прије свега, од њихове неправилне примјене и злоупотреба и проблема који могу настати у таквим случајевима. Наиме, појам и суштина алтернативних кривичних санкција још увијек су недovoljno јасно дефинисани. Стога, они који их примјенјују или би требало да их примјенјују, не шватајући њихову праву суштину и сврху, гријеше при избору појединих алтернативних рјешења, па и када их користе, користе их погрешно или их уопште не примјенјују, што је чест случај у нашој судској пракси. Неправилна примјена алтернативних рјешења огледа се и у њиховом коришћењу тамо гдје се, иначе, не би изрекла казна затвора. Овим се долази до извјесног парадокса да се алтернативним санкцијама које у принципу имају за циљ редукцију употребе казне лишења слободe, њиховом неправилном примјеном у ствари остварује супротан ефекат. Ово на начин што неадекватан избор алтернативне санкције доводи, у крајњој линији, до изрицања казне затвора, чак у дужем трајању него што би то првобитно био случај.²⁴

Негативне карактеристике алтернативних мјера могу се испољити у њиховој преширокој и неконтролисаој употреби, што води неограничеој социјалној контроли. Широка социјална контрола и спровођење третмана у друштвеној заједници се показује оправданим и cjelishodnim ако се реализује правилно и у складу са суштином и сврхом алтернативних мјера.²⁵

²¹ Robertson-Taylor: *Deviance, Crime and socio-legal Control-Comparative Perspectives*, 1973. година, стр. 43.

²² Antony A. Vass: *Op.cit.*.....стр.34.

²³ Dr Vlado Kambovski: *Op. cit.*.....стр. 212.

²⁴ Dr Nataša Mrvić-Petrović, dr Đorđe Đorđević: *Op.cit.*.....стр. 207.

²⁵ Stanley Cohen: *The punitive city, Muncie/Mc Laughlin/Langan, Human right and crimes of the state.*

Алтернативне санкције и мјере доживљавају критике и са аспекта остваривања начела законитости и једнакости грађана пред законом. У том смислу им се замјера да не обезбјеђују једнакост кажњаванја, с обзиром да се ослањају на критеријум степена друштвене опасности учиниоца кривичног djела и потребе за његовом ресоцијализацијом, што је веома тешко утврдити. Посматрано са овога становишта, казна потпуно губи концепт рејутивне кривичне санкције. Према томе, ако се приликом избора кривичне санкције превашодно води рачуна о опасности учиниоца кривичног djела и његовој кривци, онда би изрицање казне затвора у конкретном случају значило да се и затвор као казна изриче због опасности учиниоца, чиме губи своје рејутивне елементе и прераста у превентивну санкцију налик мјерама безбједности.²⁶ Овим швтанјима се на одређени начин рејутализује концепт заслужене казне и казне сразмјерне учињеном кривичном djелу.²⁷ Алтернативне кривичне санкције су тако регулисане да судији остављају на располaганју могућност, да по свом слободном судијском увјеренју, одлучи за коју ће се врсту и висину санкције опредјелити, дакле коју ће санкцију изрећи, колико ће она трајати, под којим ће се условима издржавати итд.

Овако концептуално постављен систем прописивања и изрицања алтернативних санкција и мјера, поједине теоретичаре наводи на помисао да правда и једнакост осуђених лица није на најбољи начин задовољена, па се траже путеви и начини превазилажења поменутих проблема кроз изналажење складнијег начина рангирања алтернативних санкција и мјера уз вођење рачуна да се њихово изрицање претежно ослања на тежину кривичног djела и уопште објективне критеријуме приликом кажњаванја.²⁸ Наведени ставови налазе утемељење у неким ранијим швтанјима појединих школа кривичног права које су идеал правде и правичности видјели у заслуженој казни односно казни сразмјерној учињеном кривичном djелу, не водећи при том много рачуна о самом учиниоцу кривичног djела и његовом односу према djелу које је починио. Водило се рачуна да се задовољи друштвени осјећај правичности, а учинилац кривичног djела бива занемарен.

6. Осврћући се на претходно изнесене ставове, сматрамо да се широком примјеном алтернативних рјешења ипак не задире у начело законитости и једнакости грађана пред законом, а чињеница да је у фокусу алтернативних мјера учинилац кривичног djела, а тек потом и само кривично djело које је он извршио, не утиче на крајњу консеквенцу која би пореметила равнотежу тројног узјамног односа између санкције сразмјерне тежини кривичног djела, опасности учиниоца и једнакости грађана пред законом оличеној у задовољењу колективног осјећаја друштвене правичности.

Један од приговора који се стављају алтернативним санкцијима и мјерама јесте њихова неефикасност у процесу заштите друштва од криминалитета. Проблем неефикасности настаје, мишљења су поједини аутори, из разлога што се од самог њиховог увођења у

²⁶ Vincenzo Ruggiero: Flexibility and Intermittent Emergency in the Italian Penal System, Western European Penal Systems, str. 62.

²⁷ Von Hirsch: Doing Justice, Hilland Wang, New York, 1976. година, str. 66.

²⁸ Dr Gordana Lažetić-Bužarovska: Alternativi za zatvorot, Skoplje, 2003. година, str. 58.

krivična zakonodavstva mnogo očekivalo.²⁹ Dakle, postavljali su se nerealni zahtjevi i očekivalo se mnogo, a da se prethodno nisu obezbijedili organizaciono tehnički i drugi uslovi za efikasnu primjenu alternativnih mjera. Upravo ova neusklađenost između preambiciozno postavljenih ciljeva i nastojanja da se oni ostvare u postojećim kriminalno političkim i društvenim uslovima dovode do, možda, ipak pogrešnih zaključaka o neefikasnosti alternativnih krivičnih sankcija. Ovo se pogotovo odnosi na naše zakonodavstvo i sudsku praksu, gdje je taj jaz između postavljenih ciljeva u politici suzbijanja kriminaliteta i postojećih uslova za primjenu alternativnih rješenja, naročito izražen.

Alternativnim sankcijama i mjerama se zamjera i to što ipak predstavljaju izvjesni stepen stigmatizacije za učinioca krivičnog djela, iako su uvedene upravo da bi se dobrim dijelom izbjegla stigmatizacija koju povlači kazna lišenja slobode. I ovaj prigovor možemo smatrati neopravdanim, ako se ima u vidu kakve posljedice po socijalni i porodični status ima kazna zatvora, a kakve posljedice povlači izvršenje alternativnih sankcija i mjera. Koje i kakve su to posljedice već smo govorili u prethodnim dijelovima rada, a jasna slika se dobija prostim upoređenjem.

Ono što se navodi kao problem u procesu implementacije alternativnih rješenja, a smatramo da to zaista jeste problem, jesu fiskalne, konceptualne i tehničke teškoće, u tom procesu. Fiskalni problem odnosi se na nedostatak potrebnih finansijskih sredstava za obezbjeđivanje adekvatnih uslova za sprovođenje pomenutih mjera. Tehnički problemi se ogledaju u nedostatku potrebnog kadra, prostora i razvijenog informativnog sistema za organizaciju i ostvarivanje postavljenih ciljeva, a konceptualni problemi su vezani za prihvatanje ili neprihvatanje alternativnih krivičnihopravnih mjera od strane osuđenog lica, budući da se za izricanje većine pomenutih mjera traži pristanak osuđenika.³⁰ Osim navedenih prigovora alternativnim sankcijama i već uobičajenih zamjerki, kao što su, da ne dovode do smanjenja zatvorske populacije, da nisu podesne za pojedine kategorije delinkvenata, najčešće se ističe kao poseban paradoks da alternativne sankcije i mjere, iako ustanovljene u nastojanjima da se izbjegne kazna zatvora, u krajnjoj liniji dovode do kazne zatvora, što je negacija njihove osnovne svrhe. Na taj način, indirektno, zatvor postaje alternativa zatvoru, što je u najmanju ruku iracionalno.

No, bez obzira na prethodno iznesene kritike i opovrgavanja vrijednosti alternativnih krivičnihopravnih rješenja, činjenica je da alternativne sankcije i mjere nezadrživo napreduju.

Stoga se ne postavlja pitanje da li smo za ili protiv pomenutih mjera, već kako i na koji način obezbijediti uslove neophodne za njihovu što efikasniju realizaciju. U tim nastojanjima pokušavaju se dati odgovori na mnoga pitanja, a pojedini autori daju svoja konkretna viđenja ovog problema. Tako Joutsen i Bishop kažu da se ovom

²⁹ Joan Petersilia: *Community Corrections-Probation, Parole and Intermediate Sanctions*, Oxford University Press, London, 1998. godina, str. 12.

³⁰ Dr Gordana Lažetić-Bužarovska: *Alternativi za zatvorot.....*str. 66.

prilikom trebaju riješiti tri problema. Prvi je pravilan izbor adekvatne alternativne mjere, na osnovu precizno postavljenih kriterijuma, definisanih upravo u ovu svrhu. Drugo, treba riješiti problem saradnje suda sa službama nadležnim za izvršenje ovih sankcija, kao i odnos njihovog međusobnog povjerenja. I treće, potrebno je urediti kriterijume na osnovu kojih će se alternativne sankcije i mjere pojavljivati kao alternative zatvoru, a ne alternative alternativama, koje će se međusobno isključivati.³¹

Pošto je opštepoznata činjenica da novi instituti uvedeni u zakonodavstvo, bar kad je riječ o našoj stvarnosti, teško probijaju put do šire primjene (kao što je, na primjer, sada situacija sa kaznom rada u javnom interesu), ne treba odmah ishitreno davati ocjene o njihovoj opravdanosti, jer je svakom novom institutu, pa i alternativnim sankcijama i mjerama, potrebno relativno duže vrijeme da se u praksi dokažu i potvrde.

³¹ Joutsen and Bishop, citirano po dr Vlado Kambovski: op.cit...str. 216.

ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS IN LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS, JUSTIFICATION AND CRITICISM

Summary

Improving existing and introducing new alternative criminal sanctions in modern criminal law is the result of a number of recommendations by international organizations and associations concerned with this issue. The United Nations, through its Congress passed a number of resolutions which were the basis for the introduction and promotion of alternative criminal sanctions. Also, the standards relating to alternative criminal sanctions are contained in certain documents issued in the form of resolutions adopted by the Council of Europe. In general, alternative criminal sanctions have their own multi-justification especially when it comes to alternatives of short-term imprisonment sanctions. However, some opinions appear to be critical to certain criminal sanctions and criminal legal measures that fall into this group.

Keywords: *Alternative criminal sanctions, international standards, justification for alternative sanctions.*

*Crescentem sequitur cura pecuniam.
Maioramque fames* - Што се
више новца има, већа брига и
већа је глад за њим” (Хорације)

КРАТАК ОСВРТ НА *CRIMEN REPETUNDARUM* - КРИВИЧНО ДЕЛО ПРИМАЊА МИТА, ЗЛОУПОТРЕБЕ ПОЛОЖАЈА, НЕЗАКОНИТЕ НАПЛАТЕ... У РИМСКОМ ПРАВУ

Доц. др Наташа Деретић*

Апстракт: *Примање мита, злоупотреба положаја, незаконите наплате, изнуде и слична дела, данас се сврставају у појаве корупције. Мала је утеха да је корупција постојала “откако је света и века” и да је угрожавала све државе, како Старог века, тако и државе Средњег и Новог века. Разне форме подмићивања међу људима задржале су се до данашњих дана, с том разликом што су данас усавршени нови појавни облици корупције, који се врше на перфиднији начин и теже се могу открити.*

Подсетићемо се укратко, како су Римљани решавали појавне облике корупције. Појам *repetundae* се у римском праву односи на кривично дело изнуде, примања мита, незаконите наплате и свако стицање имовине на незаконит начин, која су у обављању своје функције чинили магистрати или управници провинција. Назив за такво кривично дело потиче од речи *repetere* – *натраг тражити, вратити*, што је даље значило да се новац стечен на овај начин могао *натраг захтевати*. У том духу гласи и одредба из *Дигеста*: “*На који начин стичемо, на исти, али супротан, ћемо изгубити*”.¹ Делатношћу претора и правника, ово дело је проширено и на случајеве злоупотребе дужности тадашњих службеника, подмићивање судије, врбовања гласача од стране кандидата за поједине магистратске функције, гласања у Сенату или скупштини за одређени предлог због примљеног мита и сл. Наведени појавни облици корупције, познати у Римском праву, издвојили су се у тзв. службена кривична дела, много касније, тек у кривичним законима XIX века.

* Доц. др Наташа Деретић, Правни факултет у Новом Саду

¹ Кратак осврт на *Crimen repetundae* - Кривично дело примања мита, злоупотребе положаја, незаконите наплате... У римском праву *Pauli Dig. 50.17. 153: Quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium amittimus*

Кључне речи: друштвена криза, морал, примање мита, изнуда, злоупотреба положаја, куповина гласова...

УВОД

Као и све државе Старог века, тако и Римска држава познаје феномен корупције која се тичала рада магистратура, јавних служби у Риму, али и особа које су обављале те функције (конзули, претори, цензори, едили, квестори, плебејски трибуни). Иако је магистратура типича републиканска установа, она је формално постојала и у принципату, када ће постепено изгубити свој значај и улогу, док се у доминату своди само на скуп почасних звања.

Са освајањима и ширењем Римске државе, са повећаном експлоатацијом и заоштреним класним сукобима, злоупотребе државних чиновника којих је све више, постају све чешће, и може се рећи да постају масовна појава. То се нарочито дешавало пред крај Републике и у доба Царства, када експлоатација достиже свој врхунац. Римски облици корупције (злоупотребе положаја, пријем поклона и изнуда) (*crimen repetundae*), били су у тесној вези са друштвеном стварношћу римског царства када је оно, на врхунцу своје моћи, заборавило на основне вредности сваког правог Римљанина старог кова – а то је био *virtus*, самопрегор, поштење, чему је све било подређено. Припаднике робовласничке класе и високе чиновнике Римске државе у то време – обузела је била похлепа за богатством и раскошним животом. Разлог за то треба тражити у римским освајањима других територија, у контактима са другим народима, у настојању да се стекну повољније позиције у државној хијерархији. За исказивање своје моћи, за приређивање игара, лагодног и раскалашног живота, као и ради придобијања бирача, владајућем слоју људи требало је све више финансијских средстава. Свестан колику моћ има новац, највећи говорник, политички мислилац и писац Рима - Цицерон (рођен 106. год. п. н.е.) је упозоравао да “ништа није тако свето да не може бити укаљано новцем, нити је ишта тако чврсто да се не би могло новцем освојити”.²

Уобичајено је да се у појавне облике корупције у римском друштву убрајају: *подмићивање, злоупотреба положаја, незаконите наплате, врбовање гласача, гласање у Сенату или скупштини за одређени предлог због примљеног мита.*

² Cicero, In Verr. 1.2.4.: *Nihil esse tam sanctum, quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia possit.*

1. Подмићивање

Сигурно средство, посебно у провинцијама, за богаћење појединаца, у кратком временском периоду било је подмићивање. Ту појаву познаје још Закон XII таблица (450-451. п.н.е.) и њиме је била предвиђена смртна казна за судију или арбитра који је намерно погрешно пресудио, тј. ако би се утврдило да је примио новац (био подмићен) због ствари коју је требало пресудити.³ Смртна казна је стизала и лице које је лажно сведочило пред судом, јер је било подмићено.⁴ Занимљиво је да, иако поменути закон слови за прву примитивну кодификацију, њиме је било предвиђено да се над делинквентом неће извршити одмазда, све док се у одговарајућој процедури не утврди његова одговорност. О томе су одлучивали магистрати (на основу свог империјума) или скупштине, које су налагале образовање одговарајућег суда који ће утврдити чињенично стање. Касније, око 120. год. п.н.е, у Риму је био установљен и стални кривични суд који се искључиво бавио том врстом злоупотреба, јер многобројни закони који су се бавили овим видом корупције нису били делотворни.

У изворима је остало забележено да је због неспособности и корумпираности римских војсковођа у рату са германским племенима, први пут подигнута оптужба на основу *lex Appuleia* (око 103. год. п.н.е.) због нарушавања “достојанства римског грађанина” (*maiestas populi Romani*). То је био један од тежих деликата у старом римском праву; кажњаван је чак и смртном казном.⁵

Када су у посткласичном периоду, судским поступком почели да руководе обични чиновници (који заузимају најнижа места у државној хијерархији), пословична поткупљивост тих службеника изражавана је узречицом: “У Риму се може све купити”.⁶ Ништа се боље није понашала ни највиша бирократија која је окруживала императора. Та највиша бирократија је представљала затворени друштвени слој у који су искључиво по вољи императора били примани припадници богатих слојева сенатора, односно империјске земљишне аристократије. Њихова самовоља, подмитљивост, грубост и нестручност имали су за последицу јачање корупције. Посебно је њихов велики утицај на императора послужило као извор великих прихода.

Чести случајеви корупције судија у посткласичном добу, приморали су императоре “да у сваком спору захтевају заклетву странака да судију нису

³ Tabula IX. 3. *Gellius* (20,1,7.): Duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem (i)udic(а)ndum pecuniam acceperisse convictus est, capite poenitur?

⁴ Поменути закон који у највећем делу третира питања приватног права, иначе познаје више врста казни: исплата новчаног износа (често вишеструког), губитак части (инфамија), затварање (окивање ланцима), бичевање, талион, претварање у роба, прогонство (*aquae et ignis interdictio*), смрт (бацање са Тарпејске стене...).

⁵ Наведено према: Бујуклић Ж., *Форум Романум*, Београд, 2006, стр. 399.

⁶ Пухан И., *Римско право*, Београд, 1977, стр. 99.

подмитиле”.⁷ Пријем поклона представљао је кажњиву радњу за чиновника ако је тим пријемом увећавана имовина примаоца. Чак и куповина која је према висини накнаде суштински водила ка поклону, представљала је кривично дело.

Занимљиво је да и поред повећане корупције, у класичном и посткласичном праву казне за судију су биле нешто ублажене. Судија је, по правилу, одговарао за накнаду штете, јер тада још увек није постојала могућност улагања жалбе. Оштећена страна није још увек имала право жалбе, али је зато могла лично од судије да наплати штету. Накнада је зависила од слободне оцене судије, који је решавао по тужби оштећеног и досуђивао му правичну надокнаду.⁸ Казна за ово дело била је конфискација дела или читаве имовине; поред тога осуђени није могао обављати магистратску дужност, као што није могао бити сведок на суду.

Улпијан у десетој књизи ”Коментари едиката” говори о ситуацији да ”ако за било кога кажу да је узео новац да би у сврху шиканирања нешто учинио или да не би учинио (тј. наудио другоме тиме што би извршио или не би извршио (испунио) било коју обавезу – онда је у току годину дана против те особе дозвољена тужба која је омогућавала исплату четвороструког износа своте новца за коју се тврди да ју је примио, а након истека године дана - у једноструком износу”.⁹ Помпоније пише да се ”ова тужба не односи само на случајеве узимања новца, већ и на кривична дела о корупцији, где је посебно одговоран онај који је узео новац за обављање или необављање посла преко других лица”.¹⁰ При томе ”одговара и онај који је узео новац пре или после почетка процедуре”.¹¹ Стављајући на стуб срама оног ко је примио новац да би за некога обавио посао, а не и оног ко је дао новац за то, римско право се показало ефикаснијим од данашњег позитивног права, где одговарају обе стране: и онај ко је примио и онај ко је дао новац.

Међу класичним правницима који говоре о онима ”који су на било који начин добили корист од супротне стране или било ког другог”¹² – треба поменути Улпијана који у десетој књизи ”Коментара едиката” инсистира на чињеници да ”сноси одговорност онај ко је добио корист да би завршио посао

⁷ Nov. 124, 1.

⁸ Dig. 50.13.6: Si iudex litem suam fecerit, ...et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

⁹ Dig. 3.6.1: De calumniatoribus: Ulpianus *libro decimo ad edictum* In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum simpli in factum actione competit.

¹⁰ Dig. 3.6.1.1: Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica criminali pertinet Pomponius scribit, maxime cum et lege repentinarum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit.

¹¹ Dig. 3.6.1.2: Qui autem accepit pecuniam sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur.

¹² Dig. 3.6.3: Ulpianus libro decimo ad edictum. Et generaliter idem erit, si quid omnino compendia sensit propter hoc, sive ab adversario sive ab alio quocumque.

(поступак); небитно је да ли је завршио поступак или не; одговара и онај ко је узео било шта с тим да убудуће тако не би радио иако је већ то урадио”.¹³ По том едикту ”одговара и онај који је био у договору, а он се сматра срамним завереником (који је главни у договору)”.¹⁴ При томе је важно указати на околност да онај који даје новац да би допустио да други уради незаконито дело, не може да тражи повраћај новца, јер је он поступао срамно. У вези са реченим, у једној одредби Дигеста стоји да: ”ако је неко добио од тебе новац да би завршио посао на моју штету, а од мене добио новац да не би урадио на моју штету, онда је он одговоран према мени по двама тужбама (двоструко)”¹⁵.

2. Злоупотреба положаја

Највеће злоупотребе положаја чинили су свакако поједини *римски владари* како би се докопали што више богатства. Они су, између осталог, спроводили проскрипције - праксу која се састојала у објављивању на Форуму званичног списка особа које се стављају ван закона, чиме се омогућује свакоме да их уз одговарајућу награду убије, а да се имовина проскрибованих заплени у корист државе. Проскрибовани нису имали право жалбе, тако да је ово био ефикасан начин не само елиминације политичких противника, већ и стицања позамашних материјалних средстава конфискацијом имовине проскрибованих.¹⁶ Наравно, такве злоупотребе власти нису биле кажњиве.

Без обзира што је Август био успешан војсковођа и добар владар (јер је народу обезбедио дужи период мира), чињеница је да је он стекао апсолутну власт, чија је неизбежна последица била апсолутна корупција. Август је ширио свој чиновнички апарат који је за разлику од старог био плаћен, сталан, њему подређен. Огромно богатство које се гомилало у рукама припадника владајућег слоја, допринело је томе да се они све мање интересују за државне и јавне послове, што је за њих вековима било најважније. Они су својим раскалашним

¹³ Dig. 3.6.3.1: Si igitur accepit ut negotium faceret, sive fecit non fecit, et qui accepit ne feceret etsi fecit, tenetur.

¹⁴ Dig. 3.6.3.2: Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus est: depectus autem divitur turpiter pactus.

¹⁵ Dig. 3.6.3.3: Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit: sed ei dabitur petitio, propter quem datum est ut calumnia ei fiat. Quere si quis et a te pecuniam accepit, ut mihi negotium faceret, et a me, ne mihi faceret, duobus iudiciis mihi tenebitur.

¹⁶ С проскрипцијама је први почео диктатор Сула (82-79 пре н.е.), на темељу *lex Cornelia de proscriptione* из 82. године пре н.е., а прогони су настављени касније, нарочито за време триумвира Марка Антонија, Лепида и Октавијана. Један од многих умних људи који је је на себе навукао мржњу неистомишљеника био је и већ помињани Цицерон. Он је почевши од бављења адвокатуром, остварио бриљантну каријеру: од едила 69. год. пре н.е., преко претора 66. до конзула 63. године пре н.е.. Након што је вратио из прогонства (у чему је удела имао и Цезар), окончао је тако што је приликом проскрипција 43. године стављен на листу проскрибованих када су га војници убили.

и распусним животом утицали и на обичне људе да мењају старе обичаје живљења. Злоупотреба положаја је у тесној вези са бирократизацијом државе, када чиновништво (које се регрутује из реда сенатора и ослобођеника) постаје све бројније и утицајније. Злоупотреба положаја ће постати кривично дело тек када је заживела установа одговорности и полагања рачуна римских чиновника по истеку мандата – функције, на коју су изабрани за вршење појединих послова. По престанку вршења службе, магистрати и остали чиновници били су дужни да положе рачун и одговарали су у року од године дана по завршетку службе за све неправилности учињене у њој. За преиспитивање њиховог рада имало је довољно времена, јер до њиховог поновног кандидовања за следеће магистратско звање морало је протећи најмање две године.

Злоупотребу положаја чинио је и *цензор* када је, уз име римског грађанина, приликом пописа грађана који се обављао сваке пете године - неосновано, уписивао тзв. цензорску белешку (*nota censoria*), без претходне провере. С обзиром да су одлуку о уношењу белешке цензори спроводили без посебне процедуре, само на основу својих личних сазнања и општег става јавног мњења, нису били ретки случајеви да неко буде проглашен инфамним захваљујући гласинама, које су ширили њему непријатељски наклоњени појединци: да се огрешио о правила војне службе или је био подмићен или се бавио раскалашним животом. С обзиром да ”гласина (клевета) расте тихо и високо као дрво”¹⁷ - губљењем части и угледа услед уношења цензорске белешке (*ignominia*), појединци су извргавани порузи, срамоти. Морално дисквалификовани, без могућности да се бране, сасвим су лишавани политичких права (*ius suffragii*), отпуштени су из војске (*ignominiosa missio*) чиме су били онемогућени да напредују у војсци, нису могли бити изабрани за арбитра, нити су могли да заузму висока почасна звања - до следећег пописа.

Жртва непроверених гласина била је често и категорија инфамних лица сврстана у *turpes personae* (глумци, гладијатори, проститутке, удовице које нису испоштовале ”време за жалост” (*turbatio sanguinis*), расипници). Цензор је у улози ”моралних критичара” и уз њихово име уписивао цензорску белешку (*nota censoria*). Стављањем наведене белешке цензори су могли да искључе појединца из Сената, да га онемогуће да постане татор, да му ускрате могућност сведочења на суду, а исто тако могли су грађанина преместити у нижу центурију или трибус (уместо у сеоски био би премештен у градски трибус).

У класичном и посткласичном периоду, злоупотребу положаја учинио би и *гувернер провинције* уколико би закључио брак са женом из те провинције. Разлог за такву забрану треба тражити у тежњи да се сачува римско-италски елеменат у вишим слојевима друштва, како би се римски грађани сачували од ”прилива туђе ропске крви”.¹⁸ Није само због тога државна служба била

¹⁷ “*Fama. Crescit acculto velut arbor eavo*” - говорио је Хораације (Horatius / Carm. 12, 45)

¹⁸ Светоније Т., *Дванаест римских царева*, превод: Хосу, С., Загреб, 1978, стр. 34.

сметња за закључење брака, већ се веровало да гувернери могу постати мање послушни према држави коју представљају и чије је интересе требало да штите. Ми би данас рекли да се стрепело да ће гувернеру ”тазбина бити преча од интереса римске државе”.

Против појава злоупотребе положаја интервенисало се најпре подношењем *приватних тужби*, на шта указују неки извори. На основу приватне тужбе оштећених које су они подносили цивилном суду, обезбеђивала се обична накнада штете. У циљу ефикаснијег поступања по овим тужбама, донет је посебан закон *Lex Calpurnia* којим је установљен један стални одбор Сената под управом претора; нека врста прве сталне комисије (*Quaestio perpetua*) задужене за питања накнаде штете оштећеним странама. Касније је донет још један закон (*Lex Servilia*) који је за учиниоца злоупотребе предвидео две врсте санкција: обавезу да надокнади штету у двоструком износу као и губитак политичких права. Интервенисало се и кроз поступак назван ”судска истрага” (*quaestiones*). Поступак је вођен за крупне преступе у политичким споровима названим *pecuniae repetundae* – примање мита на рачун провинције или због покушаја да се онемогући кандидовање на изборима за магистратуру – изборни преступи.

3. Незаконите наплате

Паул у десетој књизи ”Коментари едиката” наводи да ”ако је неко ослобођен од обавезе, онда он има исти положај као и онај који је узео новац, односно као онај који је новац добио на поклон, или је ствар добио на зајам или је ствар продана у бесцење. Није важно да ли је он сам узео новац или је наредио да се новац проследи било коме другом, или је одобрио узимање новца у своје име”.¹⁹ Очито је, да је и ово ”злонамерно отпуштање дуга” од стране адстипулатора (споредног повериоца) које је учињено с намером да се оштети главни поверилац, такође спадало у злонамерно нарушавање туђег права - у конкретном случају главног повериоца. ”Споредни поверилац који злонамерно поступа осуђиван је да плати двоструку вредност опроштеног потраживања”.²⁰

Свако лице које је примило од другог новца да би лажним пријавама у приватним, кривичним или фискалним стварима узнемиравао одређену особу, сврставано је у приватном праву у *калумниатора* (клеветника). Да би се таква понашања предупредила, главно превентивно средство у приватном праву било је обавезно полагање *заклетве* (*iusiurandum*), коју је захтевао претор како

¹⁹ Dig. 3.6.2: *Paulus libro decimo ad edictum*. Quin etiam si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse: idemque si gratuita pecuniaria utenda data sit, aut minoris locata venditave res sit. Nec refert, ipse pecuniam acceperit an alii dari iusserit vel acceptum suo nomine ratum habuerit.

²⁰ Gai. Inst. 3, 215: Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actione constituitur.

би био сигуран да се спор не покреће само ради нечијег узнемиравања на суду (шिकанирања).²¹

”Конституција императора (Каракале) која се односи на Касија Сабина, забрањује давање новца судији или супротној страни у јавним, приватним или рискантним пословима и наређује да се прекине тај поступак. Може се поставити питање: ако је супротно лице примило новац (мито) са намером нагодбе ненасилно (без условљавања) – да ли важи или не важи наведена конституција. Сматра се да не важи као што не важи ни наведена тужба, јер се не забрањује нагодба, већ јавно изнуђивање”.²² Исто се подразумева ”да је узет новац и ако се узима нешто друго у замену за њега”.²³

4. Врбовање гласача од стране кандидата за магистратску функцију

Избори за магистратуре су се одвијали сваке године, тако да се непрекидно водила кампања придобијања гласача. Грађанин који је претендовао да буде изабран за обављање одређене магистратске функције (*candidus* - бео), за време предизборног периода појављивао се обучен у посебну белу тогу, праћен гомилом клијената, робова и пријатеља, да би агитовао за свој избор.²⁴ У *Commentariolum petitionis*, која се приписује Цицерону, имамо упуство за кандидате које нуди мноштво информација о методама које би кандидат требало да примени да би био изабран.²⁵ Ако је кандидат предизборну кампању спроводио на некоректан или незаконит начин, одговарао је за кривично дело, сврстано у посебан вид корупције - *ambitus*. Треба нагласити да има романиста који ово дело не сврставају у корупцију, тврдећи да су алтернативни начини прикупљања подршке гласача измишљени.²⁶

²¹ Gai. Iust. IV, 172: “...permittit praetor iusiurandum exigere non calumiate causa infitias ire...”

²² Dig. 3.6.1.3: Sed et constitutio imperatoris nostril, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causal item perire iussit. Nam tractari potest, si adversarius non per columniam transigendi animo accepit, an constitution cessat? Et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus.

²³ Dig. 3.6.1.4: Pecuniam autem accepisse dicemus etiam si aliquid pro pecunia accepimus.

²⁴ Да су у периоду ране Републике Римљани тек откривали могућности агитовања за поједине кандидате, као доказ може да послужи управо један закон из 432. год. пре н.е. (*lex de ambitu*) који је забрањивао бељење тога (одеће) оних који су били кандидати на изборима. Сама чињеница да термин *candidat* потиче од речи *candidatus* што значи ”онај који носи избељену тогу”, показује да овај закон није могао имати дуготрајни ефекат, констатује Mommsen, у *Römische Strafrecht, Berlin* (reprint Darmstadt), стр. 866.

²⁵ David J. M., Demougin S., Nikolet C., *Le “Commentariolum petitionis” de Quintus Cicéron. État de la question et étude*, ANRW I,3, Berlin/New York, 1973, стр. 234-177.

²⁶ Ову идеју заступа Wallinga Tammo, у чланку: *Ambitus in the Roman Republic*, SIHDA conference in Oxford, 1993. (чланак је објављен 1994. године у *Revue internationale des droits de l’antiquité*, Том XLI, стр. 413).

Иако је читав републикански период у знаку агитовања за римске изборе уз коришћење легалних и илегалних средстава, дискутабилно је која средства су била илегална? Да ли је то било врбовање гласача, подмићивање, давање поклона, чињење услуга, организовање бесплатних гозби, јавних игара и сл. Која је била казна? Ко је могао бити кажњен код куповина гласова, подмићивања (*largitio*), с обзиром да су кандидати за поједине функције, желећи да заштите и себе и оне чији су им гласови требали, тај посао обављали преко више посредника: први су ”уговарали” непоштени посао (*interpretes*), други су чували новац за ту сврху (*sequestres*), а трећи су обављали директну исплату (*divisors*). У разрешавању ових дилема, нека решења срећемо у *Rogatio Cornelia and lex Calpurnia de ambitu* из 67. године пре н.е.²⁷ Плебејски трибун *C. Cornelius* је предложио озбиљан закон са тешким казнама за учиниоце *ambitus*-а. Сенат је наложио конзулима да направе мање оштар закон, јер су се бојали да тешке казне не би имале смисла, а служиле би само да одврате сваког од тога да иступи као тужилац. Тако се конзулу Калпурнију Пизону приписује да је био иницијатор ”мање оштрих казни” за људе који су оптужени за *ambitus*: губили су своју магистратуру и своје место у Сенату; губили су право да се поново кандидују на исту функцију, али су и новчано кажњавани; осим кандидата, овај закон је кажњавао и *divorses*, трибусове благајнике...²⁸

Са опадањем моћи републиканског апарата власти, ”удварање гласачком телу и подела хране и новца плебсу”²⁹ све су чешћа појава. Као средства агитовања у жељи да се одобровоље градски плебс и сиротиња, поред давања поклона у виду вина и уља, новца, јавних obroка, кандидати за поједине функције су практиковали да организују и гладијаторске игре о свом трошку у складу са оном римском крилатицом ”хлеба и игара”. Због тога је Цицерон (као конзул), да би се спречио овакав вид манипулације, предложио закон (*lex Tullia de ambitu* из 63. год. пре н.е.) који кандидатима за неку магистратуру није дозвољавао да организују игре у години у којој су се кандидовали нити у години пре тога, осим ако нису били обавезни да то ураде на основу *ex testamento praestituta die*.³⁰ У супротном, овим законом су поништавани резултати избора магистрата који је две године пре кандидовања за магистратуру финансирао овакве игре.³¹ Током свог конзулства, Цицерон и у својим говорима, али и кроз

²⁷ Овим законом су учињене две важне новине у кривичним стварима. Прва новина се састојала у томе што је дозвољено свим грађанима покретање потупка (*actio popularis*) за велики број дела. Тиме је измењено дотадашње правило да тужбу може поднети само онај ко је лично погођен неким деликтом. Друга новина је била та што су овим законом уведени поротни судови за већину кривичних дела. Пороте су биране коцком са једног списка који је бројао неколико стотина људи.

²⁸ Видети опширније: Wallinga T., нав. дело, стр. 426.

²⁹ Станојевић О., *Римско право*, Београд, 2000, стр. 60.

³⁰ Cicero, in Vat. 37.

³¹ Још у доба ране републике разне мере за сузбијање злоупотреба током предизборне кампање сведоче о томе да су такве малверзације постојале. Колико је било важно предупредити подмићивање и врбовање гласача, произилази из околности да је донето неколико закона који регулишу

своје законе указује на последице *ambitus*-а. Поменути закон кажњава нобиле који су осуђени за наведено дело, тако што бивају протерани на 10 година.

Пред крај републике (траје од 509. године пре н.е. до 27 године пре н.е.) донето је низ закона како би се спречиле изборне злоупотребе. Тако, да би се спречило недолично понашање према бирачима, донет је *Lex Acilia Calpurnia* (67. год. пре н.е.) који је високим новчаним казнама, искључењем из Сената и доживотним лишавањем звања, утицало на свест кандидата да прекину са недоличним понашањем. *Lex Licinia de sodalities* из 55. год. пре н.е. кажњавала је организовани облик корупције уз помоћ плаћених појединаца. И *Lex Pompeia de ambitu* из 52. год. пре н.е. донет је с превасходним циљем да се спрече изборне злоупотребе; казне које је предвиђао биле су врло оштре. *Lex Iulia de ambitu* из времена Августа (18. год. пре н.е.) искључује са јавних функција на пет година оне који су оптужени за подмићивање. Десет година касније, Август је донео још један закон којим је допунио претходни, уводећи обавезу полагања новчаног депозита пре отпочињања кампање, који се не враћа уколико се докаже корупција. Уколико би неки кандидат применио силу према гласачима, осуђиван је на прогонство (*aquae et ignis interdictio*).³²

5. Гласање у сенату или скупштини за одређени предлог због примања мита

Пуноправни римски грађани имали су активно (*ius suffragi*) и пасивно бирачко право (*ius honorum*). Активно бирачко право (право гласа) је омогућавало римским грађанима (касније су то право добијали и поједини савезници римског народа) да гласају у скупштинама приликом избора магистрата, приликом усвајања законског предлога (*rogatio*) или да гласају поводом одређених пресуда (*provocatio ad populum*)³³. Пасивно бирачко право била је могућност римског грађанина да се такмичи за магистратску дужност, односно, ако буде изабран и да обавља ту дужност (почасну јавну функцију)³⁴.

ту проблематику. О томе сведоче: *Lex Poetelia* (358. пр н.е) којим је забрањено подмићивање гласача и агитација током пазарног дана у граду или на сеоским вашарима; *Lex Cornelia Baebia* из 181. год. пре н.е. је предвиђала десетогодишњу забрану учествовања у кампањама оних који су осуђени на *ambitus*; Из времена Гаја Граха, 123-122. год. пре н.е. донет је *Lex Acilia repetundarum* који је као и закон из времена Цезара (*Lex Iulia repetundarum*) предвиђао да се ствар или новац стечен на овај начин могао натраг захтевати. Опширније: Бујуклић Ж., нав. дело, стр. 136-138.

³² “Забрана употребе ватре и воде” подразумевала је искључење из заједнице и забрану контакта са сународницима, губитак грађанства, конфискацију имовине, уз претњу смртном казном уколико се прогнани врати на римску територију.

³³ *Provocatio ad populum* је било право обраћања римског грађанина народу окупљеном на скупштинама с молбом да се преиспита одлука магистрата донета у кривичном поступку.

³⁴ У вези са пасивним бирачким правом (*ius honorum*) важан је закон из 180. год. пре н.е. (*lex Villia annalis*) који је касније допуњен обичајима, јер је њиме уведен редослед стицања магистратских функција (*cursus honorum*). Тако је кандидат за конзула морао пре тога обављати

Основна карактеристика римских скупштина је да се у њима при гласању не појављује грађанин као појединац са својим гласом, већ у оквиру групе којој припада, прво курије, а потом центурије и трибуси. Свака од наведених група вреди један глас, без обзира на број грађана које у себи укључује. Одлуке у скупштинама доношене су већином гласова у свакој од посебних група у којима су се грађани окупљали и потом њиховим укупним збрајањем. Од назива тих гласачких јединица (*curiae, centuriae, tribus*) настала су и имена појединих скупштина: *comitia curiata, comitia centuriata, comitia tributa*. Све оне имају различите основе на којима почивају. Тако куријатска скупштина почива на гентилној организацији која је претходила настанку државе, центуријатска скупштина почива на имовинском основу и старости појединца, док трибутска скупштина има за основ место становања и поседовање земљишта. Овај последњи критеријум (место становања и поседовање земљишта) значио је да је су грађани били уписани у 31 сеоски и 4 градска трибуса. Богатији слојеви су уписивани у сеоске трибусе (с обзиром да је припадност трибусу зависила од тога да ли неко има или нема земљишта), па су имали и много већи број гласова од сиромашних (беземљаша) који су били укључени углавном у градске трибусе. Римски магистрати су бирани на три гласачке скупштине. *comitia centuriata* је бирала конзуле, преторе и цензоре, *comitia tributa* је бирала курилске едиле, квесторе и војне трибуне, *concilia plebiis* (скупштине плебејаца) бирала је плебејске едиле. Процедуре гласања у *comitia tributa* и *concilia plebes* су биле практично исте. Да би био изабран, кандидат је морао да освоји 18 од 35 трибуса. У *comitia centuriata*, победник је био први кандидат иза чијег имена би стало 97 центурија³⁵, тако да, у сваком случају није било једноставно остварити већину гласова. Кандидат је морао бити сигуран да је фаворизован од стране гласача у довољном броју центурија или трибуса. У раном периоду Републике било је вероватно могуће да се придобије неопходна подршка неговањем политичких пријатељстава са људима који су имали велики број клијената. Кандидат без пријатеља на првом месту је морао напорно да ради да би добио неопходну подршку. У таквом окружењу не чини нам се нелогичним

дужност претора, а тој функцији требало је да претходи дужност квестора. Дужност квестора је била најнижа магистратура; тражило се да је кандидат провео у војсци десет година и да је имао најмање 27. година старости. Између обављања појединих магистратура морао је протећи размак од најмање две године и морао је бити испуњен услов у погледу година старости. Тако се за конзула тражило да има четрдесет и три године старости, а за претора да има четрдесет година старости. У принципату су сва та ограничења изгубила на важности. Опширније: Ромац А., *Речник римског права*, Загреб, 1975, стр. 266.

³⁵ Wallinga T., нав. дело, стр. 412; Према Ливијевом сведочењу (*Liv.* 1, 43) становништво је било организовано у 193 центурија. Коњички сталеж је формирао 18 центурија, а после њих је становништво сврстано у пешадијске јединице и подељено према богатству у пет разреда. Први разред је давао 80 центурија, други, трећи и четврти по 20, пети имовински разред давао 30, а остали су давали 5 центурија. Како су богатији грађани имали већи број центурија од сиромашнијих, а гласање за неку одлуку је почињало од првог имовинског разреда, неопходна већина је брзо постизана сагласношћу коњичког сталежа и грађана првог разреда...

да су кандидати за поједине функције прибегавали и алтернативним начинима прикупљања подршке гласача (агитовање, куповина гласова и сл.).

Право гласа се остваривало и у Сенату где су га могли остваривати само сенатори, мада је и међу њима постојала категорија којој је то право било ускраћено (*senatores pedarii*). Бити сенатор била је не само част, већ и обавеза. Сенатори су морали да строго воде рачуна о свом понашању, како у Сенату, тако и изван њега. Колико су Римљани држали до савесног и одговорног обављања високих чиновничких функција говори податак како је обезбеђиван кворум за седнице Сената. Неоправдано изостајање са седница Сената крајем републике постаје кажњиво. Председавајући магистрат је изрицао сенаторима новчане казне, а затим им је пленио имовину (*pignoris capio*), све док се не појаве и плате казну. Било је кажњиво ако би неки сенатор гласао за неки предлог, јер је примио новац за то. Сенатор је лишаван свог звања (*senatu movere*). Током републике цензори су приликом установљења званичног списка сенатора, могли да испусте име бившег магистрата, који би по свом рангу имао на то право, уколико би оценили да он не заслужује да уђе у ред сенатора због свог недоличног понашања или неког другог разлога (у доба Царства то је процењивао сам император).

Закључак

Феномен корупције у сваком, па и римском друштву, има своју историјску, моралну, социјалну, криминолошку, економску и правну компоненту. *Историјски* гледано, корупција као друштвено-штетан феномен није ништа ново. Увек је било људи који су хтели да остваре неку корист или привилегију, на шта нису имали право према постојећим моралним и правним нормама. Такви људи да би дошли до противправне користи вешто су прибегавали корупцији као методу за остварење тог циља, па су давали поклоне (у роби или новцу), чинили разне услуге (материјалне и сл.) или друге погодности ономе или онима од којих је зависило остварење те користи. Првобитни облици корупције у римској држави тицали су се подмићивања, злоупотребе положаја, незаконите наплате и сл., које су у обављању своје функције чинили магистрати или управници провинција. Временом, делатношћу претора и правника ово дело је било проширено и на подмићивање судије (који би ‘‘учинио спор својим’’ – *Iudex qui litem suam fecit*), на злоупотребе дужности старатеља, на куповину гласова од стране кандидата за магистратске функције, на гласање у Сенату или скупштини за одређени предлог због примљеног мита и сл.

Морална компонента појавних облика корупције огледа се у схватању које је дуго опстајало код Римљана, да јавне послове неће ваљано и достојно обављати морално пропала или ‘‘окаљана’’ лица. Човекова част и његово јавно уважавање као морални елемент у правном животу, много пута је зависио

не само од позива, животног положаја који човек заузима у друштву, већ и од тога да ли је неко услед неких дела или неког стања, по сили закона (*ipso iure*) постајао инфаман (нечастан), чим је такво дело учинио или у такво стање дошао.

Социјална компонента корупције производ је одређеног стања у социјалној основи римског друштва. Корупција је условљена појавом бирократије која је временом тако ојачала да је почела да подрива темеље римског друштва. Она је последица јачања и централизације чиновничког апарата. Бирократија је временом успела да наметне ”корупцију” као метод за стицање разних економских добара и привилегија, мимо утврђених моралних, правних и економских и других правила у друштву.

Криминална компонента корупције посебно је ”заслужна” за поткопавање темеља римске државе. Та компонента и данас посебно доприноси урушавању поверења грађана и јавности у друштво и државу. Подмићивање, посебно његова особина да је оно прикривено, доводи до дезорганизације друштва. И док данас актери у подмићивању крију један другог, јер су свесни да ће одговарати обострано, у римском друштву је било другачије: одговарао је само онај ко је примио новац да би неке завршио неки посао, али не и онај ко би дао новац.

Економска компонента корупције у римском друштву огледа се у томе што је она директна последица кризе економског система римске државе. Она је, с једне стране, била најгрубљи вид експлоатације подређених слојева друштва, а, с друге стране, путем ње се стицала боља позиција у друштву.

Нажалост, сви набројани појавни облици корупције и данас су актуелни. Ти ”стари” и неки нови облици корупције, које не познаје римско друштво, допринели су да Србија постане једна од најкорумпиранијих држава у Европи.

Summary

The phenomenon of corruption in every society, including the Roman society, comprises various components, such as historical, ethical, social, criminological, economic, and legal ones. Historically speaking, corruption as a phenomenon detrimental society is not a novelty. There have always been people who want to gain some benefit or privilege, which they are not entitled to according to the existing moral and legal norms. In order to gain such benefits unlawfully, they skilfully resort to corruption as a method in order to achieve their goals, so they offer gifts (goods or money), favours (material or other) or other gratuities to the person or persons who could be of assistance in achieving the desired objective. Early forms of corruption in the Roman state involved acts of bribery, misuse of power, illegal payments, and

the like, performed by magistrates or province governors during their terms of office. As time went by, this practice spread to incorporate activities of praetors and lawyers involved in bribing judges (who would “make a case his/their own” – Iudex qui litem suam fecit), abuse of duty by guardians, buying votes for the magistrates’ office, accepting bribe in exchange for voting in the Senate or assembly in favour of a certain proposal, etc.

The moral component of the manifestations of corruption was reflected in a belief, which persisted among the Romans for a long time, that public duties could not be properly and honourably performed by morally degraded or “sullied” persons. One’s honour and public trust as moral components of the legal life frequently depended not only on one’s profession or social status, but also on whether they became infamous (dishonoured) by law (ipso iure) due to some acts or conditions.

The social component of corruption is a product of a certain state of affairs in the social foundation of the Roman society. Corruption was brought about by the appearance of bureaucracy, which in time grew so strong that it started undermining the very foundations of the Roman society. This was a consequence of the strengthening and centralization of the bureaucratic apparatus. The bureaucracy, over time, managed to impose ‘corruption’ as a method of gaining access to various goods and privileges, bypassing the existing moral, legal, economic, and other rules in the society.

The criminal component of corruption ‘contributed’ a lot to the undermining of the foundations of the Roman state. Even today, this component plays a particularly prominent role in undermining public trust in the state and society. Bribery, especially since it is secret, leads to disorganisation of the society. While participants of the bribery acts today cover for each other because they are aware that they are equally liable, the situation was different in the Roman society: only the person accepting the money in return for a favour was regarded responsible, not the person who offered it.

The economic component of corruption in the Roman society was reflected in the fact that it was a direct consequence of a crisis in the economic system of the Roman state. On the one hand, it was the most obvious form of exploiting individuals coming from the lower social classes, and, on the other, it was a means to attain better position in the society.

Unfortunately, all of the listed elements of corruption persist even today. It is rather discouraging that Serbia should be among the most corrupt states in Europe.

KARAKTERISTIKE KRIMINALNIH ORGANIZACIJA MAFIJAŠKOG TIPA

Dr Zdravko Skakavac*

***Apstrakt:** Organizovani kriminalitet, kao univerzalna i istorijska pojava, već odavno zabrinjava čovečanstvo. U različitim oblicima prisutan je u svim delovima sveta. Pojedini pojavni oblici njegovog manifestovanja poprimaju dramatične razmere i ozbiljno ugrožavaju globalnu bezbednost sveta. Ipak, u ovom radu biće više reči o njegovim najznačajnijim karakteristikama, kako onim tradicionalnim, tako i onim koje posebno dolaze do izražaja u najnovije vreme.*

***Ključne reči:** organizovani kriminalitet, mafija, kriminalni sindikati, mrežna struktura, kodeks ponašanja, nasilje, klanovi.*

Uvod

Organizovani kriminalitet nije samo teorijsko pitanje, već i praktični problem i posebna forma kriminaliteta. Ma koliko izgledao kao savremeni društveni fenomen, u suštini je univerzalna i istorijska pojava. Ipak, u suštini, organizovani kriminalitet je specifični oblik savremenih vidova profesionalnog kriminaliteta, koji se po mnogim osobinama razlikuje i od tradicionalnih vidova zločinačkog udruživanja, kao i od klasičnih oblika kriminaliteta, kako nacionalnih, tako i međunarodnih razmera. Nijedan kontinent, pa ni država sveta nije pošteđena ove pojave.

U kriminološkoj i krivičnopravnoj literaturi nema jedinstvenih mišljenja o njegovim osnovnim obeležjima, odnosno karakteristikama. Ipak, prema pretežnim shvatanjima u osnovne karakteristike organizovanog kriminaliteta spadaju: kriminalna organizacija – kriminalni sindikati; klanovska struktura; etničko i krvno srodstvo; ritualni obredi prijema u članstvo - inicijacija; hijerarhija – odgovornost i subordinacija; specifičan način odabira članstva, kodeks ponašanja; mrežna struktura i transnacionalni karakter; nasilje kao metod; profesionalizam kao karakteristika;

* Dr Zdravko Скакавац, доцент, Факултет за правне и пословне студије, Нови Сад.

fleksibilnost u radu; infiltriranje u državne i privredne strukture; veza sa organima vlasti i drugim institucijama; korupcija kao stil rada; profit kao cilj; vlast – moć kao globalni cilj i dr.

Kriminalna organizacija – kriminalni sindikati

Većina autora kao prvi konstitutivni element savremenog organizovanog kriminaliteta navodi upravo postojanje određene organizacije – udruženja kriminalaca ili organizovanih kriminalnih grupa. Tu specifičnu organizaciju kriminalnog tipa pre svega karakterišu: organizovanje na principu kriminalnih sindikata; veoma čvrsta struktura organizacije; uključivanje većeg broja lica u organizaciju; raznolika struktura članstva (starosna, obrazovna, polna, jezička, nacionalna i dr.); porodični tip odnosa i etnički karakter sastava i dr.

Tako Reckless razlikuje tri pojavna oblika kriminalne karijere: običnu, profesionalnu i organizovanu. Organizovani kriminalitet je onaj koji iniciraju i vrše kriminalni „sindikati.”¹ Na „sindikalizam” ukazuje F. Ianni koji smatra da je organizovani kriminalitet, tradicionalni socijalni sistem zasnovan na vrednostima određene kulture i sistema srodničkih veza.²

Organizacija važnijih tradicionalnih kriminalnih organizacija, kakve su Cosa Nostra, Ndrangheta, Camorra, Yakuze i Trijade, govori o standardnom obrascu upravo navedenih elemenata. Članovi kriminalnih organizacija uživaju svojevrsnu zaštitu kriminalnih sindikata zbog strogih pravila: omogućavanje bekstva iz zatvora; ulaganje velikih svota novca i angažovanje najuglednijih advokata; nošenje kod sebe unapred pripremljenih ovlašćenja za advokatsko zastupanje; ponuda visoke kaucije; ugrožavanje i „omekšavanje” oštećenog i svedoka; svedoka „nema” ili se ne mogu „pronaći”; tipično zastrašeno ćutanje oštećenih i svedoka; nastupanje svedoka odbrane; briga za najbliže srodnike i bračnog druga člana lišenog slobode; prihvatanje posle puštanja na slobodu.³

Klanovska struktura

Klanovska struktura mafijaške organizacije je velika prednost za njene članove. Kada uđu na kriminalno tržište, zavisne od nedostatka moći javnosti, te organizacije se baziraju na sistemu poverenja među članovima. Preko ugovora na osnovu bratstva, koji su ojačani tajnošću, kao imperativom, svaka grupa udružena sa mafijaškim konzorcijumima ima za cilj da predstavlja ono što je Dirkem nazvao „klan”. To je organizacija, koja ima mešavinu u svojoj prirodi, dakle, u isto vreme

¹ Reckless, W.C.: *The Crime Problem*, New York, 1961, str. 9,10.

² Ianni, F. : *A Family Business: Kinship and Social Control in Organized Crime*, New York, 1972, str. 108.

³ Vodinelić, V.: *Bezbednost*, broj 1/1992, str. 23.

i porodična i politička. Porodica je u smislu toga da članovi, koji je čine, smatraju jedni druge rođacima, a klan je „fundamentalna politička jedinica: glave klanova su jedini društveni autoriteti”. Rukovodstvo ima apsolutni autoritet nad članovima i nad svim njihovim životnim pitanjima.

Etničko i krvno srodstvo

Većina kriminalnih organizacija tipa familija su u krvnom srodstvu. Takve veze su pojačane i „kumstvom”, putem tradicionalnih rituala prijema kojim se uspostavljaju uzajamna prava i dužnosti članova.⁴ Po pravilu, kriminalna udruženja su zasnovana na vezama tradicionalnog srodstva, što nije nimalo nalik modernim poslovnim firmama, a to da one ne biraju članove samo za dobrobit svojih praktičnih ciljeva - što bi „moderne firme” ili birokratija normalno činile već su zasnovane na principu koji M. Weber naziva „statusni ugovor”. To je pakt za ceo život. Kao što je Đovani Falkone rekao, pristupanje Cosa Nostru „obavezuje čoveka za ceo život. Postajanje članom mafije je podjednako posvećivanju svog života nekoj religiji. Nikada ne prestajete da budete sveštenik, a ni mafioso.”⁵

Kao i kod svih „ugovora po statusu” oni koji se sklapaju sa mafijom su ugovori bratstva, sa kojim novajlije ulaze u sistem veza i postaju članovi bratstva ili grupe članova i deo su režima „generalizovane recipročnosti” sa njima. Članovi mafijaških porodica imaju obavezu da pomažu jedni drugima i materijalno i moralno kada je traženo ili u slučajevima kada je potrebno i bez grešaka da se drže principa iskrenosti i korektnosti u njihovim međusobnim odnosima. Veze slične srodničkim, stvorene u obredu inicijacije, u budućnosti su jačane simbolima i zakonima koji proističu iz jezika srodstva i načina srodničke komunikacije.⁶ Kao što ukazuje Klavson „u društvima u kojima je srodstvo ostalo primarna osnova solidarnih veza, bratska udruženja su bila efikasna, jer su se koristile kvazirodačke veze da se prošire veze odanosti i poštovanja van porodice, da se u njih uključe novi ljudi, ili nove veze, koje imaju neku snagu srodstva”. Bratstvo nije samo osobita karakteristika kriminalnih organizacija zapadnog sveta.

Glavni zaključci, koji mogu biti izvedeni iz analize razvoja i organizacije mafijaških udruženja ukazuju da su ritualne rođačke veze neophodne da se izgradi nelegalna organizacija velikog opsega. Da bi bilo efikasno, ritualno bratstvo, koje se stvara, mora povrh toga da bude spremno da koristi nasilje da bi postavilo sopstvena

⁴ Ianni, F. : op. cit., str. 19.

⁵ Falcone, G. Falcone and Padovani, M.: *Cose di Cosa Nostra*, Milan: Rizzoli, 1991.

⁶ Osnovne jedinice sicilijanske i američke Cosa Nostre su porodice. U Japanu je veza između šefa Jakuzu (oyabun) i novajlije u grupi (kobun), što je stub cele organizacije, odslikana u porodičnoj vezi između oca i sina.

Paoli, L.: *The pledge to security: culture, structure and cation of mafija associations*; doktorska disertacija na Institutu evropskog univerziteta, Firenca, 1997.

pravila nad svim svojim članovima i povremeno i nad nečlanovima; to mora biti naznačeno, i za klan i za njegove članove, kao porodična i politička institucija kojoj su svi saveznici potčinjeni.

Nacionalna homogenost članstva i veza sa manjinama je evidentna u skoro svim zvaničnim izveštajima. U SAD se po definiciji organizovani kriminal veže za pitanje etničkih manjina, s obzirom na to da su u SAD-u svi osim prirodnih Amerikanaca (Indijanaca) imigranti. Osamdesetih godina prošlog veka, Kaufmanov komitet je u SAD ukazivao na postojanje kriminalnih organizacija sa etničkom pozadinom. Izveštaj komiteta za organizovani kriminal koji je sastavila Kanadska obaveštajna služba odnosi se na etničke kriminalne grupe, naročito na one, poreklom iz Azije.⁷ U Australiji, upravni komitet kojim je predsedavao Bil Kod, objavio je izveštaj, na osnovu kojeg se stiče utisak da su većina dela organizovanog kriminala počinili imigranti.⁸ Nacionalna kriminalistička obaveštajna služba Velike Britanije je 1993 godine objavila je preliminarni pregled, koji pokazuje da organizovani kriminal skoro isključivo pripada strukturi etničkih manjina.⁹ Na kraju, Izveštaj o istragama Parlamenta Holandije takođe je ukazao na kriminalnu stranu imigranata u stranim kriminalnim grupama.¹⁰

Za mnoge naučnike kriminologe umešanost etničkih manjina u bilo koju vrstu kriminala složeno je pitanje, koje pomalo zalazi u rasne teorije. Postavljanje veza između kriminala i etničkih manjina dovelo je do velikog broja pogrešnih kalkulacija i pogrešnih koncepcija. Rasprava o mogućim vezama između „rasa” i kriminaliteta je tabu u oblasti kriminologije.¹¹ Mnogi kriminolozi su reagovali pobijanjem čak i mogućnosti postojanja bilo koje takve veze ili bilo koje pretpostavke da je u organizovani kriminal možda uključena „zavera stranaca.”¹²

Ritualni obredi prijema u članstvo - inicijacija

Kriminalne organizacije, posebno one mafijaškog tipa, imaju specifične ritualne obrede prilikom prijema novih članova, tzv. inicijacija. Nov identitet članova na autoritativni način, ceremonijom inicijacije i aparatom legitimizacije, u datoj organizaciji, znatno umanjuje mogućnosti za izdaju ili prevaru unutar nje same.

⁷ Beare, M. E.: *Criminal Conspiracies. Organized Crime in Canada* (Toronto: Nelson Canada, 1996).

⁸ Coad Report on the Review of Commonwealth Law Enforcement Arrangements (Canberra: Australian Government Printing Service, 1994).

⁹ National Criminal Intelligence Service, *An outline Assessment of the Threat and Impact by Organized/Enterprise Crime upon United Kingdom Interests* (London: HMSO, 1993).

¹⁰ Cyrille Fijnaut, *Organized Crime in the Netherlands* (The Hague: Kluwer Law International, 1998).

¹¹ Kramen, A.: „Race, Inferiority, Crime, and Research Taboos”, u izdanju *Edward Saragina Taboos in Criminology* (Beverly Hills and London: Sage, 1980), str. 81 - 114.

¹² Albini, J. L.: *The American Mafia: Genesis of a Legend* (New York: Irvington, 1971).

Odnosi poverenja i solidarnosti, koje stvaraju veze ritualnog srodstva, pomažu ostvarivanju zajedničkih ciljeva, kao i razvoj ekonomskih transakcija, čak i među članovima, koji se ne poznaju lično. Ove veze poput srodničkih uspostavljaju se uz određeni ritual.¹³ Ulazak u svet pomenute organizacije, u stvari, podrazumeva ceremoniju prijema, koja čini pravi „obred prolaska” u organizaciju. Ritual obeležava promenu pozicija, onih koji se ritualu podvrgavaju i njihovog prijema novog statusa člana bratstva.

Interesantno je da su neki elementi, koji imaju važnost visoke simbolike, zastupljeni u svim pomenutim organizacijama. Svaki od njih ima neke proširene karakteristike ikonografije i terminologije religije koja je dominantna u organizaciji.¹⁴ U svim kasnijim ceremonijama krv se pojavljuje kao važan motiv. Evidentno je simbolično značenje ovog elementa: religiozna karakteristika ima za cilj da ritualu da sakralnu vrednost i da potvrdi njegove imperitive, dok krv predstavlja snažno međusobno povezivanje. U suštini, krv simboliše proces ponovnog rođenja, kroz koji kandidat prolazi, i ukazuje na neku vrstu „prirodnog srodstva”, kome svi članovi pripadaju i naglašava stroge kazne koje su zagarantovane u slučaju izdaje.

U udruženjima mafijaškog tipa, veze ritualnog srodstva ojačane su njihovim velom *tajnosti*. Svaka zakletva na tajnost karakterisala je sve pomenute organizacije kroz njihovu istoriju. Sve one, savetuju svojim članovima da se pridržavaju običajnih normi, koje podrazumevaju čuvanje tajni i da se ne otkrivaju poslovi grupe osobama koje nisu njihovi članovi. Smisao zakletvi je održavanje kohezije grupe. U suštini, definišući svoje spoljašnje granice polaganjem zakletve na tajnost, grupa, postavlja sebe za „živi totalitet”, jedinstveni, ograđeni, samodovoljni svet u suprotnosti velikom svetu, u čijem je sastavu. Potpuna nezavisnost od spoljašnje kontrole je postulirana: grupa se postavlja pred javnošću kao potpuna i totalitarna institucija.

Hijerarhija - odgovornost i subordinacija

Bitno obeležje organizovanog kriminaliteta jeste stroga hijerarhijska organizaciona struktura, iz koje proističu mnoge njegove karakteristike. One bi se mogle okarakterisati principima: hijerarhija - odgovornost i suboordinacija; rukovodstvo je najčešće odvojeno od neposredne umešanosti u aktivnosti; unutrašnji odnosi formirani su na osnovama podređenosti i autoriteta; stroga disciplina među članovima organizacije i veoma rigorozne sankcije za neposlušnost i nepoštovanje pravila ponašanja i postojanje kodeksa ponašanja (pisani ili običajni).

¹³ Kod japanskih Jakuzi, i manje ili više kalabrijskih Ndrangeta i kineskih Trijada, takva doživotna posvećenost obeležava se tetovažama. Pridruženi članovi Jakuzi često imaju istetovirana cela leđa i grudi, i to kroz veoma spor i bolan proces koji može da traje godinu dana.

¹⁴ U ceremoniji koju obavljaju Kinezi hui, simboli su ili taoistički ili budistički. U Ndrangeta organizaciji ceremonija je baptistička, dok je u svim udruženjima u Južnoj Italiji krucijalni momenat rituala spaljivanje slike sveca, nad kojom se pojedinac zakleo.

Kriminalna organizacija predstavlja osnovnu ćeliju - subjekt organizovanog kriminaliteta. To je organizacija koja podrazumeva kontinuiranu kriminalnu aktivnost. Nju ne čini grupa organizovanih pojedinaca, već predstavlja organizaciju čvrsto strukturiranu, na principima hijerarhijske podređenosti i nadređenosti, grupne discipline, saradnje i planiranja. U svim aktivnostima prioritarno je iznalaženje načina i mogućnosti da se zaštite kriminalci i njihova kriminalna aktivnost. Na vrhu te organizacije je vođa ili kolektivno telo koji oličava stalni autoritet, dok su članovi izvršiooci, koji su po pravilu podređeni višim rangovima i vođi. Svaki član ima jasno određenu ulogu u planskom vršenju krivičnih dela. Vođa svake od tih organizacija može upravljati i sa nekoliko organizovanih gangova kao delova jedinstvene organizacije ili kriminalnih poslova.¹⁵ Složenije kriminalne organizacije imaju formirana tzv. specijalna odeljenja, koja čine članovi organizacije čiji je zadatak izvršavanje određenih poslova ili vrbovanje novih ljudi. Osim toga, pristup organizaciji često je prinudan, a pripadnost obavezuje da kriminalne organizacije, za te potrebe, imaju sopstveni sistem kažnjavanja koji se primenjuje prema članovima koji pokušaju da izađu iz organizacije, odnosno u slučaju izdaje policiji ili drugim organizacijama. Zbog toga se većina članova i ne usuđuje da izađe iz organizacije. Sistem kažnjavanja nepouzdanih članova kreće se od smrtnih kazni (čija je primena najčešća), preko telesnih kazni, do kazne smanjenja prihoda. Naime, svaki pripadnik kriminalne organizacije ima redovne prihode (unapred utvrđene), s tim što zadržava pravo da bude nagrađen od svakog specifičnog posla.¹⁶

Ipak, postoje indikatori da u svetu organizovanog kriminaliteta mobilnost pojedinca varira u zavisnosti od njegovog položaja u hijerarhiji, pa tako pojedinac zadužen za „pravljenje novca” ima veće šanse da napreduje u hijerarhiji, od pojedinca zaduženog za održavanje reda, jer je njegovo polje akcije šire, a njihovi prihodi veći.¹⁷ Svaka ozbiljnija kriminalna organizacija uprkos visokom stepenu nezavisnosti koju formalno garantuje članovima organizacija u ekonomskoj sferi, ipak predstavlja centralizovanu i jedinstvenu organizaciju. Složenije centralizovane organizacije u suštini su konzorcijumi (udruženja više nezavisnih institucija)¹⁸. U ekonomskom

¹⁵ Primer za to su Laki Lučano, koji je bio orijentisan na poslove sa drogom i prostitucijom, Dutch Schultz, koji je kontrolisao restorane, ali i banke u Harlemu, dok je Al Kapone karijeru počeo kontrolišući proizvodnju i prodaju alkoholnih pića, da bi kasnije postao neprikosnoveni gospodar podzemlja.

¹⁶ Jedna od najprepoznatljivijih karakteristika Cosa Nostre jeste kažnjavanje njenih članova za koje se u bilo kom trenutku pokaže da nisu dorasli zadatku ili da predstavljaju opasnost za organizaciju. To ih najčešće košta glave. To je posebno eskaliralo osamdesetih godina pri pojavi fenomena „pokajnika”, čije su izjave doprinele brojnim hapšenjima pripadnika ove organizacije. Paoli, L.: *The pledge to security: culture, structure and cation of mafija associations*; doktorska disertacija na Institutu evropskog univerziteta, Firenca, 1997.

¹⁷ Ignjatović, Đ.: *Organizovani kriminalitet, drugi deo*, Policijska akademija, Beograd, 1998, str. 62.

¹⁸ Kalabrijska mafija je, na primer, sastavljena od oko 90 mafijaških porodica. Sličan broj ima i grupa sicilijanske Cosa Nostre, dok se smatra da američka Cosa Nostra ima oko 24 porodice u svom sastavu. Broj grupa u Jakuzi organizacijama prelazi 3.000, iako to nije precizan broj, pretpostavlja se da je nekoliko različitih organizacija Trijada aktivno u Aziji, Americi i Australiji.

Paoli, L.: *The pledge to security: culture, structure and cation of mafija associations*; doktorska disertacija na Institutu evropskog univerziteta, Firenca, 1997.

smislu kriminalne organizacije čine odvojena društva. Često im nedostaju centralni politički organi i precizne društvene granice sa maksimalnim brojem strukturno homogenih jedinica. Svaka jedinica ima delimičnu, a često i potpunu autonomiju, a granice rada određene su uglavnom prema kulturnom nasleđu organizacije i njenoj strukturi.

Opisujući strukturu organizovanog kriminaliteta tipa monopolističke korporacije (porodica), D. Cressey navodi da se na njihovom čelu nalazi gazda (boss, don) čiji je osnovni zadatak da organizuje red i maksimalno uveća profit. On je neprikosnoven a njegov autoritet apsolutan. Ispod njega je njegov zamenik čiji je zadatak da prenosi naloge gazde potčinjenima i donosi mu poruke i podatke. Na istom nivou sa zamenikom nalazi se savetnik koji je najčešće neko od starijih i iskusnijih članova familije koji daje savete svim članovima uključujući i gazdu i zamenika. Ispod njih se nalaze poručnici koji služe kao veza između rukovodstva familije i nižeg personala. Oni prenose naredbe, primedbe i obavljaju novčane transakcije. U grupu poručnika spadaju i šefovi operativnih jedinica, tzv. supervizori. Na najnižem nivou su vojnici koji obavljaju kriminalne poslove.

Specifičan odabir članstva

U svakoj kriminalnoj organizaciji poseban značaj pridaje se odabiru novih članova. Bazična osnova su po pravilu tradicionalni maloletnički gangovi u gradskim getima. Skloni nasilju, koji se uče da poštuju autoritet vođe i organizacije. Kako navodi R. Woetzel, „organizovani kriminalitet posebnu pažnju posvećuje maloletnicima koji imaju kriminalni dosije ili je na neki drugi način evidentirana njihova antisocijalnost, jer je to dobar znak da se radi o „drčnom” mladom čoveku, što je dobra preporuka za svet zločina.”¹⁹ Kriminalna karijera se čak planski usmerava i planira. Za organizaciju se vrбуju i angažuju osobe koje poseduju posebna specijalistička znanja i veštine, dok se neki (mlađi) upućuju na univerzitetsko obrazovanje da bi kasnije koristili kriminalnom sindikatu. Time se planski stvara kriminalna elita, dok kriminalna karijera ostalih pripadnika na nižim mestima u hijerarhiji organizacije, ne razlikuje se bitnije od ostalih kriminalaca. U strukturi organizacije značajno mesto imaju punoletni gangsteri angažovani u organizovanim nasilničkim kriminalnim grupama kao „kadrovi” koji su kriminalnu karijeru stekli u maloletničkim bandama, kao učesnici u razbojničkim krađama i obračunima među kriminalnim grupama. Oni se koriste kao „gotovi kadrovi” za poslove reketa, likvidacije protivnika i kažnjavanje neposlušnih članova.

¹⁹ Woetzel, R.: An Overview of Organized Crime: Mores versus Morality, Annals of the Academy of Political and Social Science, May 1963, s.1 - 11, str. 3.

Kodeks ponašanja

U kriminalnim organizacijama mafijaškog tipa postoje određena pravila ponašanja koja su prvenstveno namenjena zaštiti organizacije, svakog od njih i samog „gazde-vođe”, što ovome istovremeno omogućava da efikasnije upravlja kriminalnom organizacijom. Thio navodi da se ovaj kodeks sastoji iz sledećih pravila: budi lojalan članovima bande i ne ugrožavaj interese drugih; budi racionalan i „hladne glave” obavljaj nelegalni biznis na tih, bezbedan i profitabilan način i rešavaj sporove sa članovima hladno, tiho i bez nasilja; poštuj žene i starije; budi odvažan – ne smeš odati bez obzira na žestinu policijskog tretmana, pretnje ili kažnjavanje; imaj stila – ne budi žutokljunac.²⁰ F.Schmallager ističe da je nepisani kodeks koji u podzemlju vlada nešto detaljniji i navodi sedam njegovih bitnih karakteristika: ne budi informator – ne smeš „cinkariti” druge niti ih „prodati”; budi deo tima, lojalan ostalim članovima i organizaciji; ne ugrožavaj interese drugih – „ne ljuljaj brod”; budi racionalan – ne učestvuj u borbi koju ne možeš dobiti; budi čovek koga uvažavaju, imaj stila, budi nezavisan; poštuj žene i starije; budi čvrst („čvrsti momci” primaju udarac, štiteći druge), drži oči i uši otvorene, a usta zatvorena.²¹

Rukovodstvo kriminalnih organizacija ima mehanizam da primora članove da se pridržavaju ovih pravila, poznatih pod nazivom „Kodeks o lojalnosti i ćutanju” ili zavet ćutanja - omerta. Ona predstavlja simbolično prihvatanje obaveze da se ni pod kojim uslovima bilo kome izvan organizacije, a posebno ne istražnim organima, ne sme reći bilo šta o njoj, kao što i nepridržavanje dovodi do primene sankcija od strane organizacije. Na taj način, kod vođe familije koncentriše se ogromna moć koja omogućava da pripadnike ganga usmerava i kontroliše. Odanost zavetu je bezuslovna.²²

Mrežna struktura i transnacionalni karakter

Mrežna struktura organizovanog kriminala podrazumeva dve oblasti: mrežu poslova i tržišta i mrežu organizacione prirode. P. Williams misli da postoji treća paradigma za razumevanje transnacionalnog organizovanog kriminala – zasnovana na mrežama, koje organizuju snabdevanje nelegalnom robom i uslugama, krađu i

²⁰ Thio, A.: *Deviant Behavior*, Cambridge, 1988, str. 403.

²¹ Schmallegger, F.: *Criminology Today*, Englewood Cliffs, 1996, str. 360.

²² Italijanski antimafijaški zakon iz 1982. godine, prvi put karakteriše asocijacije tipa Mafije sledećim karakteristikama: moć zastrašivanja; uslov potčinjenosti i omerta, koja je izvedena iz zastrašivanja. U stanju je da koristi moć sistematskim zastrašivanjem koje je poznato kao omerta. To je „zakon ćutanja” i sastoji se u obavezi članova da ćute o tajni. Međutim, to se takođe primenjuje i na svakog drugog. Mafija ima široko polje delovanja i mnogi građani, iz navike ili iz straha, čak i kada znaju gde se nalaze mafioze ili su bili svedoci zločina mafije, ne saraduju sa snagama zakona i reda. Jay S. Albanese – Dilip K. Das. Arvind Verma: *Organized Crime- World Perspectives*, 2003. upper Saddle River, New Jersey 07458.

krijumčarenje legalne robe i neograničeno trgovanje zabranjenom robom. Mreže variraju u veličini, obliku, članstvu, koheziji i svojoj svrsi. One mogu da budu velike ili male, lokalne ili globalne, domaće ili transnacionalne, kohezivne ili difuzne, centralizovane ili veoma decentralizovane, svrsishodne ili bez cilja. Specifične mreže mogu biti usko i strogo fokusirane na jedan cilj ili široko orijentisane na mnoge ciljeve.²³

Veza na osnovu koje kriminalno preduzeće može najbolje biti shvaćeno upravo kao mreža više organizacija, jeste veza u okviru kineskog organizovanog kriminala. Iako postoji formalna struktura organizacija, koja je otelotvorena u kineskim Trijadama, kriminalne aktivnosti se uglavnom sprovode preko neformalnih mreža i specifičnog načina poslovanja, pre nego preko takvih formalnih struktura. Često su te mreže transnacionalne po prirodi i imaju osnovu, koju čine velika, pouzdana društva Kineza koji žive van matične države, koji se veoma oslanjaju na pomoć prijatelja, rođaka i udružuju poslove da bi povećali kapital. Neki od aspekata tih mreža služe i da bi podržali kineska kriminalna preduzeća. Kriminalne mreže počivaju na jezgru koje čini upravljački mehanizam, preko kojeg je obezbeđeno funkcionisanje specijalizovanih uloga pojedinih delova i uređuje druge ključne komponente mreže. One su veoma produktivne u uspostavljanju saradničkih veza. Povremeni izveštaji bosova organizovanog kriminala različitih grupa daju formalnost vezama i navode na zaključak da su nacionalne kriminalne organizacije mnogo monolitičnije, nego što je to zaista slučaj. U stvarnosti, vođe jednih nacionalnih kriminalnih grupa saraduju sa vođama drugih kriminalnih organizacija iz drugih nacija.²⁴

Na četvrtoj međunarodnoj konferenciji -NCIS- nacionalne kriminalističke obaveštajne službe Velike Britanije, održanoj u Londonu od 13. do 15. novembra 2001. godine, J. Storbeck, tadašnji direktor Evropola, govoreći o karakteristikama organizovanog kriminala, između ostalog, pomenuo je i *internacionalizaciju mreže*. Karakteristika internacionalizacije mreže ogleda se u činjenici da je danas malo grupa koje svoje kriminalne aktivnosti ograničavaju unutar granica svoje države. Ne samo da su međunarodno povezane, već su izbrisali i etnički karakter delovanja. T. Shibutani navodi da se svaki čovek nalazi u tkivu složeno isprepletenih veza, a to važi i za svakog delinkventa. Često se dodiruju i isprepliću kriminalne i nekriminalne mreže. Oko kriminalnih grupa i bandi, i među njima, otvara se bezbroj zamreženih odnosa i veza.²⁵ E. Weschke piše da u Nemačkoj postoje oblici kriminaliteta „koji se sastoje od manjih i većih grupisanja delinkvenata i pojedinih učinilaca, koje označavamo u ovoj specifičnoj formi kao mrežnu strukturu kriminaliteta.”²⁶

²³ Williams, P.: „*The nature of Drug Trafficking Networks*”, *CurrentHistory* (April 1998), str.154 - 159.

²⁴ Tako, na primer, kolumbijske narkoorganizacije uspostavljaju saradničke saveze sa sicilijanskom mafijom. Oni su pojednostavili ulazak velikih kolumbijskih kriminalnih preduzeća na evropsko tržište narkotika, što je bez takvog saveza bilo izuzetno teško. Clawson Patrick and Rensselaer, Lee: *The Andean Cocaine Industry* (New York): st. Martins Press,1996), poglavlje 3.

²⁵ Shibutani, T.: *Society and Personality*, na ruskom, M, 1969, str. 126.

²⁶ Weschke, E.: „*Netzstruktur Kriminalitat*”, *Kriminalistik*, broj 6/1986.

Jedna od najvažnijih karakteristika *mrežne strukture* vezana je sa „podelom rada”, u okviru kriminalne organizacije. Da bi se objasnila organizacija kriminalnih grupa moramo početi sa primarnim delinkventom koji je kasnije prošao put obuke tzv. „kriminalnu karijeru” i postao povratnik (recidivista). Takvi pojedinci često stupaju u zajednice kriminalaca, kao spontane grupe (npr., mladih), koje se vremenom mogu razviti u bandu (npr., mladih). Organizovana kriminalna grupa se definiše kao elastičan, labav sastav kriminalaca, u kojoj ne postoji hijerarhijski odnos, gde je vođa u suštini prvi među jednakima. Grupa je uglavnom privremenog trajanja, a njen sastav se menja. Ona se raspada i eventualno opet stvara, a pre svega je situaciono uslovljena. Bande su relativno čvrste organizacije i karakterišu se (relativnom) trajnošću sastava, postojanjem vođe (lidera), članova i saputnika. One su snažno strukturirane, teže da postoje trajno i okarakterisane su velikom solidarnošću, vlastitim moralom, grupnom svešću, mesnom povezanošću i čvrstim stavom da vrši krivična dela.²⁷ Imaju svoj sistem normi i sankcionisanja. Reč je o mikrostrukturnoj zajednici, koja se suprotstavlja društvu.

Slika savremenog organizovanog kriminaliteta danas se sastoji od izmreženosti bandi, grupa i pojedinih delinkvenata, koji su u kontaktu i međusobno se pomažu. Pošto vrše krivična dela prema načelima podele rada i specijalizacije, a da pri tome ne stvaraju gigantske organizacije nego zadržavaju svoju pojedinačnu, grupnu ili samostalnost bande, organima unutrašnjih poslova je veoma otežano njihovo otkrivanje.

Na IV Međunarodnoj konferenciji NCIS – Nacionalne kriminalističke obaveštajne službe Velike Britanije (11 - 13. novembra 2001. godine u Londonu), područni koordinator u NCIS-u Nejdžel Kops, analizirao je mrežu lica koja omogućavaju organizovani kriminal – tj. specijalizovanih lica u mreži, koje identifikuje kao: gazde (Patrons) – lica u mreži koja kontrolišu resurse; brokere (Brokers) – lica zadužena za strateške kontakte sa ljudima; sakupljače (Connectors) – lica koja sakupljaju ljude i korisne informacije koje kasnije prodaju; stručnjake (Mavens) – osobe koje poseduju informaciju i prodavce (Salesmen) – lica koja imaju znanje i prodaju ideje.

Nasilje kao metod

Korišćenje nasilja je povezano sa mnogim aspektima organizovanog kriminala. Za neke oblike kriminala, nasilje je bitan uslov, npr., oružane pljačke, otmice vozila, reket i iznuđivanje, naručena ubistva i slično u drugim oblicima kriminala, kao što je trgovina belim robljem i prostitucija, ono ima sekundarni značaj. Nasilje kao jedna od bitnih formi i obeležja organizovanog kriminaliteta ima višestruki smisao kao metod zastrašivanja protivnika; kao način održavanja discipline unutar organizacije; i kao način izvršenja kriminalnih radnji. To u suštini znači da se upotre-

²⁷ Eisenberg, U.: *Kriminologie*, Koln, 1985, str. 631.

ba nasilja odnosi na tri smera aktivnosti u kojima je ona moguća. Prvo je nasilje unutar kriminalne grupe usmereno na članove grupe ili organizacije s ciljem očuvanja discipline i poslušnosti. Drugo je nasilje između konkurentskih organizacija i ono je usmereno od jedne ka drugoj i obično nastaje usled poslovnih teritorijalnih ili kulturnih rivalstava. Treći oblik je nasilje izvan organizacije, usmereno na žrtve izvan kriminalnog sindikata i svojstveno kriminalnoj aktivnosti radi ostvarivanja profita.

Nacionalni biro za borbu protiv mafije Italije uočava ove modalitete korišćenja nasilja i navodi da zastrašivanje može imati različite oblike, od jednostavnog korišćenja stanja straha koji potiče od postojanja kriminalne organizacije do izvršenja novog akta nasilja ili neke zabrane koji pojačavaju već postojeći strah. Metode nasilja koje koristi mafija, Zakon o kriminalu Italije deli u tri oblika: ostvarivanje kriminalnog cilja; moć zastrašivanja koja potiče od veza organizacije; stanje podređenosti i zavera ćutanja, od kojih svi moraju biti ispunjeni.

Korišćenje nasilja, dakle, kod organizovanog kriminala, nije samo sebi cilj. Pojedinačno počinjena krivična dela, kao što su, npr., „sređivanje računa” ili aktivnosti usmerene protiv predstavnika javnih institucija deo su šire strategije kojom treba da se postigne, uveća i konsoliduje ekonomska moć kao način poslovanja koji ne pravi razliku između profita stečenog, na kriminalni način i zakonskog profita, a zastrašivanje i nasilje smatraju se uobičajenim sredstvima rada. U suštini, nasilje je potencijalna potpora moći mafije. U unutrašnjem sistemu odnosa ono se koristi da bi se obezbedila poslušnost potčinjenih članova i da se kazne oni koji izdaju ili ne poštuju autoritet grupe. S druge strane, rutinski se primenjuje kao sredstvo pretnje, koja čak i fizički eliminiše svakoga ko ugrožava poziciju moći i poslovne aktivnosti grupe. Pomoću pretnje ili efektivnog korišćenja nasilja, mafijaške organizacije su dugo pokušavale - uživajući dug period i veliki uspeh u tome da nametnu svoja pravila u društvu, na velikoj teritoriji uspeha.

Profesionalizam kao karakteristika

Bitno obeležje organizovanog kriminaliteta je visok nivo profesionalizma u izvršenju krivičnih dela. Zbog te svoje karakteristike organizovani kriminalitet se i tretira kao jedan od oblika profesionalnog kriminaliteta. Karakteristike pojma organizovanog kriminaliteta kada se uzme u obzir profesionalizam u radu su: izuzetno dobra organizovanost; brižljivo i pedantno planiranje kriminalnih delatnosti; stručno izvršenje krivičnih dela; konspirativnost, posebno u načinu izvršenja krivičnih dela; prikrivanje izvršilaca krivičnih dela (prikrivanje identiteta, promena imena, korišćenje lažnih imena i nadimaka, prerusavanje, korišćenje šifrovanih poruka u komunikaciji i dr.); vešto prikrivanje predmeta krivičnih dela i uništavanje tragova izvršenja; vešto prikrivanje kriminalne delatnosti i pojedinaca koji su otkriveni i njihovo organizovano prebacivanje van granica određene zemlje; materijalno - tehnička opremljenost na najvišem nivou (vozni park, kompjuterska i video tehnika,

kamere, radio veza i slično); najčešće korišćene metode: vrbovanje, podmićivanje, pretnje, zastrašivanje, nasilje, podmetanje i slično; plansko potiskivanje i eliminisanje konkurentskih organizacija, grupa i pojedinaca.

Stručna komisija A. G. Kripo razradila je opšte indicije koje ukazuju na postojanje organizovanog kriminaliteta i, između ostalog, navela: kvalitet izvršenja dela, koji se izražava u brižljivom, pedantnom planiranju i stručnom obavljanju, kao i racionalnom korišćenju ostvarenog profita; konspirativni taktički i tehnički način življenja i ponašanja delinkvenata (svi mogući načini prikrivanja dela, identiteta, kontra-praćenje, korišćenje lažnih imena i nadimaka, upotreba pisanih i govornih šifrovanih poruka, korišćenje falsifikata, savremenih naučnih i tehničkih sredstava i metoda.²⁸

Sielaff, govoreći o indicijama koje ukazuju na organizovani kriminalitet, između ostalog, navodi: planiranje i pripremanje dela: precizno planiranje; prilagođenost potrebama tržišta; rad po narudžbini; visoke investicije, npr., prethodnim finansiranjem iz nejasnih izvora. *Izvršenje dela*: profesionalno, precizno i visokokvalifikovano izvršenje dela; primena srazmerno skupih, nepoznatih ili teško primenjivih naučnih spoznaja i metoda; korišćenje specijalista (takođe iz inostranstva); podela rada. Konspirativno ponašanje delinkvenata: kontrapraćenje i opservacija uopšte; prikrivanje dela i članova; lažna imena; usmena i pismena kodiranje.²⁹

Neki autori smatraju da profesionalni kriminalci u oblasti organizovanog kriminaliteta dostižu „vrhunsku karijeru” među kriminalcima, da se nalaze u „vrhunskom razredu zločina”, da su to „prvorazredni zločinci”, koji veoma lako i uspešno obavljaju kriminalne akcije.³⁰

Fleksibilnost u radu

Postoje ozbiljne predrasude, čak i kod mnogih teoretičara, da su kriminalne organizacije, zadržale tradicionalni obrazac krute organizacije koja sve rešava nasiljem. Bez sumnje neke su još takve, ali savremeni oblici sve više poprimaju vid legalnih korporacija koje se u metodu rada, pa i organizacije i odnosa, prilagođavaju potrebama. One to čine po principima: brza promena oblika rada i kriminalne delatnosti; veoma lako prilagođavanje savremenim tokovima i usvajanje novih, savremenijih pojava oblika delovanja; korišćenje savremenih naučnih i tehničkih dostignuća u radu; prilagodljivost tržištu; širenje kriminalne delatnosti kao cilj.

Prilagođavanje društvenim uslovima ogleđa se i u samom pristupu organizovanja. Tako je poslednjih godina, prostor okupiran velikim kriminalnim kartelima osamdesetih godina, postepeno popunjen nizom manjih, manje vidljivih organizaci-

²⁸ Vodenelić, V.: *Bezbednost*, broj 1/1992 str. 21 - 22.

²⁹ Vodenelić, V.: *Op. cit.*, str. 22.

³⁰ Milutinović, M.: *Kriminologija*, šesto izdanje, Beograd, 1988, str. 234.

ja. Manje organizacije su teže za identifikovanje i borbu protiv njih. Oni su usvojili strategiju skromnih odnosa sa javnim mnjenjem i vlastima. Više naginju manipulacijama i korupciji, nego pucnjavi i bombama.

Strukture organizovanog kriminaliteta postaju mnogo fleksibilnije i manje hierarhijske, kao odgovor na potrebu da se shvate i iskoriste lokalni uslovi. P. Williams smatra da je to dovelo do dinamičnijeg menadžmenta i veće fleksibilnosti i spremnosti da se odgovori na potrebe tržišta, i da su u toj oblasti kriminalna preduzeća ispred svojih legalnih konkurenata. Nelegalnost ih je primorala da rade tajno i da se fokusiraju manje na fiksne strukture i troškove ulaganja, a više na fleksibilne i prilagodljive organizacione strukture i na oblike funkcionalne saradnje među grupama, sa dopunskim veštinama.³¹ Fleksibilnost i adaptibilnost tih organizacija da se prilagode promeni političkih i ekonomskih uslova može da bude potpuno uzeta u obzir, samo ako se mafija razmatra kao konzorcijum, koji je funkcionalno raširen. Oni su rezultat vekovnog procesa društvenog uređivanja, tokom kojih su korišćeni od strane njihovih članova da postignu mnoštvo ciljeva i da se upotrpuni mnoštvo funkcija.

Na fleksibilnost kao karakteristiku organizovanog kriminaliteta ukazao je već pomenuti J. Storbeck, direktor Evropola, na IV Međunarodnoj konferenciji Nacionalne kriminalističke obaveštajne službe Velike Britanije - NCIS, održanoj u Londonu od 13. do 15. novembra 2001. Godine. Govoreći o karakteristikama organizovanog kriminala, posebno je naglasio da su njegove glavne odlike danas: fleksibilnost i internacionalizacija mreže. Fleksibilnost pretpostavlja da se mnoge kriminalne grupe, bave različitim vrstama organizovanog kriminala. Njihova fleksibilnost se ogleda u vrlo brzom prebacivanju delatnosti sa jedne vrste organizovanih krivičnih dela na drugu. U tom smislu, P. Arlacchi navodi za primer sicilijansku Cosa Nostru. Kada je njihova prekookeanska mreža prodaje heroina otkrivena, kasnih osamdesetih, organizacija je prosto prenela centar svojih aktivnosti sa narkotika na iznude i korupciju. Druge kriminalne organizacije su se prebacile na nove poslove, kao što je pranje novca. Neke su se okrenule novim formama posla – trgovini belim robljem.³²

Infiltriranje u državne i privredne strukture

U neposrednoj vezi sa principom fleksibilnosti jeste nastojanje da se legalizuju poslovi kriminalnih organizacija. U tome je i bitna razlika u metodu rada organizovanih kriminalnih grupa i kriminalnih organizacija – posebno mafije. Mnoge kriminalne organizacije se u novije vreme pojavljuju kao legalna preduzeća. Na taj način oni pokušavaju da imitiraju svoje legalne konkurente, pomerajući fokus svojih aktivnosti sa jednog sektora na drugi – sa nelegalne trgovine kradenom robom na falsifikovanje novca, sa trgovine narkoticima na trgovinu ljudima, i tako dalje – sa

³¹ Williams, P.: „*The nature of Drug Trafficking Networks*”, *Current History* (April 1998).

³² Arlacchi, P.: *Mafia Business: The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism* (Oxford: Oxford University Press 1985).

lakoćom, koja nije bila poznata u prošlosti.³³ Tako G. O. V. Muler kaže se da svaki krug pranja novca završava infiltracijom u legalne poslove, bilo da je to kupovina deonica i obveznica, započinjanje poslova bilo ulazak u profitabilne operacije vlade.³⁴

Prenošenje delatnosti iz nelegalnog poslovanja u sektor legalnog stvara vezu između podzemlja i „gornjeg sveta”, što daje važnu podršku kriminalnim preduzećima, koja su umešana u razne nelegalne aktivnosti. Na taj način organizovani kriminalitet proširuje svoju mrežu uključujući profesionalce pravnog, finansijskog i bankarskog tipa, koji im pomažu i da sakriju veličinu svoje dobiti i da tu dobit investiraju u nove poslove. Mreže kriminala jednostavno proširuju opseg svojih delatnosti, jer preuzimaju pojedince ili organizacije, koje im na određen način pojednostvljuju, proširuju ili štite aktivnosti. Povremeno će mreže jednostavno vrbovati pojedince koji su na moćnim položajima ili koji imaju jake veze. U drugim slučajevima mreže organizovanog kriminala – korupcije su znatno institucionalnije po karakteru, a uspostavljanje veza među njima je formalnije.³⁵

Uočavajući ovu tendenciju kod organizovanog kriminaliteta, italijanski Nacionalni biro za borbu protiv mafije, uvodi pojam zavere - delo koje se po zakonu smatra krivičnim. Zavera tipa Mafije organizuje se sa ciljem pridobijanja direktne ili indirektno kontrole nad ekonomskim aktivnostima, autorizacijama, ugovorima o javnim nabavkama i uslugama ili profitom i drugim nezakonitim prednostima za samu organizaciju ili druge, ili radi sprečavanja ili opstruiranja slobodnih izbora, odnosno pridobijanja glasova za sebe ili druge na izborima.

Veza sa organima vlasti i drugim institucijama

Ono što organizovani kriminalitet bitno razlikuje od delatnosti drugih kriminalnih grupa, jeste njihova veza sa državom i njenim organima. Na osnovu tih veza, vođe i članovi kriminalnih organizacija poseduju imunitet koji im obezbeđuje nesmetano obavljanje ilegalnih aktivnosti. Evidentno je pitanje ostvarivanja veza kriminalne organizacije sa državom, njenim organima, političkim, ekonomskim i finansijskim subjektima. U tom smislu može se zaključiti da postoje neslaganja između autora u pogledu određivanja pojma organizovanog kriminala, što i opredeljuje dva

³³ Arlacchi, P.: *Mafia Business: The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism* (Oxford: Oxford University Press 1985).

³⁴ Muler, G. O. V.: *Transnacionalni kriminal: Definicije i koncepti*. Iz izveštaja Sekreterijata UN za Peti kongres UN po pitanjima prevencije kriminala i tretmanima prestupnika, New York: UN 1976, A/CONF./ 56/10, zvanični broj E.76.IV.2.

³⁵ Primer koji već dugo ilustruje ovo je mreža koja predstavlja vezu između Mafije i Hrišćanske demokratske partije u južnoj Italiji. Iz ovoga je korist partiji bila pomoć Mafije u pridobijanju glasova, a Mafija je, s druge strane, imala političku zaštitu i podršku, što je Italiju činilo oblašću malog rizika za posao, u kojoj i iz koje je ona vodila svoje poslove, mnogo većeg opsega. Williams, P.: „The nature of Drug Trafficking Networks”, *Current History* (April 1998).

osnovna shvatanja, u zavisnosti od toga da li je uspostavljanje odgovarajućih kriminalnih veza uslov za postojanje organizovanog kriminaliteta - uži ili širi pojam organizovanog kriminaliteta. Većina teoretičara smatra da je jedan od bitnih uslova nastanka i postojanja organizovanog kriminaliteta ostvarivanje veza sa organima vlasti, državnim organima, legalnim poslovnim subjektima i uticajnim političkim partijama i strankama. Uspostavljanje ovakvih veza ima za cilj da obezbedi što veće ustupke i veći društveni status za šefove kriminalnih organizacija. Te veze se ostvaruju na različitim nivoima i strukturama vlasti, bez obzira na to da li ti organi aktivno saraduju ili prećutno dozvoljavaju takvu aktivnost ovih organizacija.³⁶ Da bi došla do takvih veza, kriminalna organizacija koristi različite metode, kao što su korumpiranja, ucene, pritisci, iznuda i slično. Ovako ostvarena sprega onemogućava uočavanje nezakonitosti u poslovnim poduhvatima, a prisutna je i pojava da se sredstva dobijena na nezakonit način koriste za legalne poslove. Postoje mišljenja koja opravdano ističu da je organizovani kriminalitet zasnovan na slabostima političara. Dokaz za to jeste pojava da podmićivanjem političara i državnika, vode organizovanog kriminaliteta, ostvaruju monopol i obezbeđuju njegovo neometano funkcionisanje. Veliki broj autora smatra da bez povezanosti i pomoći politike i političara, organizovani kriminalitet ne bi mogao da postoji.

Sprega organizovanog kriminaliteta sa državom i njenim organima usmerena je ka parlamentu, skupštinskim telima, vladi, ministarstvima, policiji, sudovima, tužilaštvima, carini, inspekcijским organima, nosiocima lokalnih organa vlasti, ali ne prema njima kao celinama, već prema pojedincima koji su nosioci odgovarajućih ovlašćenja i koji pristaju na saradnju sa nosiocima i pojedincima iz organizovanog kriminaliteta. Pri tome, pojedinci iz organizovanog kriminaliteta uvek nastoje da ostvare vezu sa licima koja im mogu omogućiti dalje prodiranje u organe strukture vlasti i stvaranje adekvatnih veza sa vodećim ličnostima u određenim oblastima. Mnogi autori smatraju da organizovani kriminalitet ne može opstati, bez bar prećutnog tolerisanja predstavnika vlasti, a pojedine aktivnosti su u najmanju ruku neostvarive bez kvalifikovane podrške pojedinaca iz struktura vlasti.

Na vezu kriminalnog podzemlja, odnosno organizovanog kriminaliteta sa predstavnicima vlasti ukazuje i W. Chambliss, koji je proučavajući organizovani kriminalitet u Sijetlu došao do dva zanimljiva zaključka: da organizovani kriminalitet u ovom gradu nije pod kontrolom mafije i da su u njemu poslovni ljudi, političari i funkcioneri i funkcioneri sistema krivičnog pravosuđa uključeni u „podzemnu, nevidljivu industriju”, koja se gradi na ilegalnoj kocki, drogama, lihvarstvu, prevarama u biznisu i prostituciji.

Kada je u pitanju država i njeni organi ova veza je najčešće usmerena prema parlamentu, vladi, skupštinskim telima, ministarstvima, policiji, sudstvu, tužilaštvu, carini, inspekcijским organima i drugima. Međutim, ona nije usmerena prema te-

³⁶ Bošković, Milo, Skakavac, Z.: Organizovani kriminalitet – karakteristike i pojavni oblici, Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad, 2009, str. 9.

lima i organima kao celinama, već prema pojedincima koji imaju odgovarajuća ovlašćenja i koji su prihvatili saradnju sa organizovanim kriminalom. Ta saradnja, jednom prihvaćena, ne može se po svojoj volji jednostrano prekinuti jer organizovani kriminal to ne dozvoljava. Da bi izbegli kompromitovanje, otkrivanje kriminalne delatnosti i sačuvali svoje pozicije, ti pojedinci nemaju drugog izbora osim da nastave saradnju sa organizovanim kriminalom. Veze sa državnim i drugim organima ne održavaju cele kriminalne organizacije, već najčešće njihove vođe, koji najčešće ne učestvuju u neposrednoj realizaciji kriminalne aktivnosti. Veza između kriminalaca i zvaničnih predstavnika vlasti raste srazmerno značaju i moći koju ostvaruju i imaju kriminalci u svom poslu i zvanični predstavnici na društvenoj lestvici i položaju.

Korupcija kao stil rada

Veza između kriminalnog podzemlja i predstavnika vlasti reflektuje se, prema mišljenju američkih autora, u principu na dva načina. U pitanju je ili obavljanje „prljavih poslova” za državu ili je reč o korumpiranju pojedinaca, najčešće nosilaca javnih ovlašćenja.³⁷ Korumpiranje nosilaca javnih ovlašćenja, prema mišljenjima mnogih danas je veoma prisutno svuda u svetu. Na meti organizovanog kriminala su političari, sudije, tužioci, policajci, ministri, gradonačelnici i mnogi drugi.³⁸ Kada su u pitanju političari, podmićivanje je najviše izraženo na nivou lokalne vlasti, a korumpirani političari se najčešće otkrivaju kada dođe do promene vlasti.³⁹

Phill Williams zaključuje da u takvim okolnostima, „veza razmene među njima postaje mnogo bitnija, u smislu usluga koje zvaničnici čine kriminalcima i isplata koje ovi njima daju. Zvaničnici nisu sastavni deo kriminalnih preduzeća, ali su veoma važan deo kriminalnih mreža. Kao takvi oni pružaju veoma važne usluge mrežama, uključujući i bitna i pravovremena obaveštenja o aktivnostima vlasti i

³⁷ Sredinom prošlog veka u Americi su bili veoma aktuelni kontakti tajnih službi (pre svega CIE) sa vođama kriminalnog podzemlja. Tako npr., agenti ove službe angažovali su, između ostalog, više profesionalnih ubica iz podzemlja da izvrše atentat na kubanskog predsednika Fidela Kastru u periodu između 1959 - 1965. godine, ali i pored više pokušaja u tome nisu uspeali (Wickman and Whitten, 1980, str. 264). Ignjatović, Đ.: *Organizovani kriminalitet, drugi deo*, Policijska akademija, Beograd, 1998, str. 88 - 89.

³⁸ U literaturi se posebna pažnja posvećuje slučajevima podmićivanja policajaca, zbog činjenice da je policija skoro uvek prva u dodiru sa kriminalnim podzemljem. Određena istraživanja u Americi sedamdesetih godina prošlog veka (poznata Knappova komisija) pokazala su da je korupcija policije veoma rasprostranjena. Ignjatović, Đ.: *Organizovani kriminalitet, drugi deo*, Policijska akademija, Beograd, 1998, str. 88 - 89.

³⁹ Američka iskustva govore da su u zamku organizovanog kriminaliteta zahvaljujući korupciji dospeli mnogi političari, čak do samog vrha američke izvršne vlasti – odnosno Bele kuće, a određena istraživanja u ovoj zemlji govore da su i neki američki predsednici održavali bliske odnose na kriminalnim podzemljem. Poznati su i slučajevi iz nekih drugih zemalja, gde su i predsednici vlada bili u posebnoj vezi sa šefovima podzemlja (primer Italije, Kolumbije, Bolivije i drugih).

kriminalističkih službi. U suštini, ako je dovoljno ljudi na važnim pozicijama vlasti korumpirano i vrbovano na taj način, mreža može da računa na skoro potpunu zaštitu od nastojanja da se sprovede." Veze između kriminalaca i vlasti su prema njegovom mišljenju u mnogim državama postale jedna od najozbiljnijih prepreka u uspostavljanju demokratske uprave i delovanju ekonomije slobodnog tržišta. Nerazdvojive veze, takođe, postoje i na nižim nivoima, među policijom i carinom, koje primaju mito da bi obezbedili slobodan prolaz raznim vrstama švercovane robe. Mreže korupcije, i na političkom i na operativnom nivou su tajne i prožimaju svaku delatnost, što čini da je veoma teško boriti se protiv tako organizovanog kriminala.⁴⁰

Profit kao cilj

Profit je glavni motiv organizovanog kriminala i svaka njihova aktivnost usmerena je ka uvećanju dobiti. Maksimiziranje profita uz minimalna ulaganja je osnovna deviza njihovog poslovanja. Pri tome oni pokazuju sposobnost da se prilagođavaju svakoj promeni na tržištu, iz čega se može zaključiti da poseduju izuzetnu ekonomsku racionalnost. Oni deluju na svakom području koje može doneti dobru zaradu i u tom smislu uvek iznalaze profitno atraktivnija polja delovanja. Tehnologija koju koriste, često je efikasnija od one u legalnom biznisu.

Iako u literaturi ima i drugačijih stavova većina autora izričita je u mišljenju da je prvi i osnovni motiv za bavljenje organizovanim kriminalitetom - sticanje profita. Svaka druga aktivnost neposredno ili posredno usmerena je ka tom cilju. Thio tvrdi da je organizovani kriminalitet preduzeće koje godišnje zaradi više od deset najvećih američkih privrednih korporacija (među kojima i General Motors, Standard Oil i General Electric). Ta ogromna sredstva dele se tako da najveći deo kolača prisvaja mali broj ljudi koji ostvaruju ogromne zarade.⁴¹

Maksimalan profit uz minimalna ulaganja je osnovna deviza poslovanja kriminalnih kartela. Pri tome pokazuju sposobnost da se prilagođavaju svakoj promeni na tržištu, iz čega se može zaključiti da poseduju izuzetnu ekonomsku racionalnost. Oni deluju na svakom području koje može doneti dobru zaradu i u tom smislu uvek iznalaze profitno prihvatljivije delovanja. Tehnologija koju oni koriste, često je efikasnija od one u legalnom biznisu. Neki čak smatraju da se savremena mafija, može definisati u suštini kao finansijska mafija. Njen nezakoniti kapital usmerava se na finansijska tržišta gde se obrće i zatim ponovo investira u nezakonite aktivnosti. Finansijska mafija ima međunarodni domet aktivnosti. Procenjuje se da njena godišnja nezakonita zarada iznosi četrdeset pet biliona dolara. Infiltracijom u finansijski sistem mafija iskorišćava međunarodna pravila koja omogućavaju tajnost bankar-

⁴⁰ Williams, P.: *The nature of Drug Trafficking Networks*, Current History (april 1998) str.154 - 159.

⁴¹ Thio, A.: *Deviant Behavior*, Cambridge, 1988, str. 404.

skog poslovanja. Time se izbegava kontrola kapitala, iskorišćavaju nove forme cirkulacije i prikupljanja novca, tzv. „finansijske inovacije”, kao što su trustovi, netipične akcije i zajednički fondovi.⁴²

E. M. Schur citira predsedničku komisiju (Presidents Comision on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force Report: Organized Crime, p. 1,2): „Organizovane grupe kriminalaca učestvuju u svakoj ilegalnoj delatnosti, koja obećava maksimum profita, uz minimalni rizik mešanja od strane pravosuđa. Oni nude takvu robu i usluge, koje žele milioni Amerikanaca, čak i kada zakonodavstvo kvalifikuje tu robu i usluge kao protivzakonite. Organizovani kriminalitet obuhvata hiljade prestupnika, koji deluju u okviru takvih složenih struktura, kao što je to svaka velika korporacija. Njegove radnje nisu impulsivne nego su pre rezultat složenih prikrivenih operacija koje se vrše tokom mnogih godina sa ciljem da sebi potčini čitave oblasti delatnosti i time neizmerno poveća svoj profit.”⁴³

Da je profit osnovni cilj, govori i podatak da je organizovani kriminalitet najzastupljeniji u zemljama gde je kapital i koncentrisan. Otuda neki autori s pravom konstatuju da se transnacionalne kriminalne organizacije nisu premestile na bogati zapad u nameri da podrivaju međunarodnu bezbednost, već da nelegalnim poslovanjem, zarade što više novca. U nekim slučajevima u pitanju su politički zadaci, a u drugim lična pohlepa.⁴⁴

Vlast - moć kao globalni cilj

Zahvaljujući velikoj finansijskoj moći, organizovani kriminalitet nastoji da utiče na kreiranje zvanične politike u pojedinim zemljama, za šta postoje mnogobrojni primeri. Opšte je poznato da u predsedničkim kampanjama u dobroj meri u finansiranju učestvuje i organizovani kriminalitet.⁴⁵ S obzirom na ogromnu finansijsku moć koju organizovani kriminalitet ima zahvaljujući kriminalnoj delatnosti, posebno od trgovine drogom, oružjem, ljudima, organizovane prostitucije i drugih oblika ovog kriminala, šefovi kriminalnih organizacija su u mogućnosti da deo novca investiraju u stvaranje svog lobija. Na taj način mafijaški bosovi uspostavljaju svoju infrastrukturu među uticajnim ljudima širom sveta. Među njima se nalaze ministri, kongresmeni, senatori, sudije, tužioci, policajci, lideri političkih stranaka, predsednici opština i drugi uticajni ljudi. Zahvaljujući enormnim sumama novca, šefovi krimi-

⁴² Albanese, J. S. – Das, D. K. Verma, A.: *Organized Crim - World Perspectives*, 2003. upper Saddle River, New Jersey 07458.

⁴³ Schur, E. M. : *Our Criminal Society*, ruski prevod M. 1977, str. 298.

⁴⁴ Bovenkerk, F. and Yesilgoz, Y. : *De Maffia van Turkie* (Amsterdam: Meulenhoff, 1998).

⁴⁵ Prema nekim procenama, čak petnaest procenata sredstava za izborne fondove (na svim nivoima izbora) formira se od „priloga” organizovanog kriminala (Thio, 1988, str. 408) – Ignjatović, Đ.: *Organizovani kriminalitet, drugi deo*, Policijska akademija, Beograd, 1988, str. 90 - 91.

nalnog podzemlja utiču i na javno mnjenje, unutrašnju, pa čak i na spoljnu politiku jedne zemlje.⁴⁶

Kriminalne organizacije imaju poseban interes da se uključe u predsedničke i parlamentarne kampanje. Uspeh na izborima ljudi iza kojih oni stoje omogućava im izvlačenje basnoslovnih zarada, s jedne strane, i osujećenje funkcionisanja zakoni-tog mehanizma, s druge strane. Kriminalni sindikati tačno znaju šta treba da rade – bore se za reizbor svojih prijatelja i pomažu da partija koju oni favorizuju dobije što više glasova. Kako ti sindikati imaju ogromnu moć i mogu sebi da dopuste plaćanje velikih svota novca za nameštanje izbora, oni to i čine podešavanjem glasova za one političare koji su spremni da daju određene olakšice koje su potrebne za nastavak njihovih visokoprofitnih operacija ilegalnog biznisa.

Ogromna finansijska sredstva nastala kriminalnim radnjama, naglim bogaće-njem kriminalnih lobija u simbiozi s nosiocima političkog uticaja u jednom društvu su veliki izazov i rizik po bezbednost samog društva ne samo na lokalnom i državnom već i na regionalnom planu. Moć nastala iz takve sprege preko finansijskih insti-tucija ugrožava pravni sistem, slabi njegovu društvenu funkciju i socijalnu prirodu, razvijajući svojevrсни parasistem, koji se nameće celom društvu kao realnost koju ne možemo pravdati, ali eto možemo razumeti i nužno prihvatiti, prilagođavajući mu se i sami prihvatiti ta pravila društvene igre kao nužnost.

Ostale karakteristike

Pored navedenih, u karakteristike kriminalnih organizacija mafijaškog tipa mogu se svakako ubrojati i sledeće: korišćenje savremenih naučnih i tehničkih do-stignuća; raznovrsnost oblika kriminalnog delovanja; odvojenost rukovodnih od operativnih poslova; kontinuirano i plansko delovanje; upuštanje u otvoreni obračun sa organima vlasti – državom i drugo.

Zaključak

Ma koliko izgledao kao savremeni društveni fenomen, organizovani krimi-nalitet je u suštini univerzalna i istorijska pojava, prisutan u različitim formama u svim delovima sveta. Predstavlja specifični oblik savremenih vidova profesio-nalnog kriminaliteta koji se po mnogim osobinama razlikuje i od tradicionalnih vidova zločinačkog udruživanja, kao i od klasičnih oblika kriminaliteta. Pojedini pojavni oblici njegovog manifestovanja poprimaju dramatične razmere i ozbiljno ugrožavaju globalnu bezbednost sveta. U stručnoj literaturi nema jedinstvenih mišljenja o

⁴⁶ Treba se podsetiti svojevremene izjave Pabla Eskobara, kolumbijskog kralja kokaina, koji je kolum-bijskoj Vladi ponudio da isplati njen spoljni dug od četiri milijarde dolara u zamenu za obustavljanje progona njega i njegove organizacije.

njegovim karakteristikama. U ovom radu ukazano je na njegove najvažnije karakteristike, kako one koje su evidentne već tradicionalno, tako i na one koje do punog izražaja dolaze u savremeno vreme.

Literatura

Albanese, J. S. – Das, D. K. Verma, A.: *Organized Crime - World Perspectives*, 2003. upper Saddle River, New Jersey 07458.

Albini, J. L.: *The American Mafia: Genesis of a Legend* (New York: Irvington, 1971).

Albert K. Cohen, „The Concept of Criminal Organization”, *The British Journal of Criminology*, 1997.

Arlacchi, P.: *Mafia Business: The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism* (Oxford: Oxford University Press 1985).

Beare, M. E.: *Criminal Conspiracies. Organized Crime in Canada* (Toronto: Nelson Canada, 1996).

Bošković, Milo, Skakavac, Z.: *Organizovani kriminalitet – karakteristike i pojavnici oblici*, Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad, 2009.

Bovenkerk, F. and Yesilgoz, Y.: *De Maffia van Turkije* (Amsterdam: Meulenhoff, 1998).

Clawson P. and Rensselaer, L.: *The Andean Cocaine Industry* (New York): st. Martins.

Cyrille Fijnaut, *Organized Crime in the Netherlands* (The Hague: Kluwer Low International, 1998).

Eisenberg, U.: *Kriminologie*, Koln, 1985.

Falcone, G. Falcone and Padovani, M.: *Cose di Cosa Nostra*, Milan: Rizzoli, 1991. Ianni, F. : *A Family Business: Kinship and Social Control in Organized Crime*, New York, 1972.

Ignjatović, Đ.: *Organizovani kriminalitet, drugi deo*, Policijska akademija, Beograd, 1998.

Kramen, A.: „Race, Inferiority, Crime, and Research Taboos”, u izdanju *Edvard Saragina Taboos in Criminology* (Beverly Hills and London: Sage, 1980).

Milutinović, M.: *Kriminologija*, šesto izdanje, Beograd, 1988.

Muler, G. O. V.: *Transnacionalni kriminal: Definicije i koncepti*. Iz izveštaja Sekretarijata UN za Peti kongres UN po pitanjima prevencije kriminala i tretmanima prestupnika, New York: UN 1976, A/CONF./ 56/10, zvanični broj E.76.IV.2.

Paoli, L.: *The pledge to security: culture, structure and cation of mafija associations*; doktorska disertacija na Institutu evropskog univerziteta, Firenca, 1997.

- Reckless, W.C.: The Crime Problem, New York, 1961.
- Schmalleger, F.: *Criminology Today*, Englewood Cliffs, 1996.
- Shibutani, T.: Society and Personality, na ruskom, M, 1969.
- Schur, E. M.: Our Criminal Society, ruski prevod M. 1977.
- Thio, A.: Deviant Behavior, Cambridge, 1988.
- Vodinelić, V.: Bezbednost, broj 1/1992.
- Woetzel, R.: An Overview of Organized Crime: Mores versus Morality, Annals of the Academy of Political and Social Science, May 1963.
- Williams, P.: „The nature of Drug Trafficking Networks”, CurrentHistory (April 1998).
- Weschke, E.: „Netzstruktur Kriminalitat”, Kriminalistik, broj 6/1986.

Summary

No matter how much it looked like a modern social phenomenon, organized crime is essentially universal and historical phenomenon, existing in various forms in all parts of the world. It represents a specific form of professional crime contemporary forms, which, according to many characteristics, differs from traditional forms of criminal association, as well as traditional forms of crime. Some forms of its manifestation takes on dramatic proportions and seriously threaten global security of the World. In the professional literature there is no unified opinion about its characteristics. In this paper its most important characteristics are pointed up, ones that are traditionally evident, and those which comes to full expression in modern time.

KAZNA POLUZATVORA U ITALIJANSKOM KRIVIČNOM PRAVU KAO MOGUĆI PRAVNI TRANSPLANT¹

Ana Batrićević*

***Apstrakt:** Konstantan porast broja osuđenika u penitencijarnim ustanovama pogađa mnoge pravne sisteme, uključujući i Republiku Srbiju. U pokušaju da spreči ovaj negativni trend, naš zakonodavac je izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz 2006. godine, koje su učinjene 2009. i 2011. godine, stvorio normativne okvire za izvršenje kazne lišenja slobode u prostorijama u kojima osuđeni stanuje, uz mogućnost primene elektronskog nadzora. Poluzatvor (semidetenzione), prisutan u italijanskom krivičnom pravu od 1981. godine, omogućava ostvarivanje sličnih ciljeva. Međutim, čini se da poluzatvor ostavlja manje prostora za zloupotrebu slobode, dozvoljavajući viši stepen kontrole nad osuđenim licem. Imajući u vidu navedene prednosti poluzatvora, autor kritički analizira pojam, pravnu prirodu, uslove i postupak za primenu i opoziv ove kazne u italijanskom krivičnom pravu, razmatrajući pri tom mogućnost transplantovanja ovog instituta u pravni sistem Republike Srbije.*

***Ključne reči:** poluzatvor, polusloboda, „kućni zatvor“, kazna lišenja slobode, pravni transplant.*

Uvod

Prenaseljenost penitencijarnih ustanova predstavlja ozbiljnu prepreku za ostvarivanje osnovne svrhe ove krivične sankcije, ali i pretnju po elementarna ljudska prava osuđenika, zagarantovana nizom međunarodnih i nacionalnih dokumenata. Republika Srbija je, naročito u poslednje vreme, postala zemlja sa visokom stopom osuđenih lica² (među prvih deset u Evropi), po čemu prednjači i u odnosu na ostale bivše jugoslovenske republike (Stojanović, 2009:12). U našoj zemlji može se

* Ana Batrićević, istraživač – pripravnik, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu broj 47011 Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² Kvota osuđivanosti predstavlja odnos između broja osuđenih lica i 100 000 stanovnika u vremenskom periodu od godinu dana (Konstantinović Vilić, Kostić, 2006:29).

uočiti kontinuirani rast broja lica na izdržavanju kazne zatvora (kao i lica kojima je određena mera pritvora), koji nije praćen ni proporcionalnim povećanjem smeštajnih kapaciteta nadležnih ustanova. Ukupni kapaciteti svih zatvora u Republici Srbiji procenjuju se na maksimalnih 7000 mesta, a u njima je krajem decembra 2009. godine bilo smešteno preko 11000 osoba.³ Prenaseljenost se može okarakterisati kao suštinski problem, budući da pogađa kvalitet smeštaja, higijene i ishrane, zdravstvene zaštite, bezbednosti i druge segmente života osuđenika i pritvorenika. Zato se u izveštajima Zaštitnika građana Republike Srbije naglašava da, iako tortura u našim penitencijarnim ustanovama ne postoji kao institucionalna ili sistemska pojava, pojedini uslovi smeštaja, usled prenaseljenosti, mogu biti opisani kao nehumani i ponižavajući.⁴

U nastojanju da stane na put negativnom trendu preopterećenosti smeštajnih kapaciteta zatvora, naš zakonodavac je načinio veći broj izmena i dopuna postojećih, ali i usvojio neke nove pravne akte zakonskog i podzakonskog karaktera. Njima je, između ostalog, stvoren normativni okvir koji bi trebalo da omogući da se, onda kada je to opravdano i celishodno, kazna lišenja slobode izvršava izvan penitencijarne ustanove. Krivičnim zakonikom predviđena je mogućnost da sud osuđenom, kojem je izrečena kazna zatvora do 1 godine, odredi da se ta kazna izvrši tako što osuđeni ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u zakonom predviđenim slučajevima.⁵ Postupak i način izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje, kao i organi nadležni za sprovođenje ove sankcije, slučajevi u kojima osuđeni izuzetno može napustiti prostorije u kojima stanuje, postupanje u slučaju da osuđeni te prostorije samovoljno napusti, kao i primena mera elektronskog nadzora, detaljno su uređeni odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija⁶, kao i posebnim podzakonskim aktom – Pravilnikom o načinu izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje⁷.

U našem krivičnom zakonodavstvu, izvršenje kazne lišenja slobode izvan penitencijarne ustanove predstavlja značajnu novinu. Njena opravdanost i efikasnost na planu suzbijanja kriminaliteta moći će da se procene tek na osnovu buduće prakse nadležnih državnih organa. Međutim, u uporednom pravu već decenijama postoji veliki broj različitih instituta koji, bilo kao autonomne krivične sankcije

³ Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2009. godinu, "Službeni glasnik RS", br. 23/2010.

⁴ Videti: Redovan godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2007. godinu, "Službeni glasnik RS", br. 38/2008, Redovan godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2008. godinu, "Službeni glasnik RS", br. 23/2009, Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2009. godinu, "Službeni glasnik RS", br. 23/2010.

⁵ Čl. 45. st. 5. Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009.

⁶ Čl. 174. a – 174. e., - Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, "Službeni glasnik RS", br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011.

⁷ Pravilnik o načinu izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje "Službeni glasnik RS", br. 64/2010.

– supstituti kazne zatvora, bilo kao svojevrsne alternativne mere, omogućavaju da lišenje slobode prestupnika bude izrečeno, odnosno izvršeno u formi koja je drugačija od „klasične“ kazne zatvora kako bi se izbegle negativne posledice zatvorske socijalizacije (prizonizacije) (više o tome: Nikolić, 2008:123). Kao jedna od njih može se izdvojiti kazna poluzatvora (*semidetenzione*), koja je već nekoliko decenija prisutna u italijanskom krivičnom zakonodavstvu.

1. Pojam poluzatvora i uslovi za njegovo izricanje u italijanskom krivičnom pravu

Poluzatvor (*semidetenzione*) spada u kazne bliske kazni lišenja slobode, koje su po svom načinu izvršenja u određenoj meri povezane sa nekom penitencijarnom ustanovom (Pradel, 2009:35). Reč je o posebnoj, alternativnoj⁸ kazni, odnosno o svojevrsnom supstitutu klasične kazne lišenja slobode, a ne o modalitetu njenog izvršenja. Poluzatvor predstavlja supstitut za takozvane „kratke“ kazne lišenja slobode⁹ i sastoji se u obavezi osuđenog lica da provodi najmanje deset časova dnevno u Ustanovi za izvršenje krivičnih sankcija u režimu poluslobode ili u autonomnim odeljenjima posebnih ustanova namenjenih za izvršenje ove kazne.¹⁰

Kazna poluzatvora uvedena je u italijanski pravni sistem 1981. godine, kada je usvojen Zakon o depenalizaciji (*Legge di depenalizzazione*)¹¹. Odredbe posvećene pojmu poluzatvora, uslovima za njegovo izricanje, načinu njegovog izvršenja i slučajevima u kojima dolazi do njegovog opoziva i zamene kaznom zatvora, sistematizovane su u okviru 3. poglavlja ovog zakona, pod naslovom „Sankcije koje predstavljaju zamenu za kratke¹² kazne lišenja slobode“ (*Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*)¹³. Ovim poglavljem regulisano je nekoliko takvih supstitutivnih sankcija, odnosno kazni. Kada sudija smatra da treba doneti osuđujuću presudu, pri čemu kaznu lišenja slobode treba odmeriti tako da ne prelazi period od dve godine, on može zameniti takvu kaznu kaznom poluzatvora (*semidetenzione*).¹⁴ U slučaju da sudija smatra da izrečena kazna lišenja slobode ne treba da traje duže od godinu dana, može je zameniti i kontrolisanom slobodom (*liberta' controllata*)¹⁵, a ukoliko kazna lišenja slobode

⁸ U užem smislu, alternativna krivična sankcija obuhvata svaku krivičnu sankciju, koja, prema odgovarajućem zakonskom mehanizmu, supstituiše kaznu zatvora, kao kaznu koja je prvenstveno zastupljena u konkretnim inkriminacijama u posebnom delu krivičnog zakonika (Škulić, 2009:34).

⁹ Prema pojedinim teorijskim shvatanjima, kratkim kaznama lišenja slobode smatraju se one koje su izrečene u trajanju do 6 meseci, ali ima i onih koje epitet kratkotrajnih pripisuju i onima koje su izrečene u trajanju do godinu dana (više o tome: Jovašević, 1998:189).

¹⁰ Čl. 53., Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981), preuzeto sa:
<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34593>

¹¹ Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981), preuzeto sa:
<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34593>

¹² Iz odredaba Zakona o depenalizaciji, sledi da se u italijanskom pravu kratkim kaznama lišenja slobode smatraju kazne izrečene u trajanju do dve godine.

¹³ Capo III - Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, čl. 53-85., Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981), preuzeto sa: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34593#capo3>

¹⁴ Čl. 53. st.1.

¹⁵ Čl. 53. st.1.

neće trajati duže od 6 meseci, sudija može odlučiti da je zameni i novčanom kaznom u odgovarajućem iznosu (*pena pecuniaria*)¹⁶.

Zakonom su određene granice diskrecionih ovlašćenja koja sudiji pripadaju u pogledu zamene kazne lišenja slobode. Sudija može, u granicama određenim zakonom i vodeći računa o kriterijumima navedenim u članu 133. Krivičnog zakonika Republike Italije, zameniti kaznu lišenja slobode nekom od supstitutivnih kazni (u koje spada i kazna poluzatvora) tako što će odabrati onu koja će biti najpogodnija za reintegraciju osuđenog u socijalnu sredinu. Kazna lišenja slobode ne može se zameniti ukoliko sudija stekne utisak da osuđeni neće ispunjavati obaveze koje prate supstitutivnu sankciju. Sudija je u svakom slučaju dužan da posebno navede motive koji opravdavaju njegov izbor tipa izrečene sankcije.¹⁷

Osim visine kazne zatvora koja bi bila izrečena učiniocu, propisani su i dodatni – subjektivni uslovi, koji takode moraju biti ispunjeni da bi došlo do zamene kazne lišenja slobode nekom od supstitutivnih kazni. Kazna lišenja slobode ne može biti zamenjena ukoliko se postupak vodi protiv lica koje je na osnovu jedne ili više presuda već bilo osuđeno na bezuslovnu kaznu zatvora koja prelazi tri godine, a zatim učinilo „novo“ krivično delo u periodu od 5 godina od prethodne osude.¹⁸ Kazna lišenja slobode, koja je izrečena za krivično delo učinjeno u poslednjih deset godina, ne može biti zamenjena poluzatvorom: 1) u postupku protiv lica koje je već više od dva puta bilo osuđeno za krivična dela iste prirode; 2) u postupku protiv lica kome je supstitutivna kazna, izrečena prethodnom osudom, bila zamenjena kaznom lišenja slobode zbog nepoštovanja zabrana koje su inherentne kazni poluzatvora, i 3) u postupku protiv lica koje je učinilo krivično delo dok je bilo podvrgnuto meri bezbednosti pod nazivom „nadzirana sloboda“ (*misura di sicurezza della liberta vigilata*) ili preventivnoj meri pod nazivom „specijalni nadzor“ (*misura di prevenzione della sorveglianza speciale*).¹⁹

Do 2003. godine, postojalo je i ograničenje objektivnog karaktera, koje je onemogućavalo izricanje supstitutivne kazne licu koje je učinilo neko od Zakonom o depenalizaciji taksativno nabrojanih krivičnih dela (gde spadaju, na primer: korupcija u javnoj službi²⁰, podstrekavanje na korupciju²¹, lažno svedočenje²², skrivljeni delikti

¹⁶ Čl. 53. st.1. i st. 2.

¹⁷ Čl. 58.

¹⁸ Čl. 59. st. 1. tačka 1.

¹⁹ Čl. 59. st. 1. tačka 2.

²⁰ Čl. 320. Codice penale, testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19. ottobre 1930., n. 1398., coordinato ed aggiornato con le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge 21 febbraio 2006, n. 102, Legge 24 febbraio 2006, n. 85, Legge 31 luglio 2006, n. 241, Decreto Legge 8 febbraio 2007, n. 8, decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, Legge 18 marzo 2008, n. 48, Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92, D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, Legge 18 giugno 2009, n. 69, Legge 15 luglio 2009, n. 94, Legge 23 dicembre 2009, n. 191, D.L. 4 febbraio 2010, n. 4 convertito in Legge di conversione 31 marzo 2010, n. 50), preuzeto sa: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>

²¹ Čl. 322.

²² Čl. 372.

protiv javnog zdravlja²³). Odredba Zakona o depenalizaciji koja se odnosila na ovaj objektivni uslov, stavljena je van snage 2003. godine²⁴, tako da od tada navedeni uslov ili ograničenje objektivnog karaktera više ne postoji.

2. Opravdanost primene kazne poluzatvora

„Kućni zatvor“²⁵, kao oblik kazne koji bi trebalo da umanju preterano veliki broj osuđenika u zatvorima, ima izvesne prednosti u vidu ekonomičnosti, zadržavanja posla i nastavka vođenja porodičnog života od strane osuđenog, fleksibilnosti koja omogućava prilagođavanje individualnim potrebama delinkventa i društvene zajednice, kao i održavanja uslova udobnosti svakodnevnog života (Konstantinović Vilić, Kostić, 2006:251). Takođe, ovakav način izdržavanja kazne lišenja slobode sprečava izlaganje osuđenog lica negativnim uticajima zatvorskog okruženja, što je naročito važno kod primarnih prestupnika.

Uprkos svim navedenim prednostima, „kućni zatvor“ sa sobom nosi i određene nepogodnosti. Kao najznačajniji nedostaci ove sankcije ističu se: sužavanje mreže socijalne kontrole usled fokusiranja samo na prismostru prestupnika, uticaj klasne i rasne pripadnosti (diskriminacija) prilikom odabira prestupnika prema kome će ova sankcija biti primenjena i činjenica da je opšta javnost pre doživljava kao luksuz, a ne kao kaznu. Takođe, ističe se da primena ove sankcije doprinosi umanjenu bezbednosti društvene zajednice (Konstantinović Vilić, Kostić, 2006:251). Bez obzira na brojna ograničenja i zabrane i mogućnost primene elektronskog nadzora, boravak prestupnika na slobodi (ma koliko ograničena i kontrolisana ona bila) bez bilo kakvog kontakta sa penitencijarnom ustanovom, predstavlja latentan izvor opasnosti i otvara prostor za brojne zloupotrebe.

Nedostaci „kućnog zatvora“ ne znače da od njegove primene treba u potpunosti odustati, već da konstantno treba tragati za što boljim rešenjima iz uporednog prava koji bi mogli biti preuzeti i implementirani u domaće zakonodavstvo. Pravni transplantati – prenošenje pravila ili sistema prava iz jedne u drugu zemlju ili iz jednog naroda u drugi – uobičajeni su još od doba najranije pisane istorije (Votson, 2000:47). Naravno, to ne bi smelo biti učinjeno nekritički i bez odgovarajućih prilagođavanja socijalnim i ekonomskim prilikama u našoj zemlji. Ti, „novi“ pravni transplantati ne bi istisnuli „kućni zatvor“ (koji i sam, naročito u kombinaciji sa elektronskim nadzorom predstavlja novinu²⁵) iz našeg pravnog sistema, budući da

²³ Čl. 452.

²⁴ Čl. 60. st. 1. Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981), koji je stavljen van snage na osnovu člana 4. st. 1. tačka c., Legge 12. giugno 2003., n. 134. “Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti “Gazzetta Ufficiale“ n. 136. del 14. Giugno 2003., preuzeto sa: <http://www.camera.it/parlam/leggi/031341.htm>

²⁵ Elektronsko praćenje osuđenika predstavljeno je u SAD još 1964. godine, ali tek poslednjih godina XX veka postaje široko rasprostranjeno (Više o tome: Konstantinović Vilić, Kostić, 2006:252).

su već stvoreni i normativni i faktički uslovi za njegovu primenu. Nasuprot tome, njihova koegzistencija značila bi širi dijapazon supstituta „klasične“ kazne zatvora, a pogodovala bi i individualizaciji načina izvršenja kazne zatvora okolnostima i potrebama svakog osuđenog.

Kao jedan od potencijalnih pravnih transplanata, mogao bi se razmotriti i poluzatvor „*semidetenzione*” – ustanova koja je već nekoliko decenija zastupljena u italijanskom krivičnom pravu. Sa jedne strane, primena ove sankcije, isto kao i izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje, omogućava smanjenje broja lica koja se (tokom celog dana) nalaze u zavodima, kao i državne troškove u pogledu njihovog svakodnevnog života. Za razliku od klasičnog „kućnog zatvora”, poluzatvor omogućava veću kontrolu nad kretanjem i dnevnim aktivnostima osuđenog lica i vršenje pojačanog uticaja na njegovo ponašanje od strane organa formalne socijalne kontrole. Time se smanjuje i mogućnost zloupotrebe „slobode” koja je osuđenom licu data, kao i opasnost koja bi se usled njegovog boravka na slobodi mogla javiti po okolinu. Imajući to u vidu, uslovi i postupak za izricanje ove sankcije, način njenog izvršenja i uslovi za njeno opozivanje u italijanskom pravu analizirani su u kontekstu njenog eventualnog „presađivanja” i primene u pravnom sistemu Republike Srbije.

3. Karakteristike kazne poluzatvora

Prema Zakonu o depenalizaciji, poluzatvor, kao kazna alternativna „klasičnoj” kazni zatvora i povezana sa penitencijarnom ustanovom, uvek podrazumeva obavezu osuđenog lica da najmanje deset sati u toku dana provodi u ustanovi za izvršenje kazne lišenja slobode.²⁶ Osuđeni će tokom tog vremenskog perioda boraviti ili u samoj ustanovi zavodskog tipa ili u posebnim odeljenjima ovih ustanova u režimu poluslobode (*regime di semilibertà*)²⁷, koja se nalaze u mestu prebivališta osuđenog lica ili u blizini tog mesta. Vreme koje će osuđeni provoditi u navedenoj ustanovi ili odeljenju određuje se u zavisnosti od njegovih radnih obaveza ili obaveza koje ima u vezi sa svojim obrazovanjem.²⁸ U dispozitivu osuđujuće presude ili dekreta o kažnjavanju mora se navesti vrsta i trajanje kazne lišenja slobode koja je zamenjena poluzatvorom, kontrolisanom slobodom ili novčanom kaznom.²⁹ Konkretizacija modaliteta izvršenja kazne poluzatvora u svakom pojedinačnom slučaju prepuštena je Službi za nadzor. Izvod iz presude kojom je izrečen poluzatvor ili kontrolisana sloboda dostavlja se ovlašćenom službenom licu Službe za nadzor, nadležne prema

²⁶ Čl. 55. st. 1. Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981)

²⁷ Čl. 48. Legge 26. luglio 1975. n. 354., Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, „Gazzetta Ufficiale“, 9. agosto 1975., n. 212., preuzeto sa: https://www.giustizia.it/giustizia/prot/it/mg_15.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=LEG49585

²⁸ Čl. 55. st.1. Legge di depenalizzazione (Lege 689/1981)

²⁹ Čl. 61.

mestu prebivališta osuđenog. Ovlašćeno službeno lice Službe za nadzor određuje način izvršenja kazne, vodeći računa o ograničenjima koja su svojstvena (inherentna) ovoj vrsti kazne.³⁰

Pored obaveze da u zavodskim prostorijama provodi određeni deo dana, izricanje kazne poluzatvora povlači za sobom i sledeće zabrane i ograničenja za osuđeno lice: 1) zabranu držanja po bilo kom osnovu oružja, municije i eksploziva, čak i ukoliko je pre izricanja ove kazne osuđeno lice za to imalo odgovarajuću dozvolu izdatu od strane policije³¹; 2) suspenziju važenja vozačke dozvole³²; 3) oduzimanje pasoša³³; 4) obavezu osuđenog lica da čuva, kao i da na svaki zahtev predstavnika policije u terminu koji oni odrede pokaže kopiju naredbe o određivanju ili modifikaciji obaveza koju mu je izdalo ovlašćeno službeno lice Službe za nadzor.³⁴ Kada se osuđeno lice bavi nekim poslom čije vršenje zahteva posedovanje vozačke dozvole, ovlašćeno službeno lice koje obavlja nadzor može ograničiti suspenziju važenja vozačke dozvole, tako da se ne ometa obavljanje posla od strane osuđenog.³⁵ Tokom perioda dana koji osuđeni provodi u odgovarajućoj instituciji, odnosno njenom posebnom odeljenju, na njega se shodno primenjuju³⁶ odredbe Zakona iz 1975. godine, kojim je regulisano izvršenje sankcija koje podrazumevaju lišenje slobode³⁷, kao i Dekreta predsednika republike iz 1976. godine³⁸, posvećenog detaljnijem regulisanju ove materije.

Naredba kojom se utvrđuje modalitet izvršenja kazne (i poluzatvora i kontro-lisane slobode) odmah se, radi izvršenja, dostavlja Kancelariji za javnu bezbednost opštine na čijoj teritoriji osuđeni ima prebivalište ili, u nedostatku iste, mesno nadležnoj upravi policije.³⁹ U slučaju poluzatvora, naredba se predaje i direktoru penitencijarne ustanove u koju se osuđeni upućuje.⁴⁰ Po prijemu naredbe, nadležni policijski organ predaje kopiju iste osuđenom, naređujući mu da se, počevši od prvog narednog dana, pridržava u njoj sadržanih obaveza. Pored toga, nadležni policijski organ obezbediće

³⁰ Čl. 62. st. 1.

³¹ Čl. 55. st. 2. tačka 1.

³² Čl. 55. st. 2. tačka 2.

³³ Čl. 55. st. 2. tačka 3.

³⁴ Čl. 55. st. 2. tačka 4. u vezi sa čl. 62. i čl. 64.

³⁵ Čl. 62. st. 1.

³⁶ Čl. 55. st. 3.

³⁷ Legge 26. luglio 1975. n. 354., Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, „Gazzetta Ufficiale“, 9 agosto 1975., n. 212., preuzeto sa: https://www.giustizia.it/giustizia/prot/it/mg_15.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=LEG49585

³⁸ Decreto Presidente Repubblica 29. aprile 1976., n. 431., Approvazione del regolamento di esecuzione della L. 26. luglio 1975., numero 354., recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, „Gazzetta Ufficiale“, 22. giugno 1976., n. 162., preuzeto sa: http://www.edscuola.it/archivio/norme/decreti/dpr431_76.html

³⁹ Čl. 62. st. 3. Legge di depenalizzazione (Legge 689/1981)

⁴⁰ Čl. 62. st. 4.

oduzimanje i čuvanje oružja, municije i eksploziva, vozačke dozvole i pasoša osuđenog tokom trajanja kazne.⁴¹

Službenik za nadzor može modifikovati način izvršenja kazne poluzatvora (kao i kontrolisane slobode) u slučaju kada je to nužno. Zahtev za izmenu obaveza iz naredbe o izvršenju nema suspenzivno dejstvo u odnosu na izvršenje kazne poluzatvora, ali u situaciji apsolutne hitnosti, obaveze iz naredbe mogu biti izmenjene na osnovu privremene mere, koja se može ukinuti u bilo kojoj fazi postupka izvršenja. Naredba koja sadrži takvu privremenu meru odmah se predaje nadležnom policijskom organu ili direktoru nadležne ustanove za izvršenje krivičnih sankcija ili odeljenja nadležnog za kontrolu primene obaveza.⁴² Obaveze, odnosno zabrane koje su inherentne kazni poluzatvora ne mogu biti naknadno modifikovane.⁴³

Kancelarija za javnu bezbednost⁴⁴ prema mestu u kome osuđeni izdržava kaznu poluzatvora ili kontrolisane slobode, ili, u nedostatku iste mesno nadležna uprava policije, periodično proverava da li osuđeni ispunjava obaveze koje su mu nametnute. Organ nadležan za vršenje kontrole sadrži registar svih lica koja izdržavaju ove kazne, kao i posebnu evidenciju o svakom osuđenom koji je podvrgnut kontroli.⁴⁵

4. Pravna priroda poluzatvora

Specifičnosti u vezi sa sadržinom, uslovima za izricanje i načinom izvršenja poluzatvora izvor su brojnih nedoumica prilikom određivanja pravne prirode ovog instituta. S obzirom na navedene karakteristike poluzatvora, može se postaviti pitanje da li je reč o svojevrsnoj autonomnoj kazni, posebnoj alternativnoj krivičnoj sankciji, odnosno meri ili samo jednom od modaliteta izvršenja kazne lišenja slobode.

U teoriji se ističe da poluzatvor egzistira kao autonomna kazna, pored kazne lišenja slobode, novčane kazne, kazne rada u javnom interesu itd., te da se ne može smatrati samo načinom ili režimom izvršenja kazne zatvora. U tom kontekstu treba istaći da se termin „poluzatvor“ često se poistovećuje sa terminom „polusloboda“. Međutim, uprkos određenim sličnostima, oni ipak označavaju dva različita pojma. Naime, polusloboda se može svrstati u takozvane „liberalne“ modele izvršenja kazne zatvora, koji osuđenom dozvoljavaju da se tokom izdržavanja kazne udalji iz ustanove na nekoliko sati u toku dana. To znači da polusloboda predstavlja obavezu zatvorenika da provede minimum časova ili dana u ustanovi, a ostatak vremena izvan zatvora i to vreme mu služi za primenu tretmana, obavljanje neke profesije

⁴¹ Čl. 63. st. 1.

⁴² Čl. 64. st. 1.

⁴³ Čl. 64. st. 2. u vezi sa čl. 55.

⁴⁴ Više o tome videti na zvaničnoj internet prezentaciji Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Italije:

http://www1.interno.it/mininterno/site/it/sezioni/ministero/dipartimenti/dip_pubblica_sicurezza/index.html

⁴⁵ Čl. 65. st. 1. Legge di depenalizzazione (Legge 689/1981)

ili za profesionalnu obuku (Pradel, 2009:84). Sa druge strane, poluzatvor se smatra samostalnom kaznom, koja u sebi sadrži i elemente kazne zatvora i elemente slobode i koju, kao takvu, sud može izreći učiniocu krivičnog dela, kao i bilo koju drugu kaznu kada su za to ispunjeni zakonom predviđeni uslovi (Pradel, 2009:35). Kazna poluzatvora, dakle, sama za sebe podrazumeva restrikciju slobode kretanja učinioca (barem kada je u pitanju mesto prebivališta), ali je ipak manje stroga od klasične kazne zatvora (Gabrielli Fabrizi, Castellano, 1979:179 – 180).

Evidentno niži stepen represivnosti u odnosu na kaznu zatvora, određena doza fleksibilnosti prilikom izvršenja i naglašeno specijalno – preventivno svojstvo, dovode u pitanje kaznenu prirodu poluzatvora, navodeći na pomisao da se ipak radi o posebnoj alternativnoj (parapenalnoj) meri društvenog reagovanja na kriminalitet. Prema materijalno- formalnoj definiciji, kazna se određuje kao prinudna mera predviđena u zakonu koju izriče sud učiniocu skrivljenog krivičnog dela u cilju zaštite čoveka i drugih osnovnih društvenih vrednosti, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava (Jovašević, 2006: 199). Iako kod poluzatvora oduzimanje, odnosno ograničenje slobode kretanja osuđenog lica, nije toliko „drastično“ kao što je to slučaj sa kaznom zatvora, ono se sprovodi protivno volji prestupnika, dakle, prinudno, i, samim tim, za njega predstavlja određeno „zlo“, odnosno neprijatnost. Kaznu poluzatvora izriče sud nakon što je u sprovedenom krivičnom postupku utvrdio postojanje krivičnog dela i krivice učinioca i odmerio kaznu zatvora čiji će poluzatvor biti supstitut. Imajući navedeno u vidu, nema sumnje da se po svojim odlikama, poluzatvor može smatrati kaznom.

O pravnoj prirodi poluzatvora govori i cilj koji se njegovim izricanjem i izvršenjem želi ostvariti. Postavlja se pitanje da li je on bliži cilju kazni (u smislu suzbijanja kriminaliteta kroz specijalnu i generalnu prevenciju i izražavanje društvene osude zbog učinjenog krivičnog dela) ili cilju drugih krivičnih sankcija kao što su, na primer, vaspitne mere za maloletne prestupnike (Jovašević, 2008:127) ili mere bezbednosti, koje se odlikuju manje izraženim represivnim elementom i naglašeno specijalno preventivnim dejstvom (Konstantinović Vilić 2006: 253 – 254). Čini se da je poluzatvor, zahvaljujući ograničenjima i obavezama koje su mu inherentne, deluje i specijalno, ali i generalno preventivno, te je u tom smislu bliži kazni nego alternativnoj parapenalnoj meri. Zabrane koje se određuju uz kaznu poluzatvora, kao što je, na primer, suspenzija važenja vozačke dozvole, podsećaju na mere bezbednosti, ali one ne predstavljaju njenu suštinu, već dodatne zabrane uz ograničenje slobode kretanja, koje je ovde ipak primarno.

5. Prekid izvršenja i opoziv kazne poluzatvora

Izvršenje poluzatvora (kao i kontrolisane slobode) može se prekinuti ukoliko je doneta naredba o zatvaranju ili o određivanju pritvora. Do prekida izvršenja dolazi i u slučaju da osuđeni bude uhapšen *in flagranti* u smislu člana 235. i 236.

Zakonika o krivičnom postupku Republike Italije⁴⁶, kao i zbog primene neke od mera bezbednosti.⁴⁷ U slučaju prekida izvršenja, službeno lice nadležno za nadzor treba odrediti preostalo vreme trajanja supstitutivne kazne i predati naredbu direktoru nadležne penitencijarne ustanove. Lice zaduženo za nadzor obavestiće nadležni policijski organ o datumu kada će izvršenje supstitutivne kazne biti nastavljeno.⁴⁸ Izvršenje poluzatvora biće nastavljeno prvog sledećeg dana nakon što je osuđeno lice izdržalo kaznu lišenja slobode.⁴⁹

Izvršenje kazne poluzatvora može biti prekinuto i na zahtev (molbu) osuđenog lica, ukoliko su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Iz određenih razloga vezanih za posao, obrazovanje ili porodicu, osuđenom licu se može odobriti prekid poluzatvora u neophodnom vremenskom periodu, koji ni u kom slučaju ne može trajati duže od sedam dana za svaki mesec izrečene kazne.⁵⁰ Tokom prekida izvršenja kazne poluzatvora, osuđenom se može odrediti obaveza predviđena stavom 2. člana 284. Zakonika o krivičnom postupku Republike Italije.⁵¹ Reč je o shodnoj primeni odredaba o ograničenju komunikacije licu kome je određena mera kućnog pritvora (*arresti domiciliari*) u smislu zabrane napuštanja prostorija u kojima to lice stanuje ili u kojima mu se pruža lečenje i pomoć.⁵² U skladu sa tim, licu kome je odobren prekid izvršenja kazne poluzatvora, može se zabraniti komunikacija sa licima koja se nalaze izvan kruga osoba sa kojima ono živi, odnosno lica koja mu pružaju lečenje i pomoć.⁵³

Do prekida već započetog izvršenja kazne poluzatvora može doći i u pojedinim situacijama koje predstavljaju osnove za odlaganje otpočinjanja izvršenja kazne lišenja slobode: u slučaju nastupanja teške bolesti osuđenog lica⁵⁴ i u slučaju porođaja osuđene žene (ne kraće od 6 meseci i ne duže od godinu dana) pod uslovom da ne postoji druga osoba osim majke, kojoj bi dete moglo biti povereno na čuvanje.⁵⁵ U navedenim slučajevima, kada je izvršenje poluzatvora već započelo, prekid može biti određen od strane službenog lica zaduženog za sprovođenje nadzora, koje je i odredilo način izvršenja ove kazne.⁵⁶

46 Čl. 235. i 236. Codice di procedura penale, testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22. settembre 1988., n. 447., coordinato ed aggiornato con le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge 20 novembre 2006, n. 281, Legge 31 luglio 2006, n. 241, Legge 21 febbraio 2006, n. 102, Legge 18 marzo 2008, n. 48, Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92, D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, preuzeto sa: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011 S>

47 Čl. 68. st. 1. Legge di depenalizzazione (Legge 689/1981)

48 Čl. 68. st. 3.

49 Čl. 68. st. 4.

50 Čl. 69. st. 1.

51 Čl. 69. st. 2.

52 Čl. 284. Codice di procedura penale

53 Čl. 69. st. 2. Legge di depenalizzazione (Legge 689/1981) u vezi sa čl. 284. st. 2. Codice di Procedura Penale

54 Čl. 147. st. 2. Codice penale

55 Čl. 147. st. 3.

56 Čl. 69. st. 3. Legge di depenalizzazione (Legge 689/1981)

Kada osuđeni prekrši makar samo jednu od zabrana inherentnih poluzatvoru (ili kontrolisanoj slobodi), ostatak kazne, odnosno njen neizdržani deo, pretvara se u kaznu lišenja slobode.⁵⁷ Predstavnici policije ili direktor penitencijarne ustanove ili odeljenja u koje je osuđeni bio upućen dužni su da bez odlaganja obaveste ovlašćeno službeno lice Službe za nadzor (koje je i izdalo naredbu) o svakom kršenju obaveza, čije ispunjenje navedeni organi kontrolišu.⁵⁸ Donekle je paradoksalno da se većina do sada poznatih alternativnih krivičnih sankcija zasniva upravo na kazni lišenja slobode. Iako im je cilj da suze obim primene kazne lišenja slobode, te sankcije se ne mogu zamisliti, niti mogu funkcionisati ukoliko iza njih ne bi stajala kazna lišenja slobode (Stojanović, 2009:6). Ovakvo shvatanje najviše dolazi do izražaja upravo u slučaju opoziva poluzatvora, koji, iako predstavlja samostalnu „hibridnu“ krivičnu sankciju, u znatnoj meri počiva na „autoritetu“ kazne lišenja slobode, odnosno pretnje da će ona biti izrečena, tj. izvršena.

Poluzatvor će, kao supstitutivna kazna, biti opozvan (u onom delu koji još uvek nije izdržan) i zamenjen kaznom lišenja slobode u nekoliko zakonom predviđenih slučajeva: 1) ukoliko tokom izvršenja poluzatvora lice kome je izrečena ova supstitutivna kazna bude osuđeno za krivično delo koje je učinilo u periodu od 5 godina od prethodne osude na kaznu zatvora preko 3 godine; 2) ako lice koje je već više od dva puta u poslednjih deset godina bilo osuđeno za određeno krivično delo bude ponovo osuđeno za krivično delo iste prirode, i 3) ako lice kome je izrečena kazna poluzatvora nakon izricanja supstitutivne kazne učini novo krivično delo za koje mu bude izrečena kazna zatvora.⁵⁹

6. Odnos poluzatvora i sličnih ustanova

Kazna poluzatvora predstavlja svojevrstu kombinaciju boravka u penitencijarnoj ustanovi i kontrolisane, odnosno nadzirane slobode. Zahvaljujući tom svom „hibridnom“ karakteru, ova kazna ima dodirnih tačaka sa ustanovama kao što su: izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje (sa ili bez elektronskog nadzora), uslovni otpust, uslovna osuda (sa ili bez zaštitnog nadzora), i maloletnička krivična sankcija – upućivanje u disciplinski centar za maloletnike.

Kao što je već istaknuto, izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje podrazumeva da osuđeni ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, a to su: kuća ili stan u kojima osuđeni ima prebivalište, bez obzira na to da li je osuđeni vlasnik stana ili kuće (Konstantinović Vilić, Kostić, 2011:94). Naravno, u izuzetnim situacijama osuđeni te prostorije može napustiti, ukoliko su ispunjeni odgovarajući uslovi prevashodno zdravstvene ili socijalne prirode (Konstantinović Vilić, Kostić, 2011:95). Za razliku od poluzatvora, izvršenje „kućnog

⁵⁷ Čl. 66. st. 1.

⁵⁸ Čl. 66. st. 2.

⁵⁹ Čl. 72. st. 1.

zatvora” koncipirano je tako da je isključen bilo kakav kontakt osuđenog lica sa penitencijarnom ustanovom. Ipak, ukoliko ne poštuje zakonom propisane uslove i obaveze, i u slučaju kazne poluzatvora i u slučaju “kućnog zatvora”, osuđeno lice će biti upućeno na izdržavanje klasične kazne lišenja slobode, dakle, u zavodsku ustanovu. Uprkos navedenim sličnostima, treba naglasiti da se poluzatvor smatra posebnom kaznom, dok “kućni zatvor” nije kazna sam po sebi, već predstavlja samo jedan od načina izvršenja kazne zatvora.

Uslovni otpust (*parole*) podrazumeva otpuštanje na slobodu osuđenika koji je već izdržao deo svoje kazne u popravnom zavodu, pre nego što je izdržao kaznu u njenom punom trajanju, pod uslovom da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne izvrši novo krivično delo (Konstantinović Vilić, Kostić: 2006, 258). Pojedini autori uslovnom otpustu prisutnom u našem pravu priznaju samo dejstvo suspendovanja kazne, slično kao i kod uslovne osude (bez zaštitnog nadzora), pošto se uslovno otpušteno lice ne stavlja pod zaštitni nadzor, niti mu se određuju posebne obaveze, a vreme provedeno na uslovnom otpustu se u slučaju opoziva ne uračunava u izrečenu kaznu (Stojanović, 2006:184). U svom funkcionalnom smislu, uslovni otpust ipak predstavlja sastavni deo izrečene kazne zatvora, odnosno poseban oblik izdržavanja kazne lišenja slobode na slobodi (Jovašević, 2006: 208). Kao i kod poluzatvora, u slučaju da uslovno otpušteno lice u odgovarajućem vremenskom periodu učini novo krivično delo, doći će do (obaveznog ili fakultativnog) opoziva uslovnog otpusta. Za razliku od poluzatvora, uslovni otpust nije posebna kazna već kriminalno-politička i penološka mera kojom se vrši dopunska individualizacija kazne i ostvaruje resocijalizacija osuđenog (Jovašević, 2006: 208 – 210).

Poluzatvor ima određenih sličnosti i sa uslovnom osudom i to uslovnom osudom kontinentalnog (francusko-belgijskog) tipa, koja podrazumeva da se učiniocu krivičnog dela uslovno odloži izvršenje, prethodno od strane suda izrečene kazne zatvora, ukoliko u određenom roku on ne učini novo krivično delo i ispuni postavljene uslove⁶⁰. Međutim, uslovna osuda spada u mere upozorenja, odnosno posebne upozoravajuće, opominjuće ili admonitivne sankcije. Dakle, nije reč o kazni, već o supstitutu kazne, čiji je smisao da se prema učiniocu lakšeg krivičnog dela ne primeni kazna kada se može očekivati da će upozorenje uz pretnju kaznom dovoljno uticati na njega da ne čini krivična dela (Jovašević, 2006: 244 – 245). Nasuprot tome, poluzatvor, uprkos svojim specifičnostima, ipak predstavlja kaznu, koja u sebi kombinuje elemente slobode, ali i elemente lišenja slobode, odnosno kazne zatvora. Kao i uslovna osuda, poluzatvor je zamena za kaznu zatvora, ali se u slučaju poluzatvora kazna zatvora ne zamenjuje para-penalnom merom, već se samo umesto jedne kazne izriče druga, kao i u situacijama kada je umesto kazne zatvora bila izrečena novčana kazna ili kazna u javnom interesu.

Poluzatvor, kakav je prisutan u italijanskom pravu, podseća u izvesnoj meri na maloletničku krivičnu sankciju – disciplinsku meru upućivanja u disciplinski

⁶⁰ Više o tome: Konstantinović Vilić, Kostić: 2006:258 i Jovašević, 2006:246.

centar za maloletnike, koja je u našem krivičnom zakonodavstvu postojala do stupanja na snagu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, 1. januara 2006. godine⁶¹. Ova sankcija mogla se, između ostalog, sastojati u boravku maloletnika u disciplinskom centru određeni broj sati u toku dana⁶², s tim što je ona trajala najduže do 30 dana. Njen smisao bio je da se jednim kratkotrajnim disciplinskim tretmanom izvrši vaspitni uticaj na maloletnika i njegovo vladanje i, uopšte, na njegovo ponašanje (Jovašević, 1998:66). Bilo je predviđeno da se tokom boravka u disciplinskom centru maloletnik uposli na „korisnim radovima koji odgovaraju njegovom uzrastu“. Iako propisana zakonom, i preporučena Tokijskim pravilima iz 1990. godine kao jedna od dobrih mera alternativnih institucionalnom tretmanu⁶³, ova mera nije zaživela u domaćoj praksi, a disciplinski centar u našoj zemlji nikada nije osnovan.

Zaključak

U savremenoj nauci krivičnog prava sve češće se ističe da je kazna zatvora, naročito u pojedinim zemljama, dospela do krajnjih granica svojih mogućnosti s jedne strane, a da je, s druge strane, ona praćena mnogim negativnim pojavama, kako za osuđeno lice, tako i za samo društvo koje je primenjuje (Stojanović, 2009:6). Ako se uzme u obzir da kazna zatvora predstavlja veliki trošak za državni budžet, kao i da zatvorske deprivacije u velikom broju slučajeva umesto resocijalizacije za posledicu imaju desocijalizaciju osuđenika, njegovu “kriminalnu infekciju”, a neretko i recidiv kao krajnji ishod⁶⁴, nastojanje da se ovaj vid institucionalnog kažnjavanja zameni drugim modalitetima ograničenja slobode kretanja pojedinca, čini se sasvim opravdanim.

Uoprednopravni sistemi obiluju različitim alternativnim sankcijama i načinima izvršenja sankcija, koji bi trebalo da omogućе rasterećenje smeštajnih kapaciteta penitencijarnih ustanova i spreče negativne posledice boravka osuđenih lica u njima. Istovremeno, u pravnoj teoriji već decenijama opstaje shvatanje prema kome se transplantacija pojedinih pravnih pravila i instituta smatra uobičajenom pojavom koja, zajedno sa difuzijom prava, predstavlja srž razvoja mnogih pravnih sistema (Watson, 1993:144). Evidentno je da u eri globalizacije zakoni nesmetano putuju od jednog sistema do drugog bez većih prepreka i da ni u privatnom ni u

⁶¹ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005.

⁶² Krivični zakon Republike Srbije, “Službeni SR Srbije” br. 26/77, izmene i dopune : “Službeni glasnik SR Srbije” br. 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 16/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94.

⁶³ Čl. 8. st. 2., Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila), Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/110 od 14. decembra 1990. godine.

⁶⁴ Više o željenim i neželjenim posledicama kazni i kažnjavanja videti u : Nikolić, 2009: 227 – 228.

javnom pravu ne postoji oblast koja bi bila rezistentna na inostrane uticaje. Uprkos načelnim tvrdnjama da se pravni transplant lako integrišu u jedan sistem, čak i kada dolaze iz potpuno drugačijeg okruženja (Votson, 2000:144 – 147), od mnogobrojnih potencijalnih uzora iz uporednog prava ipak treba odabrati one koji najviše odgovaraju pravnoj tradiciji, ali i društvenim i ekonomskim prilikama primaoca. U suprotnom, postojala bi opasnost da pravni transplant, koji je u pravnom sistemu iz koga je preuzet decenijama ostvarivao svoju svrhu, u pravnom sistemu primaoca nikada ne zaživi i ostane samo „mrtvo slovo na papiru“.

Italijansko rešenje sa sobom nosi određene prednosti, pored onih koje su svojstvene svim alternativnim krivičnim sankcijama – supstitutima klasične kazne lišenja slobode. Ekonomično je u toliko što ne zahteva bilo kakve posebne tehničke pripreme, kao što je to slučaj sa primenom mere elektronskog nadzora. U odnosu na kućni zatvor bez elektronskog nadzora, poluzatvor omogućava viši stepen supervizije osuđenog lica kroz njegov obavezni i svakodnevni kontakt sa predstavnicima organa formalne socijalne kontrole. Na taj način, primena poluzatvora doprinosi bezbednosti (ili makar osećaju bezbednosti) kod građana u njegovom okruženju – aktuelnih ili potencijalnih žrtava recidiva. Istovremeno, svakodnevni kontakt sa predstavnicima formalne socijalne kontrole omogućava primenu različitih tretmana, odnosno programa rada sa osuđenim licem, u cilju njegovog prevaspitanja i reintegracije u socijalnu sredinu. Pored toga, poluzatvor se ipak odlikuje i fleksibilnošću, u smislu da vreme koje će osuđeni provoditi u ustanovi, sadržaj kojima će ono biti ispunjeno, kao i organizacija aktivnosti osuđenog na slobodi, zavise od svojstava i prilika svakog pojedinačnog osuđenog.

Eventualna implementacija italijanskog rešenja u naše zakonodavstvo i praksu zahtevala bi temeljne pripreme na normativnom i faktičkom planu. Pre svega, postavlja se pitanje prostorija u kojima bi lica kojima je ova mera izrečena boravila nekoliko sati u toku dana (ili noći). One bi trebalo da budu raspoređene na lokalnom nivou kako osuđeni tokom dana ne bi suviše vremena provodio u putovanju od mesta svog prebivališta ili boravišta do odgovarajuće ustanove. U obzir bi došle ili prostorije policijske stanice ili prostorije organa starateljstva prema mestu prebivališta ili boravišta osuđenog, uz neophodna prilagođavanja smeštajnih kapaciteta ovih ustanova. Uključivanje centra za socijalni rad u izvršenje ove mere moglo bi biti izvor prekomernog opterećenja tog organa, koji u našoj zemlji, po pravilu, ne raspolaže sa dovoljno prostora, materijalnih sredstava i stručnih kadrova ni za obavljanje poslova koji su mu povereni prema važećim propisima⁶⁵. Stavljanje izvršenja poluzatvora u nadležnost organa starateljstva približilo bi ovu krivičnu sankciju meri javljanja u centar za dnevno javljanje, koja se, u kombinaciji sa elektronskim nadzorom i pojačanim nadgledanjem, obukom, obrazovanjem, staranjem i zdravstvenom zaštitom osuđenog lica, sve češće izriče u SAD (Konstantinović Vilić, Kostić, 2006:252). Ako bi se u blizini mesta prebivališta odnosno boravišta osuđenog lica,

⁶⁵ Zakon o socijalnoj zaštiti, „Službeni glasnik RS“, br. 24/2011.

nalazila zavodska ustanova poluotvorenog ili otvorenog tipa, ne postoji razlog da oni, kao što je slučaj u italijanskom pravu, ne borave u posebnim prostorijama tog zavoda, naravno, odvojeno od ostalih osuđenih lica.

Osim toga, bilo bi neophodno obezbediti odgovarajući stručni tim (psihologa, socijalnih radnika, andragoga i drugih stručnih lica), koji bi sprovodio programe postupanja sa licima kojima je izrečena kazna poluzatvora. Time bi se vreme koje oni provode u zavodskoj ustanovi ispunilo aktivnostima usmerenim na njihovo prevaspitanje, resocijalizaciju, savetovanje, usmeravanje i osposobljavanje za reintegraciju u društvenu zajednicu. Takođe, bilo bi poželjno omogućiti ovim licima da, ukoliko je to moguće s obzirom na dužinu trajanja ove sankcije, to vreme iskoriste za sticanje dodatnog obrazovanja i profesionalnih znanja i veština, kako bi se osposobili za rad ili unapredili svoje radne sposobnosti.

Italijanski Zakon o depenalizaciji ne spominje mogućnost da se u odnosu na lice kome je izrečena kazna poluzatvora primeni i elektronski nadzor. Elektronski nadzor predviđen je u italijanskom Zakoniku o krivičnom postupku samo kao mera koja se može odrediti uz „kućni pritvor“ (*la misura degli arresti domiciliari*)⁶⁶. Teoretski, ne postoji prepreka da se, u slučaju preuzimanja poluzatvora, elektronski nadzor primeni kao dodatna mera uz ovu kaznu. Podrazumeva se da bi osuđeni bio pod elektronskim nadzorom samo u onom periodu u toku dana koji provodi na slobodi – primena takve mere i tokom boravka u odgovarajućim prostorijama (naročito ako su one u okviru zavoda poluotvorenog ili otvorenog tipa ili lokalne policijske stanice) bila bi suvišna. Ipak, ukoliko bi osuđeni boravio, na primer, u prostorijama centra za socijalni rad, elektronski nadzor bi se u pojedinim slučajevima mogao smatrati opravdanim.

Literatura

- Gabrielli Fabrici, F., Castellano, G.: Osservazioni sull' ammissione obbligatoria al regime di semilibertà, Rassegna penitenziaria e criminologica, br. 1–2, 1979. godine, preuzeto sa <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/56273.pdf>
- Jovašević, D.: Leksikon krivičnog prava, Javno preduzeće „Službeni list SRJ“, Beograd, 1998. godine
- Jovašević, D.: Krivično pravo – opšti deo, Nomos, Beograd, 2006. godine
- Jovašević, D.: Maloletničko krivično pravo, Beosing, Beograd, 2008. godine
- Konstantinović Vilić S., Kostić, M.: Penologija, Sven, Niš, 2006. godine
- Konstantinović Vilić S., Kostić, M.: Sistem izvršenja krivičnih sankcija i penalni tretman u Srbiji, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš, 2011. godine

⁶⁶ Čl. 275. – bis, Codice di procedura penale

- Nikolić Z.: Savremena penologija- studija kazni i kažnjavanja, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2009. godine
- Nikolić, Z.: Smisao i svrishodnost alternativnih kazni, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, br. 1-2/ 2008, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008. godine
- Pradel, Ž.: Komparativno krivično pravo – sankcije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009. godine
- Stojanović, Z.: Opravdanost i dometi alternativnih krivičnih sankcija i alternativnih formi postupanja, Revija za kriminologiju i krivično pravo, vol. 47., br. 2/2009, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2009. godine
- Stojanović, Z.: Komentar Krivičnog zakonika, Javno preduzeće “Službeni glasnik”, Beograd, 2006. godine
- Škulić, M.: Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive, u: Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2009. godine
- Votson, A.: Pravni transplant: pristup uporednom pravu, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2000. godine
- Watson A.: Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2nd Ed., The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993. godine

Izvori

- Codice penale, testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19. ottobre 1930., n. 1398., coordinato ed aggiornato con le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge 21 febbraio 2006, n. 102, Legge 24 febbraio 2006, n. 85, Legge 31 luglio 2006, n. 241, Decreto Legge 8 febbraio 2007, n. 8, decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, Legge 18 marzo 2008, n. 48, Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92, D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, Legge 18 giugno 2009, n. 69, Legge 15 luglio 2009, n. 94, Legge 23 dicembre 2009, n. 191, D.L. 4 febbraio 2010, n. 4 convertito in Legge di conversione 31 marzo 2010, n. 50), preuzeto sa:

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>

- Codice di procedura penale, testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22. settembre 1988., n. 447., coordinato ed aggiornato con le ultime modifiche che sono state introdotte dalla Legge 20 novembre 2006, n. 281, Legge 31 luglio 2006, n. 241, Legge 21 febbraio 2006, n. 102, Legge 18 marzo 2008, n. 48, Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92, D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, preuzeto sa: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011>

- Decreto Presidente Repubblica 29. aprile 1976., n. 431., Approvazione del regolamento di esecuzione della L. 26 luglio 1975, numero 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, „Gazzetta Ufficiale”, 22 giugno 1976., n. 162., preuzeto sa: http://www.edscuola.it/archivio/norme/decreti/dpr431_76.html

- Krivični zakon Republike Srbije, “Službeni glasnik SR Srbije” br. 26/77, izmene i dopune : “Službeni glasnik SR Srbije” br. 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 16/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94

- Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

- Pravilnik o načinu izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje “Službeni glasnik RS”, br. 64/2010

- Legge di depenalizzazione (Legge: 689/1981), preuzeto sa: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34593>

- Legge 26. luglio 1975. n. 354., Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, „Gazzetta Ufficiale“, 9. agosto 1975., n. 212., preuzeto sa: https://www.giustizia.it/giustizia/prot/it/mg_15.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=LEG49585

- Legge 12. giugno 2003., n. 134. “Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti”, „Gazzetta Ufficiale“ n. 136. del 14. Giugno 2003., preuzeto sa: <http://www.camera.it/parlam/leggi/031341.htm>

- Recommendation no. R (92) 16 of the Committee of Ministers to Member States on the European Rules on community sanctions and measures (adopted by the Committee of Ministers on 19 October, 1992 at the 482 meeting of the Ministers' Deputies), preuzeto sa:

http://www.restorativejustice.org/legislative-assembly/15statutes-cases-regulations-and-recommendations-from-national-regional-and-intergovernmental-bodies/copy_of_europe/r92

- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2007. godinu, “Službeni glasnik RS”, br. 38/2008

- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2008. godinu, “Službeni glasnik RS”, br. 23/2009

- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2009. godinu, “Službeni glasnik RS”, br. 23/2010

- Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila), Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/110 od 14. decembra 1990. godine

- Закон o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005
- Закон o izvršenju krivičnih sankcija, “Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011
- Закон o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, “Službeni glasnik RS”, br. 31/2011
- Закон o socijalnoj zaštiti „Službeni glasnik RS“ br. 24/2011
- Polizia dello Stato, via link: http://www.poliziadistato.it/articolo/1206-L_organizzazione/
- Ministero dell'Interno della Repubblica Italiana, via link: http://www1.interno.it/mininterno/site/it/sezioni/ministero/dipartimenti/dip_pubblica_sicurezza/index.html

THE PUNISHMENT OF SEMI – PRISON IN ITALIAN CRIMINAL LAW AS A POSSIBLE LEGAL TRANSPLANT

Summary

Constant increase in the number of convicts in penitentiary institutions affects numerous legal systems, including the Republic of Serbia. In attempt to suppress this negative trend, our legislator created normative frameworks for the execution of prison sentence in the place where the offender lives with the possibility of electronic supervision, by adopting alterations and amendments of the Law on Execution of Criminal Sentences (adopted in 2006), which were made in 2009 and 2011. Semi – prison (semidetenzione), which has been present in Italian criminal law since 1981, provides the accomplishment of similar goals. However, it seems that semi – prison leaves less space for the abuse of freedom, allowing a higher degree of control over the offender. Being aware of the aforementioned advantages of semi – prison, the author analyzes the term, the nature, the conditions and the procedure for implementation and revoke of this sentence in Italian criminal law, considering at the same time the possibility of its transplantation in the legal system of the Republic of Serbia.

Key words: *semi – prison, semi – liberty, “house – arrest”, prison sentence, legal transplants.*

ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО

РАДНА ВЕРЗИЈА НОВОГ ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕФИКАСНОСТ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Проф. др Станко Бејатовић

Апстракт: Проблематика појединих решења у Радној верзији новог Законика о кривичном поступку Републике Србије, као нормативног фактора ефикасности кривичног поступка у раду је анализирана кроз две групе питања и закључна разматрања. Прва група питања посвећена је општим напоменама о досадашњем току реформе кривичног процесног законодавства Србије и његовим циљевима. Два су основна закључка анализе ове групе питања. Прво, то је дугогодишњи рад на реформи српског кривичног процесног законодавства чији би резултат требало да буде доношење новог ЗКП чија поједина решења из његове Радне верзије аутор анализира у раду. Друго, став аутора да је један од кључних циљева целокупног процеса реформе стварање нормативне основе за постизање жељеног степена ефикасности кривичног поступка.

Друга група питања посвећена је стручно-критичкој анализи појединих решења Радне верзије новог текста Законика о кривичном поступку и њиховом доприносу постизању нормативне основе за жељени степен ефикасности кривичнопроцесних субјеката у кривичном поступку. Посматрано у овом контексту посебна пажња је посвећена анализи следећих института и других решења овог законског пројекта. То су: Споразум о признавању кривице; Опортунитет кривичног гоњења; Скраћени кривични поступак; Функционална надлежност судије појединца; Непосредна оптужница; Поступци за кажњавање пре главног претреса; Тужилачки концепт истраге. Ова, као и друга питања која чине садржај рада, разматрана су са три аспекта. Аспекта њихове нормативне разраде у Радној верзији новог ЗКП; Аспекта нормативне разраде у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству и теоретским аспектима њиховог садржаја и њихове криминално-политичке оправданости.

На крају рада аутор даје закључна разматрања у којима на један резимирани начин износи свој став о квалитету нормативне разраде разматране проблематике у Радној верзији новог ЗКП и у том контексту даје и не мали број предлога *de lege ferenda*.

Кључне речи: *Радна верзија, Законик о кривичном поступку, кривични поступак, ефикасност, суд, јавни тужилац, окривљени, правни лек, споразум о признавању кривице, концепт истраге, главни претрес.*

1. Опште напомене о процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије и његовим циљевима

Једно од обележја кривичног процесног законодавства Србије у првој деценији овог века је и сталност процеса реформе. У прилог оправданости исправности овакве једне констатације довољно је истаћи само следећу чињеницу. Процес реформе кривичног процесног законодавства Србије започет је доношењем ЗКП из 2001. године¹ и настављен је не само његовим перманентним изменама и допунама², већ и доношењем новог Законика 2006. године³, његовим стављањем ван снаге и пре почетка примене⁴, образовањем више радних група за израду Радне верзије новог ЗКП и појавом две Радне верзије овог законског пројекта у последњој години дана. Наиме, прва Радна верзија новог ЗКП представљена је стручној јавности на саветовању Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу одржаном септембра месеца 2010. године на Златибору⁵, а друга (према ставу предлагача коначна) у мају месецу ове године.

Иоле детаљнија анализа циљева рада на свим овим законским текстовима почевши од рада на доношењу ЗКП из 2001. Године, па до израде последње Радне верзије ЗКП из маја месеца ове године, показује једну заједничку нит свих активности везаних за текући процес реформе српског кривичног процесног законодавства. То је један од кључних циљева који треба да се постигне како досадашњим интервенцијама, тако и доношењем новог ЗКП којим би требало да се оконча овај процес реформе кривичног процесног законодавства Србије. То је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Овако формулисани циљ реформе сасвим је оправдан. Као такав заснован је не само на чињеници да је ефикасност кривичног поступка и један од важнијих општеприхваћених правних стандарда међународног карактера⁶, већ и на чињеници да је једино ефикасан кривични поступак инструмент успешне

¹ „Сл. лист СРЈ”, бр.70/01 и 68/02 и „Сл. гласник РС” бр. 58/04, 85/05, 115/ 06, 46/06, 49/ 07, 122/ 08, 20/ 09, 72/ 09 и 76/2010.

² Законик о кривичном поступку из 2001. године међан је једанаест пута.

³ „Сл. гласник РС”, бр. 46/06,49/07 и 122/08.

⁴ Чл.149. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. год.(„Сл. гласник РС”, бр. 72/2009).

⁵ О томе види: Г.Илић, Кривично процесно законодавство Србије и стандарди Европске уније, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год., стр. 34-54.

⁶ С. Бејатовић, Међународни правни стандарди у области кривичног процесног права и начин њихове имплементације у Законик о кривичном поступку Републике Србије, Зборник „Законодавни поступак и казнено законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 75-119.

борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције.⁷ Насупрот овом, неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције. Као таква може и да охрабри потенцијалне извршиоце кривичних дела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности чиме ова проблематика још више добија на свом значају.⁸ Из ових, и не само ових разлога, обавеза је сваког друштва да створи нормативне, као и све друге предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, за што успешније остваривање циљева криминалне политике уопште, за што успешније функционисање кривичног правосуђа. У вези са овако формулисаним циљем реформе, треба имати у виду чињеницу да под ефикасношћу кривичног поступка уопште треба схватити како његову квалитативну компоненту (законитост вођења кривичног поступка и доношење правилне и законите судске одлуке), тако и његову квантитативну компоненту (тј. временски размак од покретања кривичног поступка, па до доношења правноснажне судске одлуке). Ефикасним кривичним поступком може се сматрати само онај поступак у којем је у реално кратком временском интервалу од његовог покретања па до окончања, уз пуно поштовање свих норми законитости његовог вођења, донесена правилна и законита правноснажна судска одлука. И управо полазећи од овог, захтев да окривљеном мора бити суђено у најкраћем могућем времену потиче још из времена просветитеља⁹, а касније је преузет у савремено право и сврстан у једно од основних права грађана. Као такво потврђено је, сасвим оправдано, и у међународним правним актима највећег ранга која третирају проблематику слобода и права грађана у којима је право на суђење у разумном року сврстано у категорију њихових основних права.¹⁰ Полазећи од овог, а имајући у виду чињеницу да је законска норма један од изузетно важних и потпуно неспорних фактора ефикасности кривичног поступка, у савременом кривичном процесном праву траже се решења којима се ствара нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак. У овом циљу у савременој науци кривичног процесног права и упоредном кривичном процесном законодавству могућности за повећање ефикасности кривичног поступка, посматрано са овог аспекта, траже се у: мерама убрзања претходног кривичног поступка (нпр. путем ширења начела опортунитета кривичног

⁷ С. Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. год., стр. 59.

⁸ Д. Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Зборник „Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187; С. Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. год., стр. 59.

⁹ Види: Cesare Beccaria, О злочинима и казнама, 1764. год.

¹⁰ Види чл. 6. тач. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 14. тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

гоњења¹¹; увођењу посебних, скраћених, поједностављених облика поступања за лакша кривична дела¹²; смањивању судских већа и ширењу функционалне надлежности судије појединца; промењеном приступу припремања и вођења главног претреса; строжијем режиму предлагања и извођења доказа; ограничењима у поступцима по правним лековима уз истовремено смањење броја правних лекова; све већој примени разних видова института споразума о признању кривице и сл.¹³ Основни криминално-политички разлог озаконења ових института и мера је стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, што је једна од израженијих слабости не само у Србији, већ и највећег броја других правосуђа. У прилог овог довољно је навести саме податке који несумњиво говоре да ефикасност кривичног поступка у Србији није ни приближно на жељеном нивоу.¹⁴ Примера ради истичемо само следеће: Као што је то констатовано и на већем броју научно-стручних скупова¹⁵, наш кривични поступак, а то је случај и са целим низом других поступака, није, посматрано са овог аспекта, на задовољавајућем нивоу. Овакву констатацију поткрепљују и званични статистички подаци који говоре да преко 50 % свих кривичних предмета (од оптужења до правноснажног решења) траје преко годину дана. Ако се ова проблематика посматра са аспекта протеча времена од подношења кривичне пријаве до правности решења кривичне ствари онда је тај временски период неупоредиво дужи. Даље у овом контексту пажњу заслужује и чињеница да у последним годинама расте проценат предмета чије правноснажно решавање траје дуже од годину дана, а није ни мали број случајева када поступци трају и до десет, па и преко десет година.¹⁶

Имајући у виду изнесено стање трајања кривичних поступака, као и значај ефикасности кривичног поступка уопште, једно од значајних питања у вези са овом проблематиком је и питање фактора који утичу на ефикасност кривичног поступка и субјеката од чије ефикасности рада зависи та ефикасност. Као што је то већ констатовано, један од изузетно значајних фактора од утицаја

¹¹ Види: С. Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

¹² С. Бејатовић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и кривично процесно законодавство Србије, Зборник „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе“, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009. год., стр. 123-146.

¹³ В. Ђурђић, Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, Збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 9-39.

¹⁴ Види: С. Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год.

¹⁵ Види: С. Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као инструменат супротстављања криминалитету, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. год., стр. 53-71.

¹⁶ Види статистичке податке Републичког завода за статистику у последњих пет година.

на ефикасност кривичног правосуђа је кривичнопроцесно законодавство. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност, тако и чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права, као и од организације и функционисања правосудних институција, у не малом обиму, зависи и степен утицаја кривичног процесног законодавства на ефикасност рада кривичног правосуђа. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминалитета, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права свODE на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање суда и тужилаштва, онда је улога кривичног процесног законодавства у ефикасности правосуђа не само већа, већ и знатно успешнија и супротно.¹⁷ Оваква каузална повезаност између кривичног процесног законодавства и ефикасности деловања кривичног правосуђа на пољу борбе против криминалитета, а тиме и у остваривању функције криминалне политике уопште, посебно долази до изражаја код тешких облика криминалитета који је неретко пратећа појава транзиционог периода било које, па и наше државе. Ово из разлога што је управо код ових облика криминалитета неспорна нужност, неопходност и оправданост што ефикасније примене мера кривичне принуде, а неопходан предуслов за то је и ефикасно деловање правосуђа. Овде, као и уопште, само ефикасна примена мера кривичне принуде је инструмент успешне борбе против криминалитета. С обзиром на све ово сасвим је нормално што се посебна пажња поклања управо што потпунијој реализацији овог циља.

У вези са законском нормом као фактором ефикасности нужно је водити рачуна и о следећем: Конкретни закони да би били у функцији адекватне криминалне политике, а тиме и у функцији ефикасног деловања кривичног правосуђа у практичној реализацији такве криминалне политике морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са нашом стварношћу и да буду применљиви. Једном речју, морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођени нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно, тј. да буду адекватни времену и простору на којем се примењују. Добро је познато и неспорно да превентивна функција законске нормe није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени за то прописани законски услови. Уз ово, законска норма да би, по свом садржају, била у овој функцији, њу мора да карактерише и висок степен

¹⁷ Види: З. Стојановић, Кривично законодавство и тешки облици криминалитета, Тешки облици криминала, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 33-44; С. Бејатовић, Кривично-процесно законодавство и тешки облици криминалитета, Тешки облици криминала... стр. 44-64; Ђ. Игњатовић, Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности, Тешки облици криминала, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 5-32.

прецизности одређивања појединих законских појмова (израза) и прописивање прецизних услова за примену појединих мера и института. Једном речју, прецизност садржаја кривичноправне норме мора да буде изузетно висока.

2. Радна верзија Законика о кривичном поступку и ефикасност кривичног правосуђа

Ако се прихвати основна хипотеза постављена у овом раду, да позитивно кривично процесно законодавство стоји у каузалном односу са степеном ефикасности кривичног правосуђа, односно да је само адекватно – савремено кривично процесно законодавство, законодавство усклађено са друштвеном стварношћу у функцији те ефикасности, а тиме и у функцији адекватне политике сузбијања криминалитета уопште, онда се као неминовно намеће пре свега питање: Да ли је Радна верзија новог ЗКП РС, посматрано са аспекта свог садржаја, таква да одговара захтевима савремене борбе против криминалитета или не? Односно: Да ли је у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка? Ако не, шта би у овом законском пројекту требало мењати да би нови ЗКП био у тој функцији? Постављање оваквог једног питања, а не питања: Да ли је позитивно кривично процесно законодавство Србије у овој функцији или не?, оправдано је из разлога што је сасвим извесно да ће овај законски пројекат убрзо добити карактер Законика. У наставку рада покушаћемо да кроз конкретну и појединачну разраду основних кривичнопроцесних института који су у нормативној функцији ефикасности рада кривичног правосуђа дамо одговор на овако постављено питање. Наравно, при оваквом приступу овој проблематици нужно је имати у виду и неспорну чињеницу да поред овде разматраних питања и друга решења Радне верзије ЗКП имају утицај на ефикасност рада кривичног правосуђа. Ефикасност кривичног правосуђа зависи у не малом степену од квалитета законске норме као целине, а не само од овде анализираних фактора. Једном речју постоји и не мали број других питања о којима се, у овоме контексту, мора водити рачуна, а о којима се на овоме месту, због ограниченог обима рада не говори, али се и она морају узети у обзир.¹⁸ Међутим, пре појединачне анализе неких, по мишљењу аутора рада најактуелнијих, института и других решења када је реч о Радној верзији ЗКП као нормативној компоненти ефикасности рада кривичног правосуђа, треба истаћи и чињеницу да је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак био и један од главних циљева и досадашњег тока реформе кривичног процесног законодавства Србије. Сходно овом, ЗКП из 2001. год. уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији

¹⁸ О томе види: С. Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривичнопроцесно законодавство Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/08, стр. 3-40.

кривични поступак. У првом реду то су: Проширивање могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела; Увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса; Проширивање функционалне надлежности судије појединца; Проширивање могућности вођења скраћеног кривичног поступка; и сл.¹⁹ Тренд овако започетих решења у кривичном процесном законодавству Србије настављен је његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. године²⁰, односно изменама и допунама из августа месеца 2009. године²¹, које доносе најзначајније новине управо по питању стварања нормативне основе за још ефикасније деловање кривичног правосуђа²², и то превасходно путем озакоњења института споразума о признавању кривице као кључног репрезента поједностављених форми поступања у кривичним стварима уопште.²³ Међутим, и поред свих ових новина које карактеришу наше кривично процесно законодавство од започињања његове реформе 2001. год., па до данас, став наше стручне јавности је да тај процес још увек није завршен. Компетентно упоредно кривично процесно законодавство, искуства у његовој примени и теорија кривичног процесног права указују да постоји још увек не мали број, у најмању руку отворених питања, када је реч о пуној реализацији прокламованих циљева процеса реформе нашег

¹⁹ С.Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр.145-155.

²⁰ "Сл. гласник РС", бр. 58/2004.

²¹ "Сл. гласник РС", бр. 72/09.

²² Када је реч о процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије, онда пажњу заслужује још једна чињеница. Она се огледа у следећем. И поред тога што је скоро према јединственом мишљењу наше стручне јавности ЗКП из 2001. године представљао једну добру нормативну основу за ефикасну борбу против криминалитета и да је у циљу стварања још потпуније нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка уопште требало радити на његовој даљој доградњи, уместо овог приступило се доношењу новог ЗКП и исти је у изузетно кратком, за законске текстове оваквог карактера незабележено кратком, временском интервалу, усвојен 2006. год. Овај законски текст донео је, начелно посматрано, не мали број новина које се у функцији ефикаснијег деловања надлежних државних органа на пољу борбе против криминалитета. Међутим, њихова нормативна разрада није била ни приближно на жељеном нивоу. Законски текст посматрано са аспекта његове норме карактерисали су бројни нормативни, правотехнички и суштински недостаци. Бројни су примери били за тако нешто и у вези са истим написано је изузетно доста радова и сви су они указивали на бројне пропусте у нормативној разради низа решења овог законског текста. Управо захваљујући оваквом његовом стању, овај законски текст је дефинитивно стављен у кош чл. 149. Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. (О свему овоме види: М. Грубач, Критика "Новог" Законика о кривичном поступку, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006, стр. 7; Ђ.Лазин, Заштита људских слобода и права према новом Законнику о кривичном поступку, Зборник „Примена Новог Законика о кривичном поступку“, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр. 31; Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006 (у целости посвећен овој проблематици);

²³ С. Бејатовић, Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/09, стр. 21-40.

кривичног процесног законодавства. Управо захваљујући овим чињеницама рад на реформи нашег кривичног процесног законодавства још увек траје и требало би према, чини се већинском и сасвим исправном ставу наше стручне и не само стручне јавности, да се оконча доношењем новог ЗКП. Као резултат свега овог пред нама је Радна верзија тог законског текста и задатак је стручне јавности да на основу стручно-критичке анализе предложеног текста да свој допринос квалитету његовог коначног садржаја. Жеља је аутора да један од доприноса остваривања тог циља буде и овај рад.

Извршена стручно-критичка анализа предложених решења у Радној верзији ЗКП која стоје и директној нормативној функцији ефикасности рада кривичног правосуђа, као теме рада, показује следеће:

а) Споразум о признању кривице

Једна од све присутнијих поједностављених форми поступања у кривичним стварима и у законодавствима континенталног правног система је институт споразума о признању кривице. Следећи овакав један тренд, а пре свега позитивна искуства у примени овог института и став стручне јавности о његовој неспорној криминално-политичкој оправданости и у законодавству Србије озаконен је овај институт. Као такав постао је једна од битнијих особености досадашњег процеса реформе српског кривичног процесног законодавства. Институт је озаконен Законом о изменама и допунама Закона о кривичном поступку из 2009. године. Озаконјење овакве једне могућности је за поздравити. Међутим, на основу једне стручно-критичке анализе начина регулисања института споразума о признању кривице у позитивном кривичном процесном законодавству Србије, може се оправдано поставити питање да ли је на адекватан начин решен не мали број питања овог института. Случај, пре свега, са кругом кривичних дела на која се може применити споразум. Зашто баш граница од 12 година? Затим, ту је и питање граница кажњавања осумњиченог, односно окривљеног лица у случају постизања и од стране суда прихватања споразума о признању кривице. Потом, питање улоге оштећеног лица и браниоца у поступку преговарања о признавању кривице. Или, питање тренутка процесног активирања суда односно и питање могућности и основа употребе правног лека у оваквом једном поступку и др.²⁴ Но, и поред оправданости оваквих питања, начелно посматрано, озаконјење овог института у кривичном процесном законодавству Србије, као и уопште, ни у ком случају не може се довести под знак питања. Ово из разлога што се ради о институту који све више добија карактер универзалности. Његова примена, због добрих резултата

²⁴ О овим, као и другим питањима везаним за овај вид поједностављеног кривичног поступка, види: Д. Николић, Споразум о признању кривице, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр.112-137.

је све већа, и нигде се не доводи под знак питања. Сматра се, сасвим оправдано, једним од важнијих поједностављених форми поступања у кривичним стварима уопште.²⁵ С обзиром на ово, стручна јавност Србије не доводи под знак питања оправданост постојања споразума, али указује на потребу преиспитивања не малог броја његових решења. И заиста у Радној верзији овог законског пројекта предложено је неколико значајних новина у вези са овим инструментом ефикасности кривичног поступка. Међу њима истичу се три. Прво, предлаже се могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела. Друго, уместо било каквих ограничења код договарања кривичне санкције предвиђено је само да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера „у складу са кривичним или другим законом“. Треће, предлажу се три облика споразума јавног тужиоца и окривљеног (Споразум о признању кривичног дела; Споразум о сведочењу окривљеног и Споразум о сведочењу осуђеног).²⁶ С обзиром на предње изнесено оправдано је питање колико су нека од ових предлога у складу са суштином института споразума. Питање се посебно тиче два предње наведена предлога. Ако се овоме дода и неадекватно решено питање улоге оштећеног лица у процесу преговарања о тексту споразума о признању кривичног дела, онда овако постављено питање још више добија на својој актуелности, и налаже потребу његовог нужног преиспитивања у изради коначне верзије новог ЗКП. Институт споразума о признавању кривичног дела треба да буде тако нормативно разрађен да буду у функцији оног што се од њега очекује, а да истовремено не ствара могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу.

б. Начело опортунитета кривичног гоњења

Уз споразум о признању кривичног дела једна од значајних новина коју је донео досадашњи процес реформе кривичног процесног законодавства Србије је и озаконење начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних учинилаца кривичних дела. Оваква једна могућност је особеност нашег кривичног процесног законодавства још од самог почетка рада на његовој реформи. Већ Законик о кривичном поступку из 2001. године предвиђа могућност примене начела опортунитета кривичног гоњења и према пунолетним учиниоцима кривичних дела.²⁷ Десетогодишње искуство функционисања ове новине, као и искуства у његовој примени у низу других земаља показала су њену пуну криминално-политичку оправданост.²⁸ Истина, изменама и допунама Законика о кривичном

²⁵ Види: Д. Николић, Споразум о признању кривичног дела, Ниш, 2006. год.; Коментар Закона о кривичном (казненом) поступку Босне и Херцеговине, Сарајево, 2005. год., стр. 265.

²⁶ Види чл. 313-330. Радне верзије ЗКП.

²⁷ О томе види: Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

²⁸ Види: Ј. Киурски, Начело опортунитета (оправданост и сврха), Зборник „Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе“, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год., стр. 577-594.

поступку из маја месеца 2004. године, извршеним у вези са овим начелом, било је доведено под знак питања његово функционисање у складу са разлозима који су иначе довели до његовог озакоњења. Наиме, овим интервенцијама прописано је да одлуку о одлагању кривичног гоњења јавни тужилац може да донесе само уз сагласност суда. Оваква једна одредба отварала је низ дилема у својој практичној примени и од стране наше стручне јавности углавном је оспоравана.²⁹ Као таква, чини се сасвим оправдано, отклоњена је Законом о изменама и допунама ЗКП из августа месеца 2009. год., чијим је чл. 61. брисан услов сагласности суда. Поред ове оправдане су и неке друге новине које је донео овај законски текст по питању начела опортунитета кривичног гоњења. Случај пре свега са ширењем могућности његове примене и код кривичних дела са прописаном казном затвора од три до пет година. Или са проширењем круга мера које могу бити наложене у случају примене начела опортунитета кривичног гоњења. Међутим, и поред оправданости таквих новина чини се да се један одређени број решења у важећем тексту ЗКП у вези са овим начелом озбиљно може ставити под знак питања. Односно, озбиљно се може поставити питање да ли су она као таква у сагласности са суштином овог начела и са стандардима по питању истог уопште. Случај нпр. са улогом суда у примени начела опортунитета код кривичних дела са прописаном казном затвора од три до пет година и на главном претресу. Зашто нпр. различита функционална надлежност суда у примени овог начела на главном претресу (расправно и ванрасправно веће)? Контрола одлуке јавног тужиоца о примени начела опортунитета је неопходна, али она треба да се обезбеди на други, а не на овакав начин. Нпр. условљавањем давања претходне сагласности оштећеног или пак могућношћу преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег или највишег јавног тужиоца, што је иначе углавном присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству. Или, под знак питања озбиљно се може ставити и решење по којем је прописана обавеза јавног тужиоца да пре подношења оптужног предлога испита постојање могућности за одлагање кривичног гоњења, у циљу чега може обавити разговор са осумњиченим и оштећеним, као и другим лицима, односно прикупити и друге потребне податке, о чему се саставља службена белешка. Оваквом једном одредбом начело опортунитета је код ове групе кривичних дела правило, а начело легалитета изузетак. Да ли је овакво једно решење у складу са природом ова два начела? Став аутора, и не само аутора је: не. С обзиром на све ово, сасвим је оправдано што се ради ових, као и неких других питања у вези са начелом опортунитета кривичног гоњења³⁰, посветила пажња у раду на изради најновије Радне верзије ЗКП. Анализом одредаба чл. 283 и 284. Радне верзије ЗКП може се закључити да је

²⁹ Види: С. Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

³⁰ Види: С. Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

не мали број оправданих критика наше стручне јавности у вези са садашњом нормативном разрадом начела опортунитета кривичног гоњења узет у обзир. Истичемо само најзначајније. Прво, направљена је разлика између два могућа облика овог начела по питању кривичних дела која долазе у обзир у његовој практичној примени. Одлагање кривичног гоњења, према овом законском пројекту могуће је на основу самосталне одлуке јавног тужиоца код кривичних дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до пет година, док је могућност одбачаја кривичне пријаве предвиђена у случају кривичних дела за која је прописана казна затвора до три године.³¹ Друго, предложено је брисање улоге суда у поступку одлучивања јавног тужиоца о примени овог начела. Треће, није предвиђена обавеза јавног тужиоца да пре подношења оптужног предлога испита постојање могућности за одлагање кривичног гоњења у циљу чега може обавити разговор са осумњиченим и оштећеним, као и другим лицима, односно прикупити и друге потребне податке. Четврто, предлаже се укидање неких од обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења. Нпр. случај са обавезом: „Да положи возачки испит, обави датну возачку обуку или заврши други одговарајући курс“. Не улазећи у приказ других карактеристика предложеног начина нормативне разраде овог начела, може се закључити следеће. Прво, највећи број новина које доноси Радна верзија овог законског пројекта по питању начела опортунитета кривичног гоњења на линији је залагања наше стручне јавности и као таква у складу су са начином нормативне разраде начела у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству, а тиме и у складу са стандардима по овом питању. Друго, постоји, истина мањи, број питања, која , по ставу аутора и не само аутора треба још једном преиспитати у предстојећем раду на усвајању овог законског пројекта. Реч је пре свега о начину контроле одлуке јавног тужиоца о примени начела која изостаје. Као што је то већ истакнуто, контрола одлуке јавног тужиоца о примени начела опортунитета је неопходна, и она треба да се обезбеди на начин прилагођен природи начела, што није случај са предложеним текстом Радне верзије. Затим, у примени начела опортунитета кривичног гоњења посебна пажња мора да се пружи заштити права оштећеног лица, што такође није случај са предложеним. Једном речју, начело опортунитета кривичног гоњења мора да буде тако нормирано да буде једно од важнијих инструмената ефикасности кривичног правосуђа, уз истовремено вођење рачуна и о интересима оштећеног лица, што још увек, и поред значајног напретка, није случај.

в. Поступци за изрицање кривичних санкција без главног претреса

Једна од значајнијих новина коју је, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, донео ЗКП из 2001. године је и озакоњење поступка за кажњавање пре главног претреса као нове – појед-

³¹ Чл. 283. ст. 1. и 284. ст. 3. Радне верзије ЗКП.

ностављене форме поступања у кривичним стварима. Према решењима ЗКП из 2001. године, могућности практичне примене овог поступка биле су релативно скромне, што се може објаснити чињеницом да се радило о поступку до тада потпуно непознатом не само у кривичном процесном законодавству Србије, већ и у кривичном процесном законодавству уопште на подручју бивше Југославије. Свестан корисности оваквог једног поступка и скромности могућности његове примене према решењима ЗКП из 2001. године, а у намери стварања нормативне основе за поједностављење и убрзање кривичног поступка у свим случајевима када то криминално-политички разлози оправдавају, изменама и допунама Законика о кривичном поступку из маја месеца 2004. године проширена је могућност кажњавања без одржавања главног претреса на кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године и проширен је круг санкција које се могу изрећи у оваквом поступку. Овакво једно решење је за поздравити и у складу је са не малим бројем до тада даваних предлога по том питању.³² Управо, у складу са овим залагањима и касније извршеним интервенцијама у Кривичном законика Републике Србије из 2005. године³³ дошло је до даљег ширења круга кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку. Изменама и допунама ЗКП из 2009. године, ранијем кругу кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку додате су и нове кривичне санкције из нашег Кривичног законика. То су казна рада у јавном интересу и казна одузимања возачке дозволе.³⁴ Међутим, чини се да са овим не треба стати. У случају прихватања иницираног проширења функционалне надлежности судије појединца, било би оправдано размислити, из истих разлога који говоре у прилог овог проширења, и о даљњем ширењу могућности кажњавања без главног претреса, и то на сва кривична дела из надлежности судије појединца. Поред овог чини се оправданим и размишљање о даљњем повећању врста кривичних санкција које се могу изрећи у оваквом једном поступку. Случај нпр. са судском опоменом. Даље, када је реч о поступцима за изрицање кривичних санкција без главног претреса уопште онда чини се такође оправданим учинити и још једну интервенцију у кривичном процесном законодавству Србије. Она се тиче потпуног укидања друге врсте ових поступака (поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије), који је задржан и после најновијих изменама и допуна ЗКП, и то скоро без иоле значајних интервенција у његовој нормативној разради. Укидање ове врсте поступка оправдано је не само из разлога што у постојећем нормирању овог поступка има много контрадикторности³⁵, већ и из разлога што се основна идеја ове

³² Види: С. Бејатовић, Неопходност доношења Законика о кривичном поступку Републике Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.3/04, стр. 48.

³³ „Сл.гласник РС“, бр. 85/2005.

³⁴ Чл. 119. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. год.

³⁵ Нпр. један од услова за примену овог поступка је „потпуно признање окривљеног, односно осумњиченог“, а потом се признање обезвређује тражећи да буде „поткрепљено и другим дока-

врсте поступака може постићи и путем адекватне примене самог поступка за кажњавање пре главног претреса, и то посебно у случају прихватања његовог иницираног проширења.

С обзиром на предње изнесно поставља се питање: Да ли су предње изнесена залагања узета у обзир у раду на изради Радне верзије Законика или не? На основу извршене анализе одредаба чл. 512-518. Радне верзије новог ЗКП, може се закључити да се водило рачуна о не малом броју примедба наше стручне јавности у вези са овом врстом поступака, и у складу са тим предложен је не мали број, чини се оправданих, новина. Међу њима су најзначајније следеће:

1. Уместо два поступка овог карактера имамо, сасвим оправдано само један. То је „Рочиште за изрицање кривичне санкције“. Овај новопредложени поступак по својом основним обележјима, начелно посматрано, одговара „Поступку за кажњавање пре главног претреса“. Предлаже се укидање „поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије“, као још увек важеће врсте поступка овог карактера, што је у складу с већинским залагањем наше стручне јавности, и као такво је за поздравити.

2. Предлаже се ширење круга кривичних дела код којих може да се примени овај поступак. Према чл. 512. ст. 1. Радне верзије овог законског пројекта, то су „кривична дела за која се може изрећи као главна казна новчана казна или казна затвора до пет година“.

3. Предлаже се ширење круга кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку, и то уз прављење разлике према критеријуму врсте и износа кривичне санкције прописане за конкретно кривично дело. Сходно овом критеријуму, јавни тужилац може предложити суду да окривљеном изрекне „казну затвора у трајању до две године, новчану казну до двеста четрдесет дневних износа, односно до петсто хиљада динара или условну осуду са утврђивањем казне затвора до једне године или новчане казне до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом проверавања до пет година – ако је окривљени признао да је учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година“. Односно „казну затвора у трајању до једне године, новчану казну до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара, казну рада у јавном интересу до двеста четрдесет часова, казну одузимања возачке дозволе у трајању до једне године, условну осуду са утврђивањем казне затвора до годину дана или новчане казне до сто осамдесет дневних износа односно до триста хиљада динара и временом проверавања до три године, уз могућност стављања окривљеног под заштитини надзор или судску опомену – ако је окривљени учинио кривично дело за које је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године“.

зима“. Затим, циљ овог поступка је убрзање поступка, а он се успорава јер се тражи пристанак окривљеног, а уз то, и поред пристанка окривљеног даје му се могућност коришћења приговора против оптужнице, што не иде једно са другим (Види: С. Бејатовић - Д. Радуловић, Законик о кривичном поступку..., Београд, 2002. год., стр. 300).

4. У случају изрицања осуђујуће пресуде као једне од две могуће одлуке по окончању рочишта за изрицање кривичне санкције³⁶, суд је везан за „предлог јавног тужиоца у погледу врсте и мере кривичне санкције“.³⁷

Не упуштајући се у приказ других решења ове врсте поступка, чини се да се озбиљно под знак питања могу ставити неке његове одредбе. Примера ради наводимо само две. Прво, у случају изрицања осуђујуће пресуде у овом поступку суд је везан за „предлог јавног тужиоца у погледу врсте и мере кривичне санкције“, тј. може изрећи само ону санкцију коју је предложио јавни тужилац, и то у такође само предложеном износу. Оваквим једним решењем изузима се из руку суда оно што је, по својој природи, искључиво његова функција и ставља се у руке јавног тужиоца оно што му као странци ни у ком случају не може да припада. Друго, у чл. 516. ст. 2. изричито је прописано да судија, на рочишту за изрицање кривичне санкције, упозорава оптуженог „да не може поднети приговор и изјавити жалбу против првостепене пресуде“. Са друге стране, у чл. 518. ст. 2. се даје право оптуженом и његовом браниоцу на подношење приговора против осуђујуће пресуде у року од осам дана од дана достављања.

г) Функционална надлежност судије појединца

Једна од особености српског и не само српског кривичног процесног законодавства³⁸ је и ширење функционалне надлежности судије појединца. Процес ширења функционалне надлежности судије појединца започет је доношењем ЗКП из 2001. год. и настављен његовим каснијим изменама и допунама, тако да је он тренутно надлежан да суди за сва кривична дела са прописаном као главном новчаном казном или казном затвора до пет година. Међутим, у вези са овим ширењем функционалне надлежности судије појединца, код не малог броја стручне јавности Србије присутна су, чини се сасвим оправдана, залагања и за даљње настављање оваквог једног тренда. Не мали број предлога иде у правцу по којем би судија појединац био функционално надлежан да суди не само за сва кривична дела из скраћеног кривичног поступка, већ и за тежа кривична дела, тј. за кривична дела за која је прописана казна затвора од пет до десет година. Истина, под претпоставком испуњења одређених услова. Нпр. да се са тиме сложе кривичнопроцесне странке до почетка главног претреса. Изузетак треба да буду само кривични случајеви за која је састав већа прописан посебним законом. Оваквим једним решењем, према схватању заступника оваквог става, скраћени кривични поступак, као и поступак пред основним судовима уопште постао би не само јефтинији, већ и ефикаснији, а то истовремено не би ишло на уштрб законитости решења

³⁶ Друга могућа одлука суда је наредба о одређивању главног претреса.

³⁷ Члан 515. Радне верзије новог ЗКП.

³⁸ Случај нпр. са хрватским законодавством.

конкретне кривичне ствари. Сходно оваквом једном ставу стручне јавности Србије, Радном верзијом новог ЗКП предлаже се наставак процеса ширења функционалне надлежности судије појединца. Према овом законском пројекту судија појединац је функционално надлежан у случајевима кривичних дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до осам година.

3. Непосредна оптужница

Један од инструмената ефикасног деловања кривичног правосуђа је непосредна оптужница као један од видова поједностављених кривичних поступака. Према вађежем Законнику о кривичном поступку присутна су два вида непосредне оптужнице, што је у зависности од врсте и износа кривичне санкције прописане за конкретно кривично дело. Сходно овоме, ако се ради о кривичним делима за која је, према најновијим изменама и допунама Законика, предвиђена казна затвора до осам година јавни тужилац може да подигне непосредну оптужницу и без сагласности истражног судије, што није у могућности када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора преко овог износа, јер у таквом случају сагласност истражног судије је неопходан предуслов њеног подизања.³⁹ У вези са оваквим решењем нашег законодавца присутна су, чини се не без разлога, залагања и за даљње ширење круга кривичних дела као критеријума могућности подизања непосредне оптужнице без сагласности истражног судије. Наиме, у случају прихватања предње изнесеног предлога о примени одредаба о скраћеном кривичном поступку и на кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година нема оправдања за разликовање непосредне оптужнице по критеријуму сада прописане казне затвора. Ово и из тога што у таквим случајевима не би било оптужнице уопште, већ оптужног предлога. С обзиром на ово, чини се сасвим оправданим да критеријум разликовања могућности подизања непосредне оптужнице буде прописана казна затвора у трајању до десет и преко десет година. Остале услове за подизање непосредне оптужнице (обим доказног материјала и претходно саслушање осумњиченог) не треба мењати.

Промена концепта истраге и изнесени ставови стручне јавности у вези са овим видом поједностављења кривичног поступка за свој резултат су имали, сасвим оправдане, интервенције и код непосредне оптужнице. Према предлогу решења Радне верзије новог ЗКП, истрага није сама по себи обавезна фаза поступка што за собом повлачи и могућност подизања непосредне оптужнице од стране јавног тужиоца и без претходног испуњења било каквих формално испуњених услова по питању врсте и износа кривичне санкције предвиђене за конкретни кривични случај. Сходно чл. 331. ст. 5. Радне верзије ЗКП, "Ако

³⁹ Чл. 244. ст. 1 и 6. ЗКП у вези са чл. 63. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. год.

прикупљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају довољно основа за оптужење, оптужница се може подићи и без спровођења истраге”. Као неминовна последица оваквог једног решења јављају се и нешто другачији начини контроле овако подигнуте оптужнице од стране суда - његовог ванрасправног већа. Два су основна резултата контроле овако подигнуте оптужнице. Прво, кад веће утврди да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужнице, наредиће да се истрага спроведе или да се прикупе одређени докази, па ако и након овог веће нађе да нема довољно доказа о основаности сумње да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе, обуставиће поступак (чл. 338. ст. 2 у вези са чл. 337. ст. 3 и 4. Радне верзије Законика). Друго, потврђивање оптужнице (чл. 341. Радне верзије Законика).

4. Скраћени кривични поступак

Један од традиционалних видова поједностављења кривичног поступка и у кривичном процесном законодавству Србије је скраћени кривични поступак. У вези са овим поступком пажњу заслужују две чињенице: Прво, Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. године настављен је, сасвим оправдано, тренд ширења броја кривичних дела за која се води скраћени кривични поступак започет ЗКП-ом из 2001. год., и то без било каквих претходно испуњених предуслова који су били предвиђени у нашем ранијем Законнику, а који су се односили на кривична дела са прописаном казном затвора од три до пет година.⁴⁰ Ступањем на снагу овог Закона, скраћени кривични поступак се води за сва кривична дела са прописаном, као главном казном, новчаном казном или затвором до пет година. Овакво проширење броја кривичних дела за која се спроводи скраћени кривични поступак у функцији је ефикаснијег кривичног поступка и у складу је са залагањима наше стручне јавности⁴¹ и криминално-политички је оправдано. Друго, услед истих разлога који су довели до изнесеног ширења одредаба о скраћеном кривичном поступку са овим трендом треба наставити. За време у којем живимо сасвим адекватним решењем по овом питању је решење по којем се скраћени кривични поступак спроводи за сва кривична дела са прописаном као главном казном новчаном казном или казном затвора до десет година. Оваквим једним решењем кривични поступак би постао не само јефтинији, већ и ефикаснији, а то истовремено не би ишло на уштрб законитости решења

⁴⁰ Види: С. Важић, Скраћени кривични поступак, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр.1 66-172; С. Бејатовић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и њихов допринос ефикасности кривичног поступка, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 58-82.

⁴¹ Види зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

конкретне кривичне ствари. У раду на изради радне верзије новог Законика прихваћено је залагање за настављање тренда ширења кривичних случајева на које се примењују одредбе о скраћеном кривичном поступку. Према чл. 495. овог законског пројекта ”скраћени кривични поступак се води за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година“.

5. Систем правних лекова

Право на правни лек и ефикасан систем правних лекова је један од стандарда не само у савременој науци кривичног процесног права, већ и стандарда у савременом друштву уопште. Он је резултат чињенице да ефикасност кривичног правосуђа зависи и од ефикасног система правних лекова. Полазећи од оваквог става у савременој науци кривичног процесног права и у савременом кривичном процесном законодавству траже се решења за што ефикаснији систем правних лекова, с тим да то не иде на уштрб законитости решења кривичне ствари. У том циљу, а у складу са скоро оштеприхваћеним ставовима у нашој стручној јавности о неефикасности нашег система правних лекова Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. године извршене су неколике изузетно значајне интервенције с овим циљем. Међу њима, посебну пажњу заслужују три. Прво, смањен је број ванредних правних лекова са четири на два. Ванредно ублажавање казне и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде као посебни правни лекови су укинати.⁴² Друго, број основа по којима се може уложити жалба на пресуду другостепеног суда смањен је на само један основ.⁴³ Треће, прописана је обавеза другостепеног суда да у случају када је у истом предмету већ једном укинута првостепена пресуда донесе одлуку која искључује могућност укидања побијане пресуде и упућивања предмета првостепеном суду на поновно суђење.⁴⁴ Предње изнесеним решењима која су, начелно посматрано, за поздравити, створена је основа за ефикаснији кривични поступак. Међутим, из овог се не би смео извући закључак да су постојећа решења у целости у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка. Насупрот, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног правосуђа и путем система правних лекова неопходно је узети у обзир и нека друга питања од утицаја на изградњу ефикасног система правних лекова. Тако, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, а да то не иде на уштрб загарантованих слобода и права човека и грађанина треба размотрити и могућности, које допуштају, под одређеним условима, и искључење права на правни лек.⁴⁵ Једном речју но-

⁴² Чл. 110. и чл. 112. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2009. год.

⁴³ Чл. 1 05. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2009. год.

⁴⁴ Чл. 103. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2009. год.

⁴⁵ У овом контексту интересантна је могућност допуштена у Седмом протоколу уз Европску

велирани систем правних лекова треба да задовољи два дијаметрално супротна друштвена интереса. Императив да се правним леком омогући исправљање судске одлуке и тиме осигура законитост, и захтев да се обезбеди правна сигурност човека свођењем на разумно време неизвесности окривљеног у погледу права државе на кажњавање (*ius puniendi*).

Поред предње изнесених питања која представљају приоритет, посматрано са аспекта постављених циљева процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије пажњу треба посветити и неким другим питањима. Случај нпр. са питањима која се тичу: побољшања процесне дисциплине учесника кривичног поступка, могућности прибављања вештачења од стране кривично-процесних странака, механизма контроле оптужнице, проширивања могућности подизања непосредне оптужнице без сагласности истражног судије, имунитетом сведока, међународне кривичноправне сарадње и сл.⁴⁶

6. Концепт истраге (Тужилачки или судски?)

Када је реч о нормативним факторима ефикасности кривичног поступка, онда без сумње једно од питања којем мора да се посвети посебна пажња је и питање концепта истраге. Реч је о питању које спада међу најактуелнија питања кривичног процесног законодавства уопште у последњих десетак година. Актуелност питања: Тужилачки или судски концепт истраге?, своју основу налази у чињеници да управо, у не малом степену, од начина његовог решавања зависи и питање ефикасности истраге, а тиме и ефикасности кривичног поступка као целине. С обзиром на ово, не чуди ни чињеница да се највећи број интервенција у кривичном процесном законодавству на простору Европе, извршених последњих деценија, односи управо на претходни кривични поступак.⁴⁷ Основна карактеристика ових интервенција је да судски концепт истраге, као раније у континенталном правном систему владајући, све више губи на својој присутности, односно све више уступа место тужилачком и тужилачко-полицијском концепту истраге. Тужилачки, тужилачко-полицијски концепт истраге губи свој англосаксонски изворни карактер и све више добија карактер универзалности. Чак, штавише, и у кривичном процесном законодавству земаља које важе за колевке судског концепта истраге, он је све више присутан кроз преузимање не малог број решења својствених тужилачко-полицијском

конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Према истом, допуштено је ограничење права на правни лек у одређеним случајевима. Нпр. у погледу оних дела која су мањег значаја, затим у случајевима у којима је осуђеном судио у првом степену највиши суд и сл. (чл. 2. ст. 2. Протокола бр.7).

⁴⁶ Види: М. Симић, Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству БиХ, у збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 254-281.

⁴⁷ Г. Илић, *op.cit.*, стр. 28.

концепту истраге. Случај нпр. са Француском као колевком установе истражног судије, где су овлашћења истражног судије значајно смањена увођењем судије за слободе и притвор који се налази хијерархијски посматрано изнад истражног судије и надлежан је за одлучивање о задржавању, притвору, претресању, улажењу у стан и одузимању предмета, као и о неким питањима изван кривичног поступка.⁴⁸ Поред овог, све је извесније да се на овоме неће стати и да ће и Француској као колевци истражног судије његова процесна улога бити значајно измењена у корист ширења овлашћења јавног тужиоца и полиције. Једном речју тужилачки, односно тужилачко-полицијски концепт истраге је већ доминантан у савременом кривичном процесном праву, и то како у компаративним националним кривичнопроцесним законодавствима, тако и пред међународним кривичним судовима.⁴⁹ Односно, слободно се може констатовати да као такав представља стандард.

Следећи кретања у савременом релевантном кривичном процесном законодавству по овом питању једна од важнијих новина у Радној верзији новог ЗКП је напуштање судског и прелазак на тужилачки модел истраге. У вези са овим пре свега се мора поставити питање због чега се приступило оваквом једном предлогу. Односно који су то разлози који дају предност тужилачком над судским моделом истраге. Неопходност промене предложеног модела истраге, и то са циљем преласка са судског на тужилачки, не само код нас већ и у највећем броју кривичнопроцесних законодавстава континенталног правног система уопште⁵⁰, јавља се из више разлога. Посматрано уопште, у прилог тужилачког модела истраге говори не мали број разлога. Међу њима, посебан значај имају следећи: *Стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак*, у прилог чега најбоље говоре резултати до којих се дошло у компаративном кривичном процесном законодавству у вези са овом проблематицом. Илустрације ради, наводимо пример Немачке, која је доношењем Закона о реформи кривичног процесног права од 9. децембра 1974. године⁵¹ у циљу стварања нормативне основе за убрзање кривичног поступка који у то време, према јединственом ставу и теорије и праксе, није био на жељеном нивоу прешла са судског на тужилачки модел истраге. Ценећи према радовима посвећеним овој проблематици, веома брзо су постигнути добри резултати у практичној примени новог модела истраге и данас је немогуће у истој наћи

⁴⁸ Г. Илић, Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у француском кривичном процесном праву, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.

⁴⁹ Види: М. Шкулић, Међународни кривични суд, Досије, Београд, 2005. год.

⁵⁰ О томе види: С. Бејатовић, Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији, Збор. „Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010. год., стр. 242-265.

⁵¹ С. Roxin, Die Strafproceßrecht, 22., Auflage, Munchen, 2002.; Kleinkecht/Meyer-Gossner, Strafproceßordnung, 43. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2004., стр. 476; Dolling/ Duttage/ Rossner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, Nomos, 2008.

на захтеве за његово укидање, односно за поновно враћање на судски модел; *Већи степен активности јавног тужиоца.* (У судском моделу истраге тужилац је поприлично пасиван и ослања се углавном на оно што полиција и истражни судија прикупе и доставе му, а што мора се признати није у складу са његовом основном функцијом кривичног гоњења учинилаца кривичних дела. Уз то, питање је колико је овакав модел истраге у сагласности и са начелом легалитета кривичног гоњења које обавезује јавног тужиоца на покретање и вођење кривичног поступка када су испуњени законски услови за то, као и у складу са његовом обавезом пружања доказа којима доказује основаност свог оптужног акта); затим, ту је и чињеница *адекватнијег начина регулисања одговорности за неефикасност истраге*, будући да се у судском концепту истраге одговорност за њену (не) ефикасност може без икаквих проблема, безмало без било каквих последица, пребацуги са јавног тужиоца на истражног судију и полицију и супротно, а што итекако може да утиче на практичну реализацију њеног циља); Поред изнесеног, ту је и чињеница потребе *усаглашавања кривичног процесног законодавства једне државе са савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством и међународним кривичним правом*, чија је једна од битних одлика све веће повећање улоге јавног тужиоца и полиције, односно ангажовања полиције уз надзор и руковођење јавног тужиоца и све веће опадање значаја судије као субјекта предузимања истражних радњи. Једном речју тужилачки, односно тужилачко-полицијски модел истраге је доминантан у савременом кривичном процесном праву, и то како у компаративним националним кривичнопроцесним законодавствима, тако и пред међународним кривичним судовима. Поред овог, посматрано са овог аспекта пажњу заслужују и следеће чињенице. То су: *Кабинетски карактер рада истражног судије* у којем је у судском моделу истраге истражни судија као њен главни активни субјекат преваходно ангажован на прикупљању личних доказа, док остали доказни материјал потиче из претходне активности полиције. Исто тако, у не малом броју случајева поверава им и предузимање одређених истражних радњи);⁵² Затим, *смањење могућности непотребног понављања доказа што је једно од особености судског концепта истраге.* (Нпр. посматрано са аспекта важећег ЗКП Републике Србије до саслушања претпостављеног учиниоца кривичног дела (осумњиченог - окривљеног), може да дође чак и три пута (у преткривичном поступку од стране органа унутрашњих послова, у истрази и на главном претресу);⁵³ *Или, ту је и правна природа истраге која несумњиво говори да је то тужилачко-полицијска, а не судска делатност.* Уз то, оваква њена правна природа у сагласности је и са њеним циљем, а то је прикупљање материјала потребног за подизање оптужног акта од стране јавног тужиоца, што у складу

⁵² Случај нпр. са радњама претресања стана и лица и привременог одузимања предмета у смислу чл. 81. ЗКП Републике Србије.

⁵³ С. Бејатовић, *Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2009, стр. 21-40.

са предње изнесеним начелима треба да ради он самостално или заједнички са полицијом);⁵⁴ На крају ту је и *допринос потпунијој реализацији основних начела кривичног процесног права*. (Пре свега о начелу непосредности) и др.⁵⁵ Наравно, у вези са овим треба узети у обзир и чињеницу разлога који се у кривичноправној теорији и пракси истичу против тужилачког модела истраге. Тако нпр. наилазимо на став да се овим моделом истраге односно озакоњењем полиције као њеног активног субјекта врши „*атак на међународним актима и националним законодавством загарантоване слободe и права грађана (Опасност од злоупотреба овлашћења.*”⁵⁶ Затим, да се на овај начин врши „*неоправдана концентрација виша функција у рукама тужиоца* (функције кривичног гоњења и функције истраживања) што неминовно утиче на његову објективност. Или ту је и приговор *још увек недовољне спремности праксе (недостатак кадровских и техничких потенцијала полиције и јавног тужилаштва за успешну практичну реализацију овакве једне новине*⁵⁷ и др.⁵⁸ Но, када је реч о разлозима против тужилачког модела истраге мишљење аутора рада је да они само на први поглед могу ставити под знак питања оправданост овакве једне идеје. С обзиром на све ово не чуди чињеница да поједини аутори, чини се не без основа, иду и даље и залажу се да стратегија кривичне истраге треба да буде још комплексније поље истраживања и као такво да представља и независну научну дисциплину.⁵⁹ Имајући у виду све ово, као несумњиви значај истраге како за кривични поступак као целину, тако и за слободe и права њених учесника, истрага као посебна фаза кривичног поступка, већ дуже времена, како у пракси тако и у теорији, изазива бројне дилеме, несугласице и тешкоће.

⁵⁴ С. Бркић, Предлози изменама и допунама ЗКП, Зборник „Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке”, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај, стр. 25. под 51.

⁵⁵ О другим разлозима криминално-политичке оправданости преласка са судског на тужилачки модел истраге види: С.Бејатовић, Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији, Збор. „Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010. год., стр. 242-265.

⁵⁶ Ђ. Лазин, Судска истрага - Дилеме и проблеми, Зборник „Ново кривично законодавство - Дилеме и проблеми у теорији и пракси”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006.год., стр. 358.

⁵⁷ Ђ. Лазин, Судска истрага-Дилеме и проблеми, Зборник „Ново кривично законодавство - Дилеме и проблеми у теорији и пракси”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006.год., стр. 358

⁵⁸ Види: С. Бејатовић, Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији, Збор. „Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010. год., стр. 242-265.

⁵⁹ Види: Adelmo Manna, Enrico Infante, Criminal Justice Systems in Europe and North America - Italy; Heuni - Helsinki – Finland, 2000.; Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure - law and practice - (4th edition), San Houston State University, 1998.; Joseph G. Cook, Paul Marens, Criminal Procedure (5th edition), Lexis Publishing, New York, 2001.; D. G. Cracknell’s Statutes English Legal System (Police and criminal evidence act 1984), London, 1992.; Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВшУП, Београд, 2005. год., стр. 99-144.

Отворена су бројна питања. Међу њима посебан значај имају она која се тичу: Органа који треба да спроводе истрагу; Овлашћења активних субјеката истраге, односно у ком обиму иста треба дати појединим субјектима истраге? Затим, ту је и питање: Да ли су судски органи који спроводе истрагу довољно стручни из области криминалистике чије знање у овом поступку највише долази до изражаја? Потом, како и на који начин заштити слободу и права окривљеног лица у току истраге? Или, који систем-модел истраге је најприкладнији посматрано са аспекта како њене ефикасности, тако и ефикасности кривичног поступка као целине, али да то не иде на уштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субјеката истраге? и др.⁶⁰ У оквиру ових, и не само ових питања, питање ефикасности истраге је једно од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и још више неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине.⁶¹ С обзиром на све ово, не треба да чуди ни чињеница да је управо истрага незаобилазна тема скоро свих иоле значајнијих скупова када је реч о савременим тенденцијама у кривичноправној науци уопште⁶², односно незаобилазна тема у раду на иоле озбиљнијим интервенцијама у савременом кривичном процесном законодавству, и то посебно оном које припада континенталном правном систему. Кругу земаља у којима су питања истраге једна од кључних питања реформе њиховог кривичног процесног законодавства припада, сасвим оправдано, и Србија.⁶³

Имајући у виду изнесено, које са једне стране говори о предности тужилачког у односу на судски модел истраге, а са друге стране и о присуству низа дилема када је реч о конкретној разради тужилачког модела истраге, неминовно је, управо у тренутку када се налазимо пред усвајањем новог текста ЗКП РС, чија је једна од значајнијих новина и промена модела истраге, поставити два питања. Прво: Како и на који начин нормативно разрадити тужилачки модел истраге да би он био у функцији остваривања циља који се очекује од њега, а то је ефикасност уз истовремено вођење рачуна о међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других учесника истражног поступка? Друго: Да ли је предложени модел истраге у

⁶⁰ С.Бејатовић, Концепт истраге и њен утицај на ефикасност кривичног поступка, Збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 108-133; Зборник „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета”, Удружење за кривично право и криминологију Југославије”, Београд, 1997. год.

⁶¹ Види: Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 155-215.

⁶² С.Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривично-процесно законодавство Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2008, стр. 3-40.

⁶³ О томе детаљније види: С.Бејатовић, Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији, Збор. „Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010. год., стр. 242-265.

Радној верзији ЗКП РС у складу са циљевима који се од њега очекују? Посматрано са аспекта овако постављених питања, став аутора је следећи:

I. Тужилачки модел истраге, да би био у функцији циља који се од њега очекује (пре свега ефикасност како истражног поступка тако и кривичног поступка као целине), мора да буде нормативно разрађен уз пуно поштовање десет следећих принципа. То су:

Прво, једини овлашћени субјекат покретања истражног поступка треба да буде јавни тужилац, уз истовремено прописивање предуслова који морају да буду испуњени да би дошло до покретања истраге. Случај пре свега са степеном сумње о извршеном кривичном делу који не може бити исти као услов покретања истражног поступка и поступка који њему претходи. Имајући у виду природу ова два поступка, карактер радњи које се предузимају у њима, њихов циљ и субјекте надлежне за њихово предузимање недопустив је исти степен сумње као услов њиховог покретања.

Друго, поред јавног тужиоца активни субјекат истраге треба да буде и полиција, с тим што морају прецизно да буду прописани случајеви у којима полиција може да се појави у овом својству, као и врсте истражних радњи које она може предузети у својству активног субјекта истраге;

Треће, предвиђање конкретних механизма који обезбеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази;

Четврто, једна од основних карактеристика тужилачког модела истраге мора да буде тачно и прецизно нормирање када, под којим условима и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави судија за истрагу. У тужилачком моделу истраге основна - главна функција судије за истрагу мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободу и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој.⁶⁴ Једном речју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Не би смеле да буду у функцији доношења одлуке јавног тужиоца о подизању оптужнице или обустави поступка.

⁶⁴ Види нпр. решења у немачком StPO (Види: Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 4. auflage, Verlag C.H.Beck, Munchen, 2008.; Lowe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 23. neubearbeitete Auflage, Zweiteer Band, 2 Buch, Berlin, 1988.; С. Бејатовић, Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у немачком кривичном процесном законодавству, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год., стр. 265-290.

Пето, јасно разграничење овлашћења и надлежности активних субјеката истраге и на тај начин искључење могућности самовоље и арбитрарности неког од њих;

Шесто, посматрано са аспекта предузимања истражних радњи њихова основна особеност мора да буде законитост и ефикасност њиховог предузимања, а она се обезбеђује предвиђањем инструмената за тако нешто;

Седмо, прописивање прецизних критеријума ефикасног спровођења истраге као и начина поступања јавног тужиоца након окончања истраге и последица непридржавања тако предвиђених норми;

Осмо, предвиђање таквог положаја оштећеног који му омогућава остваривање његових основних права поводом кривичног дела за које се спроводи истрага;

Девето, предвиђање механизма обезбеђења прикупљања доказа како на штету, тако и у корист лица против којег се спроводи истрага;

Десето, усаглашеност и других одредаба закона са промењеним моделом истраге. Прелазак са судског на тужилачки модел истраге захтева и истовремену промену низа других института и решења уопште у кривичном процесном законодавству. Случај нпр. са контролом оптужнице подигнуте након овако спроведене истраге, питањем доказне иницијативе и улоге суда у извођењу доказа, начела *in dubio pro reo* и сл.⁶⁵

II. С обзиром на изнесено, као кључно питање, када је реч о Радној верзији ЗКП РС, посматрано са аспекта проблематике истраге, је питање: Да ли су изнесени, углавном општеприхваћени принципи нормативне разраде тужилачког модела истраге, испоштовани у најновијој Радној верзији ЗКП РС или не? Детаљна анализа одредаба чл. 295 -312. овог законског пројекта не може да да позитиван одговор на овако постављено питање. Примера за оправданост овакве једне констатације има више. Истичемо само оне кључне, и то сходно редоследу норми које су посвећене овој проблематици. Појединачно посматрано, они се огледају у следећем:

1. Сходно чл. 295. ст. 1. тач. 2. Радне верзије Законика: „Истрага се покреће против непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело“. Имајући у виду све оно што се немивно јавља као последица покретања кривичног поступка и у теоретском и практичном погледу непри-

⁶⁵ О томе детаљније види: В. Ђурђић, Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом ЗКП, Зборник „Примена новог ЗКП Србије”, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007, стр. 128; С. Бејатовић, Концепт истраге и њен утицај на ефикасност поступања у кривичним стварима, у збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним ствартима”. Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр.108-133.

Види: Д. Радуловић, Кривично-процесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год., стр. 223-232.

хватљива је могућност покретања кривичног поступка против непознатог учиноца кривичног дела.⁶⁶ Таква једна одредба не само да нема оправдања, већ је и у директној супротности са не малим бројем општеприхваћених решења у кривичном материјалном и процесном законодавству. Случај. нпр. са одредбом чл. 14. ст. 1 и 2. КЗ РС⁶⁷ из које јасно прозилази да „нема кривичног дела без кривице”, а питање кривице могуће је посматрати само у контексту конкретног, а не неког непознатог –апстрактног лица. Или, оправдано се мора поставити и питање односа ове одредбе са чл. 286. ст. 1. Радне верзије Законика у којој је, сасвим исправно, прописано поступање полиције у тзв. предистражном поступку који обухвата и случајеве „када постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, а учинилац кривичног дела је непознат” и сл. Сваки коментар односа ових, и не само ових одредаба, када је реч о овом обележју предложеног модела истраге, је сувишан.

2. Једно од неспорних питања теорије и не само теорије кривичног процесног права када је реч о покретању кривичног поступка је и став да оно мора бити условљено испуњењем материјалног услова конкретизованог у постојању чињеница и околности конкретног кривичног догађаја које упућују на закључак, указују на то да је одређено лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет - тј. постојањем основане сумње.⁶⁸ Покретање и вођење кривичног поступка не може се заснивати на претпоставкама, већ се мора заснивати на стварним –конкретним подацима. Са друге стране, када је реч о поступку који претходи покретању кривичног поступка, о преткривичном поступку онда је довољно постојање чињеница и околности које само наговештавају постојање кривичног дела и учиниоца, тј. довољни су и основи сумње.⁶⁹ Решења предложена Радном верзијом Законика су супротна и као таква су више него дискутабилна. Према ст. 1. чл. 295. Радне верзије Законика услов за покретање истраге, а тиме и услов за покретање кривичног поступка је најнижи степен сумње о извршењу кривичног дела. У складу са предложеним решењем „истрага се покреће кад постоје основи сумње да је учињено кривично дело.” Два су разлога која озбиљно стављају под знак питања исправност овако предложеног решења. Прво, то је одредба чл. 2. ст. 1. тач. 17. у којој је, сасвим исправно, предвиђено: „Основ сумње је претпоставка да је одређено лице учинилац кривичног дела заснована на околностима догађаја и посредним закључцима о чињеницама (индицијама).” Питање је пре свега: Да ли је

⁶⁶ Слично мишљење заступа и С. Бркић (Види: С. Бркић, Критички осврт на Прву главу Радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14. септембра 2010. год., Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010).

⁶⁷ „Сл. гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

⁶⁸ М. Симовић, Значење „основане сумње” из четвртог амандмана на Устав САД, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год., стр. 208-222.

⁶⁹ О овоме детаљније види: С. Соковић, Доказивање индицијама, Крагујевац, 1997. год.

само на основу индиција могуће покретање кривичног поступка с обзиром на све његове импликације?⁷⁰ Друго, сходно чл. 295. ст. 1. Радне верзије Законика „Постојање основа сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности“ је такође, у овом случају сасвим оправдано, услов поступања полиције у предистражном поступку, а самим тим и услов за покретање предистражног поступка. Ако се има у виду природа и задатак предистражног поступка и природа и задатак истражног поступка, карактер радњи које се предузимају у овим поступцима и субјекте надлежне за њихово предузимање, онда се пре свега мора поставити питање: Како оправдати предвиђање истог материјалног услова и за предистражни и истражни поступак? Став аутора је да нема аргумената за овакво једно решење. Исти степен сумње не може бити услов покретања преткривичног и кривичног поступка.

3. Сходно чл. 7. Радне верзије ЗКП, кривични поступак се сматра покренути доношењем наредбе о спровођењу истраге. Став Радне групе да у самом тексту Законика реши питање момента покретања кривичног поступка је за поздравити и он треба да реши ово, дуго времена спорно, питање у нашој теорији кривичног процесног права.⁷¹ Међутим, овакво једно решење се мора озбиљно ставити под знак питања. Ово пре свега из разлога што се оно мора да посматра у контексту са одредбом чл. 302. ст. 1. Радне верзије Законика, сходно којој наредбу о спровођењу истраге доноси надлежни јавни тужилац, и то без икакве контроле суда и без било какве могућности њеног побијања неким правним средством. Оваквим једним предлогом сасвим неоправдано напушта се углавном општеприхваћена концепција о тространом правном односу кривичног поступка као критеријуму решавања питања момента покретања кривичног поступка. Уз ово, ако се овакво једно решење доведе у везу са одредбом чл. 295. ст. 1. тач. 1 и 2. Радне верзије (покретање кривичног поступка против непознатог учиниоца кривичног дела кад постоји најнижи степен сумње – основи сумње о извршеном кривичном делу) онда проблем постаје још већи. Једном речју, у предлагању оваквих решења није се водило рачуна ни о практичним ни теоретским импликацијама које она за собом повлаче, а што мора да буде узето у обзир. Свака одредба ЗКП, а посебно оне које се тичу питања оваквог карактера, мора се посматрати не изоловано, већ у контексту не малог броја других одредаба.

4. У законодавствима која познају тужилачки модел истраге, истрага је нормативно разрађена уз пуно поштовање принципа према којима је тужилац (или тужилац и полиција) по правилу једини овлашћени субјекат предузимања истражних радњи уз предвиђање механизма обезбеђења прикупљања доказа како на штету тако и у корист лица против којег се спроводи истрага и механи-

⁷⁰ Види: С. Соковић, Доказивање индицијама, Крагујевац, 1997. год.

⁷¹ О томе види: Т. Васиљевић - М. Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 202. год.; С. Бркић, Кривично процесно право II, Нови Сад, 2010. год., стр. 80; М. Симовић, Кривично процесно право, Треће измењено и допуњено издање, Бања Лука, 2009. год., стр. 319.

зама који обезбеђују ефикасност истражног поступка. Одступања од принципа по којем је тужилац једини овлашћени субјекат предузимања истражних радњи могућа су само у изричито предвиђеним случајевима. Овакав нормативни приступ уређења тужилачког модела истраге је, може се констатовати, и скоро општеприхваћени принцип у теорији кривичног процесног права. С обзиром на овакав њихов карактер поставља се питање: Да ли је овај принцип испоштован у нормативној разради предложеног модела истраге у Радној верзији Законика? Мишљења аутора је да не. Примера за исправност овакве једне констатације има више. Наводимо само три.

Прво, у ставу 1. чл. 301. Радне верзије Законика прописано је: „Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране.” У вези са овако предложеним решењем постављају се три питања. Прво, да ли се на овај начин у нашем кривичном процесном законодавству предлаже не тужилачки модел истраге, већ паралелна истрага? Да ли на овакав један начин положај лица против којег се спроводи истрага зависи од његовог материјалног статуса, односно да ли се на овакав један начин прави разлика међу лицима против којих се спроводи истрага према критеријуму њиховог имовног стања? Затим ту је и питање: Да ли су докази које прикупе осумњичени и његов бранилац у функцији задатка истраге из ст. 2. чл. 295. Радне верзије Законика, а тиме и у складу са основним разлогом преласка са судског на тужилачки модел истраге (њена ефикасност)? Став је аутора да је одговор на сва ова питања више него јасан и да никакви додатни коментари нису потребни. Уместо тога, нешто друго. У тужилачком моделу истраге морају да буду предвиђени механизми обезбеђења прикупљања доказа, како на штету, тако и у корист лица против којег се спроводи истрага на начин који ће бити у складу са њеним задатком и њеном ефикасношћу. Примера за такве механизме има више у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству.⁷² Треба их анализирати и прилагодити захтевима о којима се мора водити рачуна када је у питању конкретно-национално кривичнопроцесно и не само кривичнопроцесно законодавство.⁷³

Друго, у тужилачком моделу истраге главна функција судије за истрагу мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободу и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно је да је она и битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари

⁷² Види нпр. par. 160 i 166. StPO (Kleinkecht/Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 43. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munkchen, 2004, str. 476; Dolling/Duttage/Rossner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, Nomos, 2008).

⁷³ О томе детаљније виде: Законодавни поступак и казнено законодавство, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој.⁷⁴ Радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Не би смеле да буду у функцији прикупљања доказа и података потребних за доношење одлуке о подизању оптужнице или о обустави поступка. Да ли су овакви, углавном општеприхваћени, ставови и у законодавству и теорији испоштовани у разради процесног положаја судије за претходни поступак у Радној верзији Законика или не? Став је аутора да су у новој Радној верзији ЗКП отклоњене негативности које су биле присутне у Радној верзији ЗКП из септембра месеца 2010. године, по овом питању и да су као такве за поздравити. Наиме, у најновијој Радној верзији Законика брисана је одредба којом је као последица непоступања јавног тужиоца по налогу судије за претходни поступак, поред осталог, било предвиђено и предузимање те радње од стране судије.⁷⁵

5. Један од принципа на којима би морао да буде разрађен тужилачки модел истраге је и предвиђање таквог положаја оштећеног, који му омогућава остваривање његових основних права поводом кривичног дела за које се спроводи истрага. Да ли је овај принцип испоштован у предложеном тексту Радне верзије Законика која овој проблематици поклања само једну одредбу. Реч је о ст. 3. чл. 297. према којем у току истражног поступка постоји само обавеза јавног тужиоца да обавести оштећеног о покретању истраге уз истовремену поуку о правима која му припадају у смислу ст. 1. чл. 50. Радне верзије Законика. Став аутора је да не.

6. Поред изнесеног, предложени модел истраге карактерише и одсуство решења питања која могу да се појаве у току истражног поступка. Нпр: Како поступити у случају када се у току истраге појаве околности које указују на потребу примене мере задржавања лица против којег се спроводи истраге, док се не одлучи о предлогу тужиоца за одређивање притвора у смислу чл. 212. Радне верзије Законика? Овако постављено питање посебно добија на актуелности у случајевима када мера задржавања осумњиченог од стране јавног тужиоца или полиције није одређена у предистражном поступку у смислу одредбе чл. 294. Радне верзије Законика. Ако се овоме дода и одређени број међусобно неусаглашених норми којима се разрађује предложени модел истраге, онда предметна проблематика још више добија на својој актуелности.

⁷⁴ Види нпр. решења у немачком StPO (Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2008).

⁷⁵ О теме детаљније види: С.Бејатовић, Радна верзија ЗКП Републике Србије и тужилачки модел истраге, Ревиија за криминологију и кривично право, бр.2/2010, стр. 23-40.

* * *

Анализа питања која чине садржину рада јасно показује две ствари. Прво, један од основних циљева рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије који треба да се оконча доношењем новог ЗКП је и стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Посматрано са аспекта овако формулисаног циља, као једног од главних међународних правних стандарда у области кривичног процесног законодавства као целине, све присутнија је појава не малог броја нових института и различита нормативна разрада већ постојећих - традиционалних института кривичног процесног права као целине (случај нпр. са различитим облицима поједностављених форми поступања у кривичним стварима, измењеним приступом у систему правних лекова и сл.). Друго, извршена анализа неких од решења Радне верзије новог ЗКП Републике Србије, говори да је његов не мали број посматраних решења, начелно посматрано, у складу са стандардима присутним по овим питањима, а тиме и са решењима присутним у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству. Међутим, и поред значајног напретка до којег је дошло у досадашњој нормативној разради ове проблематике предложена решења у овом законском пројекту као целини још увек нису на нивоу жељеног степена усаглашености са анализираним стандардима. Оваква једна констатација своју основу налази пре свега у чињеници да одређени број начелно оправданих института и других решења нису нормирана на начин који их ставља у функцију потпуног степена усаглашености са жељеним стандардима. Случај нпр. са неким решењима везаним за споразум о признању кривице, начело опортунитета кривичног гоњења, концепт истраге и сл. Из ових разлога, а у циљу што потпуније хармонизације кривичног процесног законодавства Србије са овим стандардима, у циљу стварања што потпуније нормативне основе за потребан степен ефикасности нашег кривичног поступка у завршној фази рада на окончању реформе кривичног процесног законодавства Србије као резултат чега треба да се појави нови ЗКП било би неопходно обратити посебну пажњу управо отклањању ових недостатака, њиховом нормирању по угледу на релевантно компаративно кривично процесно законодавство, свакако уз прилагођавање нашим условима, што још увек није случај.

ЛИТЕРАТУРА

- Artkamper/Herrmann/Jakobs/Kruse, Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft, ZAP, Munster, 2008.

- Бановић, Б., Европски налог за хапшење, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Бркић, С., *Предлози изменама и допунама ЗКП*, Збор. „Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: Усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке“, Савет Европе, ХРЦАД, 2004.

- Бркић, С., *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.

- Бркић, С., Критички осврт на Прву Главу Радне верзије Нацрта ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.

- Beziz-Ayache, A., *Dictionnaire de droit penal general et procedure penale, 2e edition*, Paris 2003.

- Bernardi, A., *Europe sans frontieres et droit penal*, Revue de science criminelle et de droit penal compare, 2002/1.

- Bejatović, S., Aktuelle Fragen zur laufenden Reform der Strafprozessgebung in Serbien, Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin, Band 2, Berlin, 2011, set.1813-1830

- Бејатовић, С., Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Бејатовић, С., *Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету*, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009.

- Бејатовић, С., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и њихов допринос ефикасности кривичног поступка*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Бејатовић, С., *Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства у земљама бивше СФРЈ и Србији*, Зборник „Право у земљама региона“, Институт за упоредно право, Београд, 2010.

- Бејатовић, С., *Међународни правни стандарди у области кривичног процесног права и начин њихове имплементације у Законик о кривичном поступку*, Збор. „Законодавни поступак и казнено законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Бејатовић, С. и др., *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

- Бејатовић, *Реформа кривичнопроцесног законодавства Србије и ефикасност кривичног правосуђа*, Зборник „Реформа кривичног правосуђа“, Правни факултет Ниш, 2010. год.

- Бејатовић, С., *Актуелна питања текуће реформе кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. „Актуелне тенденције у развоју европског континенталног права“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

- Бејатовић, С., Радна верзија ЗКП РС и тужилачки модел истраге, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.

- Beziz-Ayache, A., *Dictionnaire de droit penal general et procedure penale*, 2e edition, Paris, 2003.

- Ћирић, Ј., Српско и Европско кривично право, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1981.

- Важић, С., *Скраћени кривични поступак*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Грубач, М., *Критика Предлога Новог Закона о кривичном поступку*, Зборник „Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006.

- Група аутора, *Коментари Закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2005.

- Игњатовић, Ђ., *Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности*, Зборник „Тешки облици криминала“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004.

- Илић, Г., *Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније*, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Јакулин, Ј.- Корошец, Д., *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичном законодавству Словеније*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Joseph G. Cook, Paul Marens, *Criminal Procedure* (5th edition), Lexis Publishing, New York, 2001.

- Lutz Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 46 .Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2003.
- Lowe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Groskommentar, 23.Auflage, Zweiter Band , Berlin ,1988.
- Милутиновић, М., Криминална политика, Београд, 1984.
- Матовски, Н., *Принципи правичног поступка у кодификацијама европских држава*, Збор. “Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.
- Николић Д., *Споразум о признању кривице*, ЈП „Сл. Гласник“, Београд, 2009.
- Надрљански С., *Кажњавање пре главног претреса*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Радуловић, Д., Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 22.Auflage, Munchen, 2002.
- Roxin, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Verlag C.H.Beck, Munchen, 2002.
- Roxin, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage Verlag C.H.Beck, Munchen, 2006.
- Радуловић, Д., *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, Зборник «Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета», Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997.
- Радуловић, Д., *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Подгорица, 2009.
- Стојановић, З., *Политика сузбијања криминалитета*, Нови Сад, 1991.
- Стојановић, З., *Кривично законодавство и тешки облици криминалитета*, Зборник „Тешки облици криминала“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004.
- Стојановић, З., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“ Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Симовић, М., *Кривични поступци у Босни и Херцеговини*, Друго измењено и допуњено издање, Сарајево, 2008.
- Симовић, М., *Кривично процесно право*, Бихаћ, 2009.

- Симовић, М., *О неким искуствима у функционисању новог кривичног процесног законодавства Босне и Херцеговине*, Зборник „Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство“, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005.
- Симовић, М. и др., Коментар Закона о кривичном (казненом) поступку Босне и Херцеговине, Сарајево, 2005.
- Sieber, U., *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.
- Сијерчић-Чолић, Х., Специфични институти у развоју новог кривичног поступка у БиХ, Ревија за криминологију и кривично право, бр.1/2010.
- Симовић-Хибер, И., Систем расправа о идеји владавине права, основама кривичног закона, појму злочиначке групе и интернационализацији кривичног права, Београд, 2007.
- Tiedemann, K., *Die Europaisierung des Strafrechts*, u : Kreuzer, Scheuing, Sieber; *Die Europaisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1977.
- Ђурђић, В., *Основна начела југословенског кривичног процесног права и слобода и права човека и грађанина*, Зборник „Југословенско кривично законодавство и слобода и права човека и грађанина“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001.
- Ђурђић В., *Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законику о кривичном поступку*, Зборник „Примена новог Законика о кривичном поступку Србије“, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007.
- Ђурђић, В., *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008.
- Ђурђић, В., Реформисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010. год., Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Ђурђић, В., Европски стандарди заштите слобода и права осумњичених и окривљених, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.
- Ђурђевић, З., Лисабонски уговор: прекретница у развоју казног права у Еуроци, Хрватски љетопис за казно право и праксу, Загреб, вол. 15, бр. 2/2008.

- Филипчић, К., Развој института ресторативне правде у третману малолетних делинквената - Европска перспектива, Зборник "Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2009.*

- Шкулић, М., *Организовани криминалитет - Појам и кривичнопроцесни аспекти* Београд, 2003.

- Шкулић, М., Концепција истраге у кривичном поступку, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1/2010.

- Шкулић, М., Погрешна концепција Нацрта ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.

ISTRAGA I EVROPSKO KRIVIČNO PRAVO

Prof. dr Miodrag N. Simović*

Doc. dr Vladimir M. Simović**

***Apstrakt:** Traganje za novim „evropskim“ procesnim pravilima je, prije svega, izazov za disciplinu uporednog krivičnog procesnog prava. Prvobitno je bilo koncipirano kao istraživanje inostranog prava, a zatim kao metodologijski složenije uporedno pravo istraživanja nacionalnih sistema. Za uporedno krivično procesno pravo važnu ulogu ima komponenta uvođenja novog evropskog prava, kao regionalnog međunarodnog prava u okviru Vijeća Evrope i prava sui generis, koje se (i) u području krivičnog postupka počinje stvarati u okrilju Evropske unije.¹*

U traganju za novim i djelotvornijim krivičnim postupkom, istraga privlači posebnu pažnju. Od njenih rezultata bitno zavisi ishod krivičnog postupka u cjelini. Istraga mora biti djelotvorna i inventivna, ali i sa odgovarajućim jemstvima. Naime, u njenim okvirima latentno postoji povećana opasnost kršenja ljudskih prava i sloboda. To slijedi iz posebnih karakteristika istrage, pogotovo odsustva javnosti. Zbog navedenih i drugih okolnosti, vrijeme promjena koje obilježava aktuelno razdoblje razvoja evropskog prava, nalaže temeljito i cjelovito razmatranje situacije de lege lata i traženje odgovora na pitanja uređenja istrage u evropskim krivičnim postupcima de lege ferenda. Polazišta prema jednom i drugom cilju su temeljita uporedna istraživanja.

Ključna tačka aktuelnih promjena jeste zaštita prava osumnjičenog koja treba biti prilagođena novom proceduralnom kontekstu kako bi se zadržala „ravnoteža snaga“ u istražnom postupku. Zatim, potrebno je omogućiti pravo žrtve da učestvuje u istražnom postupku, da bude zaštićena od sekundarne viktimizacije, kao i da dobije naknadu štete. Naposljetku, kako bi se povećao kapacitet policije i tužilaštva, te osiguralo povjerenje javnosti u profesionalno provođenje istrage, preporučuju se

* Др Миодраг Н. Симовић, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и председник Уставног суда Босне и Херцеговине

** Др Владимир М. Симовић, стручни сарадник у Окружном суду у Бањој Луци и доцент Факултета за безбједност и заштиту у Бањој Луци

¹ Vidjeti Harding, C, Fenell, P., Jörg, N. and Swart, B., Criminal Justice in Europe - A Comparative Study, „Oxford University Press Inc.“, New York, 1995.

određene mjere organizacijske reforme, kao što su jačanje prava i statusa policijskih službenika u svojoj organizaciji, povećanje transparentnosti i odgovornosti rada policije, kao i daljnje jačanje institucionalne nezavisnosti tužilaštva.

Ključne riječi: *istraga, tužilac, policija, sud, krivični postupak, krivično gonjenje.*

I – UVOD

Polazna osnova, prema kojoj je u uporednim razmjerima moguće vrednovati sisteme krivičnog postupka u Evropi, jeste cjelina prava na pravični postupak iz člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Tu cjelinu je Evropski sud za ljudska prava protumačio integralno, tako da se odnosi na postupanje o krivičnom djelu u cjelini, obuhvatajući i njegov uvodni, pripremni dio koji se uopšteno, za svrhe uporednog istraživanja, može označiti kao istraga.² Praksa Evropskog suda za ljudska prava upućuje da svaki sistem krivičnog postupka u Evropi (akuzatorni, mješoviti ili inkvizitorni) ima svoje slabosti, tačke veće ili manje entropije.³ To vrijedi i za fazu istrage, bez obzira na normativno rješenje kojim je uređena u nacionalnom pravu, što opravdava razmatranje poboljšanja nacionalnih sistema, odnosno, ispitivanja mogućeg novog optimalnog „evropskog“ modela krivične procedure i unutrašnjeg - istrage.⁴

U traženju optimalnih rješenja, u posljednjih nekoliko decenija jasno su izražena dva nastojanja. Prvo, koje ide za približavanjem nacionalnih sistema i drugo, ambicioznije, koje smjera njihovom međusobnom usklađivanju ili konvergenciji, a posebno usklađivanju s praksom Evropskog suda za ljudska prava.⁵ Drugo nastojanje - glasovi u prilog iznalaženju jedinstvene evropske krivične procedure, još su uvijek prilično usamljeni, ali što je još važnije, ostaju na nivou akademskih želja.⁶

U prošlosti, odnosi među nacionalnim izvorima izražavali su se posebno kod preuzimanja tuđih modela sistema krivičnog postupka. Postojali su modeli tradicionalnih značajnih sistema koje su preuzimale druge zemlje s manjom pravnom tradicijom ili političkom važnosti. Recentni primjeri takvih legislativnih „transfera“

² Vidjeti Tochilovsky, V., *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights - Procedure and Evidence*, „Martinus Nijhoff Publishers“, Leiden, Boston, 2008.

³ Vidjeti Schmoller, K., *Aktuelno stanje austrijskih krivičnoprocesnih reformi*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 1/04.

⁴ Vervaele, A. E. J., *Evropsko krivično pravo i opšta načela prava Unije*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 2/05, str. 857.

⁵ Vidjeti Krapac, D., *Evropsko krivično pravo: konvergencijom nacionalnog krivičnog prava prema krivičnom pravu za Evropu?*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 1/99, str. 219–249.

⁶ Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije*, Fond otvoreno društvo, „Magistrat“, Sarajevo, 2002, str. 511.

zabilježeni su pri kraju dvadesetog vijeka u nekim tranzicijskim zemljama. Za razliku od toga, najnovijim nastojanjima je zajedničko postojanje izvjesnih sadržaja oblikovanih kao polazne osnove uređenja krivičnog postupka, tj. kao rukovodna načela⁷, koja uokviruju uređenje krivičnog postupka u pojedinom nacionalnom sistemu. U savremenoj istrazi posebno se ističe nastojanje za izdizanjem tri ključna procesna načela: djelotvornosti, brzine i ravnopravnosti (jednakosti).⁸

II – KARAKTERISTIKE NOVIJEG RAZVOJA KRIVIČNOG POSTUPKA U KONTINENTALNOJ EVROPI

Noviju istoriju krivičnih postupaka u kontinentalnoj Evropi moguće je podijeliti u četiri velike etape. To omogućuje jasniji uvid u najosnovnije smjerove kretanja u području zakonskog uređenja krivičnog postupka tokom posljednja dva vijeka. Prva etapa seže od početka XIX vijeka do njegove druge polovine, druga od druge polovine XIX vijeka do 1950. godine, treća od 1950. do 1989. godine i četvrta obuhvata najnovije razdoblje.

Prvu etapu (početak modernog razvoja krivičnog postupka) obilježava jedan poseban izvor koji ima ključno značenje u nastanku mnogih sistema evropskog kontinentalnog krivičnog postupka: francuski *Code de instruction criminelle* iz 1808. godine. U njemu je oblikovana mješovita evropska kontinentalna krivična procedura.⁹ Ključno je njegovo značenje da je prethodni postupak uredio prema inkvizitornom, a glavni pretres prema akuzatornom modelu. Istraga je tajna, nije kontradiktorna, za lakša krivična djela povjerena je sudskoj policiji, a za teža istražnom sudiji (*juge d'instruction*) koji je član sudskog vijeća koje odlučuje o krivičnom gonjenju. Malo je pravnih izvora u cjelokupnoj pravnoj istoriji koji su imali i još uvijek imaju tako dug vijek trajanja, preživljavajući burna razdoblja i velike društvene promjene u Evropi tokom protekla dva vijeka.¹⁰

Druga etapa, od druge polovine XIX i u prvoj polovini XX vijeka, obilježena je intenzivnom legislativnom aktivnošću u mnogim zemljama. U tom razdoblju doneseni su neki od najpoznatijih kodifikacijskih izvora. Neki od njih su, reformisani i revidirani, na snazi i danas. Dugo trajanje svjedoči o njihovoj sposobnosti da se prilagode novim, u nekim slučajevima bitno izmijenjenim društvenim odnosima.

Treća etapa obuhvata razdoblje od donošenja Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. i traje do 1989. godine. U tom razdoblju hladnoratovski podijeljene Evrope na Zapadu je doneseno svega nekoliko novih iz-

⁷ Vervaele, A. E. J., op. cit., str. 858.

⁸ Vidjeti Milošević, B. i Tirić, A., Modul 3 - krivična oblast, Principi krivičnog postupka i istraga, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova CEST FBiH i CEST RS, Sarajevo, 2009.

⁹ Pavišić, B., Transition of Criminal Procedure Systems, volume II, Pravni fakultet Univerziteta u Rijeci, Biblioteka Zavoda za kaznene nauke Mošćenice, Rijeka, 2004, str. 23.

¹⁰ *Ibidem*, str. 24.

vora krivičnog postupka. U istočnoj Evropi, naprotiv, legislativna aktivnost je bila mnogo intenzivnija i uzrokovana, prije svega, korjenitim promjenama društvenog uređenja.

Četvrta, aktuelna etapa, počinje padom Berlinskog zida 1989. godine. Obilježena je vrlo intenzivnom legislativnom aktivnosti u području krivičnog postupka bivših socijalističkih zemalja. Tranzicija krivičnih postupaka je imala veliki obim i obuhvatala razna područja i bila dio ukupnih društvenih reformi, a posebno temeljite revizije (krivično) pravnog sistema. Dolazi do značajnih „evolutivnih“ legislativnih novosti, a pojačana su i nastojanja za približavanjem, usklađivanjem i ujednačavanjem sistema ili ustanova „evropeizacijom“ prava u najširem smislu riječi. U tim nastojanjima nije izostalo ni područje istrage.

Važnu ulogu u dva posljednja razdoblja, ali posebno u aktuelnoj, četvrtoj etapi imali su i imaju izvori regionalnog međunarodnog krivičnog procesnog prava u okrilju Vijeća Evrope. Konačno, tu su i najnovija nastojanja na stvaranju evropskog krivičnog procesnog prava u okrilju Evropske unije. To je istovremeno uzrok i posljedica nastojanja da se krivični postupak uredi na način koji je najprikladniji za postizanje ciljeva: djelotvornosti postupanja i zaštite ljudskih prava.

III – GLAVNA OBILJEŽJA KRIVIČNE ISTRAGE U EVROPSKIM NACIONALNIM IZVORIMA

Tokom dosadašnjeg razvoja u evropskim zemljama krivična istraga je bila uređena prema tipičnim karakteristikama. Radnje u istrazi su u pretežnom dijelu evropskih sistema dio krivičnog postupka: njegova prethodna ili pripremna faza. To je cjeloviti, integrisani model krivičnog postupka. U nekim sistemima je cjelina krivične istrage legislativno odvojena od krivičnog postupka.¹¹

Normativno uređenje istrage je prva, tipična karakteristika, koju je moguće uzeti kao odrednicu u uporednom istraživanju. Za tu odrednicu značajna je pretežna pisanost izvora uređenja istrage i time uzrokovan visok stepen normativnog uređenja. Prevladavajuća je težnja da se istraga uredi pisanim izvorima i u zemljama običajnog prava. Druga značajka važna za prvu odrednicu je sistemsko mjesto izvora istrage, odnosno okolnost da li je istraga uređena *intra* ili *extra codicem*, tj. jesu li pravila o istrazi uvršćena u izvor krivičnog postupka ili su izvan njega - u posebnom izvoru o istrazi. Za razmatranje istrage važna je nadalje treća karakteristika, tj. pitanje da li je u pojedinom sistemu istraga uređena prema jedinstvenom tipu ili, naprotiv, zakonodavstvo predviđa više različitih tipova istrage, pri čemu su moguće značajne razlike među pojedinim njenim oblicima. To se, prije svega, odnosi na kriterije prema kojima je provedeno uređenje istraga.

¹¹ Vidjeti Krapac, D., Savremeni prethodni krivični postupak – nastanak i glavne značajke, „Naša zakonitost“, Zagreb, broj 2–3/89.

Prema strukturi radnji, istraga je složena djelatnost. Nju sačinjavaju radnje otkrivanja krivičnog djela i učinioca, razjašnjenje pitanja u vezi sa žrtvom i druga heuristička pitanja (prva komponenta djelatnosti u istrazi). Druga, u pravilu formalna komponenta istrage jeste prikupljanje podataka za glavni stadijum krivičnog postupka, djelatnost usmjerena na silogistička pitanja. Krivične istrage su normativno uređene kao cjelovita ili „potpuna“ i pojednostavljena ili „reducirana“ postupanja. Cjelovita postupanja predviđena su za najteža krivična djela i u pravilu imaju u vidu „vanjsko“ obavještenje o krivičnom djelu i složenu istraživačku zadaću. U njihovom okviru su uređena pravila o radnjama pribavljanja dokaza, vođenja istrage i osiguranja toka postupka.¹² Pojednostavljena postupanja su u određenom broju sistema tipizirana. Radi se o redukovanom postupku istrage koji se ograničava na radnje koje su neophodna i direktna priprema za prelaz u međustadijum ispitivanja ili čak pretresa, odnosno o „preskakivanju“ faze istrage i direktnom prelazu u fazu optuživanja ili u glavni stadijum.¹³ Tipični modeli takvih pojednostavljenih postupanja su: (a) pojednostavljeno postupanje u slučaju flagrantnog krivičnog djela, (b) preskakivanje istrage neposrednim optuživanjem i (c) izostajanje ili skraćivanje istrage sporazumijevanjem i nagodbom organa optuživanja i optuženog.

Važna odrednica jeste i subjekat istrage. Subjekti istrage su: organ koji obavlja krivično gonjenje, organ koji sprovodi istragu, organ koji donosi odluke i subjekt prema kojem se primjenjuju radnje u istrazi. U skladu s tim, djelatnost subjekata istrage ili funkcije koje se ostvaruju u istrazi su: krivično gonjenje, istraživanje, odlučivanje i odbrana. Opisane funkcije se mogu uporediti s osnovnim funkcijama u krivičnom postupku: krivično gonjenje (optuživanje), suđenje i odbrana, ali je njihov sadržaj ipak drukčiji. To se, prije svega, odnosi na funkciju istraživanja koja je usmjerena na iznalaženje uslova za krivični postupak i funkciju odlučivanja koja je sadržajno i po ciljevima znatno različita od istoimene funkcije suda u suđenju.

Funkcije subjekata istrage u nekim sistemima nisu razdvojene, pa ih pojedini subjekt, osim optuženog, može kumulirati. Nasuprot tome, mogu postojati odnosi paralelnih ovlašćenja više subjekata na radnje koje su u istoj funkciji.

Sistemi istrage u evropskim zemljama se, prema subjektu istrage, mogu razvrstati u tri grupe: policijska, sudska i tužilačka istraga.¹⁴

3.1. POLICIJSKA ISTRAGA

Sistemi policijske istrage obilježeni su primarnom ulogom policije u otkrivanju krivičnih djela i učinilaca, prikupljanju podataka za suđenje i vođenju istrage. Posebnost koja postoji u svim sistemima koji pripadaju tom modelu je visok stepen

¹² Novoselec, P., Državna advokatura u Saveznoj Republici Njemačkoj, Francuskoj i Švajcarskoj, „Pravni vjesnik“, Zagreb, broj 6 (3-4), 1990, str. 345.

¹³ Pavišić, B., op. cit., str. 23.

¹⁴ Vidjeti Škulić, M., Istraga - sudska, tužilačka, stranačka ili ... ? „Pravni portal“, Beograd, od 16. oktobra 2009. godine, str. 20–38 (pravniportal.rs/?pos=3&cat=anali&id=59).

samostalnosti policije i nastojanje da istraga prije svega bude efikasna. Jemstveni sadržaji u nekim od tih sistema su postojali tradicionalno, a u nekim su uvedeni tek u novije vrijeme.

Pojam policije uređuju nacionalni propisi. U tome postoje znatne razlike. Policija može biti jedinstven organ s višestrukim zadacima kriminalističke i zaštitne, civilne i vojne, opšte i specijalizovane policije. Međutim, može se raditi o mreži policijskih organa s različitim ovlašćenjima. U okviru policije mogu djelovati jedinice ili subjekti (istražitelji) čija je isključiva ili specifična zadaća provođenje krivične istrage. To su organi kriminalističke policije koji često nose i drukčiji naziv. Postupanja u okvirima istrage mogu biti opšta ili posebna ovlašćenja policijskih službenika. Opšta ili posebna policijska istražna ovlašćenja u nekim sistemima imaju i drugi subjekti.

Model policijske istrage obuhvata međusobno različite nacionalne sisteme krivičnog postupka. Uopšteno, moguće ih je razvrstati u dvije grupe. U nekim graničnim slučajevima podjela ne može biti do kraja dosljedno provedena.

Prvu grupu sistema čine zemlje izvornog *common lawa* (i neke skandinavske zemlje) u kojima nema integralnog izvora krivičnog postupka. Policijska istraga je tradicionalni model istrage u tim zemljama, u kojima su, osim policije, istražna ovlašćenja drugih organa rijetka ili ih uopšte nema. Krivična istraga se u tim zemljama sprovodi kao samostalno postupanje koje prethodi suđenju.¹⁵ Drugu, brojniju grupu, čine zemlje u kojima policijski organi sprovode istragu prema okvirnim pravilima uređenim u glavnom izvoru krivičnog postupka, uz veći broj drugih izvora (jednakog ili nižeg nivoa). U toj grupi istražna djelatnost policije je barem uopšteno pod nadzorom organa krivičnog gonjenja.

Važno pitanje koje mora riješiti svaki model policijske istrage je upotrebljivost podataka prikupljenih tokom ove istrage u krivičnom postupku. Sistemi policijske istrage u tom području predviđaju posebna pravila. Ta pravila diferenciraju radnje na operativne i istražne (formalne), usmjerene na pribavljanje materijalnih i personalnih dokaza. Uočljivo je u svim sistemima da se posebno uređuju dvije vrste radnji: one čiji rezultati mogu služiti kao dokaz na glavnom pretresu i radnje prikrivenog istraživanja. Prve se već u istrazi podvode pod pravila postupanja na glavnom pretresu, a druge uređuju detaljnim provedbenim pravilima.

U odnosu na subjekte krivičnog postupka, u modelu policijskog istraživanja uređena su detaljno dva područja. Prvo je odnos s organom optuživanja koji preuzima i nastavlja krivično gonjenje. S tim organom, u nekim sistemima, policija saraduje već tokom istrage, pri čemu organ optuživanja ima nalogodavna ili usmjeravajuća ovlašćenja.¹⁶ Odnos policije i suda u pravilu je uređen za slučajeve incidentnog

¹⁵ Spencer, J.R, Introduction, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, 2002, str. 18.

¹⁶ Vidjeti Mathias, E., The balance of power between the police and the public prosecutor, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, 2002.

pribavljanja (prije svega verbalnih) dokaza, a zatim još detaljnije za odlučivanje o zahvatima u osnovna prava i slobode, prije svega mjerama ograničenja i lišenja slobode.¹⁷ Sud u tom području ima isključivo pravo odlučivanja, a policija provedbene zadatke.¹⁸

3.2. TUŽILAČKA ISTRAGA

Tužilačka istraga je danas preovlađujući model istrage u evropskim sistemima. U značajnom broju zemalja razvila se postupno, „istiskivanjem“ sudske istrage, a u drugim je razvijena u procesu nastojanja da se policijska istraga podvrgne nadzoru organa krivičnog gonjenja.¹⁹ U praksi, tužilačka istraga djeluje vrlo različito.²⁰ U nekim zemljama državni tužilac u predmetima za krivična djela za koja se goni po službenoj dužnosti doista djelotvorno provodi nadzor i rukovodi, čak i sam sprovodi istragu.²¹ Za razliku od toga, tužilačka istraga je u mnogim zemljama zapravo prerusena policijska istraga.²² U tim sistemima policija djeluje formalno pod nadzorom i vođenjem državnog tužioca, ali zapravo radi samostalno.²³

Položaj suda u sustavu tužilačke istrage je obilježen karakteristikama neutralnosti.²⁴ Sud je lišen odlučivanja o pokretanju istrage, istraživačke inicijative, funkcije istraživanja i provođenja radnji. Zadaće suda u tim sistemima su ograničene na dvije djelatnosti. Prva je odlučivanje o zahvatima u osnovna prava i slobode (prije svega, odlučivanje o mjerama ograničenja i lišenja slobode i prikrivenog istraživanja). Druga djelatnost je osiguranje dokaza njihovim incidentnim pribavljanjem na prijedlog državnog tužioca ili okrivljenog (izuzetno i oštećenog).

¹⁷ Pavišić, B., op. cit., str. 46.

¹⁸ Vidjeti Alldridge, Field and Jörg, *The Control of Police Investigations*, in Harding, Fenell, Jörg and Swart (ed.), *Criminal Justice in Europe - A Comparative Study*, 1995.

¹⁹ Vidjeti Jurčević, M. i Huremagić, R., *Uloga tužioca u istrazi sa posebnim osvrtom na nadzor tužioca nad radom ovlašćenih službenih lica* ([http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?opcija=sadrzaj & kat=12&id=32&jezik=b](http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?opcija=sadrzaj&kat=12&id=32&jezik=b)).

²⁰ Vidjeti Tegeltija, M. et. al., *Modul 1 - krivična oblast, Istražni postupak, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova CEST FBiH i CEST RS, Sarajevo, 2006.*

²¹ Vidjeti Novosel, D. i Pajčić, M., *Državni advokat kao gospodar novog prethodnog krivičnog postupka*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 2/09.

²² Vidjeti Huber, B., *Javno (državno) tužilaštvo: pravni položaj, djelatnost i nadzor*; u prevodu D. Krapca, „Zakonitost“, Zagreb, 1992.

²³ Perrodet, A., *The public prosecutor*, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, 2002, str. 425.

²⁴ Vidjeti Smjernice o ulozi tužilaca usvojene od strane 8. Kongresa Ujedinjenih nacija o prevenciji zločina i o tretmanu prestupnika, Havana, Kuba, od 27. avgusta do 7. septembra 1990. godine i Preporuka Rec (2000) 19 Savjeta ministara Evropske unije državama članicama o ulozi javnog tužilaštva u krivičnompravnom sistemu

Za tužilačku istragu je značajna struktura odnosa u istrazi, ali isto tako i organizacija tužilaštva, suda i policije. Tužilac je, po pravilu, posebni organ državne vlasti. U nekim romanskim sistemima još uvijek postoji jedinstveni koncept magistrature sa funkcionalnom, ali ne organizacijskom raspodjelom funkcija istraživanja i suđenja kao osnove razlikovanja državnog tužioca i sudije. Istovremeno, u evropskim su razmjerima izražena htijenja za razdvajanjem funkcija optuživanja i suđenja.²⁵ U germanskim i nekim drugim sistemima državno tužilaštvo je dio strukture resora pravosuđa, dakle, u okviru izvršne vlasti. Osim toga, državno tužilaštvo je u nekim sistemima ustrojeno strogo hijerarhijski. U drugim pojedini subjekti državnog tužilaštva imaju autonomiju uporedivu s onom koju imaju sudovi.

Sistemi tužilačke istrage često predviđaju više oblika istrage, s obzirom na vrstu krivičnog djela, karakteristike učinioca ili žrtve i neke druge okolnosti. U tužilačkoj istrazi je tužilac *dominus litis*. On preduzima radnje sam ili putem istražitelja koji su najčešće policijski ili službenici drugih državnih organa koji su podložni vlasti državnog tužioca. Radnje u istrazi obično su otkrivačke (izviđajne) čiji se rezultati ne mogu upotrijebiti kao dokaz u krivičnom postupku ili je to moguće samo izuzetno, pod posebnim uslovima. Sistemi tužilačke istrage uređeni su u izvorima međunarodnog krivičnog prava, kao i u Nacrtu *Corpus juris*.²⁶

3.3. SUDSKA ISTRAGA

Sistem sudske istrage ima svoje korijene u istražitelju istorijskog inkvizitornog modela krivičnog postupka. Nezavisni sudski organ, po pravilu, istražni sudija, po službenoj dužnosti prikuplja podatke o krivičnom djelu i učiniocu. Pritom su neki sistemi kumulirali uloge tužioca i istražitelja, dok su drugi te funkcije strogo odvajali. Međutim, u oba je slučaja istražni sudija kumulirao različite procesne funkcije.

Istražni sudija pokreće istragu i provodi radnje na način uređen procesnim propisima. Istraga je u neku ruku „predsuđenje“. Dokazi prikupljeni u istrazi mogu se upotrijebiti na glavnom pretresu. Državni tužilac i osumnjičeni već u istrazi imaju pravno uređen položaj procesnih stranaka.

Sudska istraga je u savremenom razdoblju bitno obilježena istražnim sudijom. Istražni sudija je po prvi put cjelovito i precizno uređen u francuskom pravu XIX vijeka kao *l'un des personnage les plus puissants de France*.²⁷

U preovladavajućoj interpretaciji člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te u mnogim drugim prilikama, sudska istraga je

²⁵ Juy-Birmann, R., The German system, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, 2002, str. 301.

²⁶ Delmas-Marty, M. and Vervaele, A. E. J., *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1-4, Intersentia, Antwerpen-Groningen, Oxford, 2000–2001, str. 394.

²⁷ Dervieux, V., The French system, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, 2002, str. 239.

napadana, prije svega, zbog kumulacije različitih funkcija u ličnosti istražnog sudije. Kritičari smatraju da sudija koji istovremeno istražuje okolnosti i odlučuje o pravima osumnjičenog - nije nepristrasan. Oni tvrde da sud u istrazi ne smije direktno, ali ni prurušeno preuzeti funkcije krivičnog gonjenja, niti istovremeno može ravnopravno brinuti o odbrani osumnjičenog. Sud tokom cijelokupnog postupanja, dakle i u fazi istrage, mora ostati u okvirima razdiobe procesnih funkcija i posebno obazrivo odlučivati o zahvatima u osnovna prava i slobode. To mora ostvarivati s položaja trećeg subjekta koji je u toj pripremnoj fazi samo moderator, nikako kreator procesne supstance.²⁸

IV – KRIVIČNO PROCESNO PRAVO EVROPSKE UNIJE

Za razmatranje aktuelnog stanja „krivičnog prava Evropske unije“ značajni su četvrti naslov Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici (čl. 61–69), ali još više čl. 29–45 Ugovora iz Amsterdama. Nastojanja u okviru zemalja Evropske unije obilježena su s dvije tendencije: (a) pojednostavljenje i poboljšanje primjene, otklanjanjem ograničenja i proširenjem primjene ranijih konvencija Vijeća Evrope i Evropske unije, b) nastojanje da se ratifikuju konvencije s malo ratifikacija zbog složenosti predmeta uređenja ili sadržaja obaveza predviđenih za državu.²⁹

U tim su nastojanjima doneseni brojni akti³⁰ poput, primjera radi: Konvencije o primjeni načela *non bis in idem* od 25. maja 1987. (sa svega tri ratifikacije); Sporazuma o primjeni Konvencije Vijeća Evrope o transferu osuđenih lica, od 25. maja 1987; Sporazuma Evropske unije o pojednostavljenju postupka izručenja, od 26. maja 1989; Sporazuma Evropske unije o ustupanju krivičnog postupka, od 6. novembra 1990. (sa svega tri ratifikacije); Konvencije o izvršenju stranih krivičnih presuda, od 13. novembra 1991. (kojom se nastoji pojednostaviti postupak uređen odgovarajućom konvencijom Vijeća Evrope iz 1970); Konvencije o organizovanju Evropske policije (EUROPOL),³¹ od 26. jula 1995. (i člana 31 stav 2 Sporazuma iz Nice, koji se odnosi na EUROJUST kao evropsku jedinicu za pravosudnu saradnju), Konvencije o zaštiti finansijskih interesa Zajednice (PIF), od 26. jula 1995, kojoj su kasnije priključena tri protokola (27. septembra i 26. novembra 1996. i 19. juna 1997), te Konvencije o pojednostavljenju postupka izručenja između država članica Evropske unije, od 10. aprila 1995. godine.³² Takav razvoj stvari upućuje da je

²⁸ Pavišić, B., *Transition of Criminal Procedure Systems*, op. cit., str. 119.

²⁹ Više o tome, Chalmers, D. and Monti, G., *European Union Law: updating supplement*, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2008.

³⁰ Vidjeti Vervaele, A. E. J., op. cit., str. 856.

³¹ Više o tome, Uljanov, S. i Ivanović, Z., *Međunarodne policijske organizacije*, u knjizi Ćirić, J., *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, 2010, str. 76.

³² Ova konvencija donosi značajne novosti: isključenje političkog značaja terorističkoga djela, te organizovanja zločinačkog udruženja, predviđanje mogućnosti izručenja domaćih državljana, sniženje

prvobitno odbijanje francuskog prijedloga o zajedničkom krivičnom pravosudnom prostoru, kasnijim razvojem potpuno preovladano.

4.1. ŠENGENSKI SPORAZUMI

Šengenski sporazumi teže „Evropi bez granica“. Prvi Šengenski sporazum imao je za cilj pojednostavljenje policijskog i carinskog graničnog nadzora, usklađivanje postupka izdavanja viza, suzbijanje ilegalne trgovine opojnim drogama i oružjem, ilegalnog ulaska u zemlju i jačanje saradnje graničnih službi. Šengenski sporazum su zaključile (14. juna 1985. godine) Njemačka, Belgija, Francuska, Luksemburg i Holandija. Tom su se sporazumu, prihvatanjem Konvencije o primjeni (1990. godine) priključile Italija, Španija i Portugalija. Kasnije su to učinile Grčka (1990), Austrija (1995) i Danska, Finska i Švedska (1996. godine). Prema članu 17 Sporazuma, ukidaju se mjere graničnog nadzora nad unutrašnjim granicama i premještaju na vanjske granice. U tu svrhu, radi nastalog „bezbjednosnog deficita“, predviđen je niz „mjera usklađivanja“ koje su razrađene u Konvenciji o provođenju Šengenskog sporazuma („Drugi Šengenski sporazum“ ili „Komplementarna konvencija“), od 19. juna 1990. godine. Zajedno sa idejom o jedinstvenom evropskom pravosudnom prostoru, jačaju ideje o neophodnosti ublažavanja stanovišta o isključivosti nacionalnog suvereniteta u području krivičnog prava. Daljnji je razvoj tekao neravnomjerno, „varijabilnom geometrijom“ u pojedinim područjima. Naime, dok je i dalje aktuelno razlikovanje na tri evropska područja (Evropske unije, Vijeća Evrope i ostalih zemalja), u kasnijem razvoju pojavljuje se i četvrti, uži „Šengenski prostor“.³³

4.2. VAŽNIJI OSNIVAČKI UGOVORI

1. **Ugovor iz Mاستrihta.** Ugovor iz Mاستrihta, potpisan 7. februara 1992. godine, stupio je na snagu 1. novembra 1993. godine.³⁴ Tim ugovorom su države članice uspostavile Evropsku uniju i time ujedno otpočele novu etapu u postupku integrisanja, uspostavljajući sve čvršću zajednicu naroda Evrope, sa sve izraženijom ulogom građana. Nakon tog ugovora cjelina Unije se prikazuje ujedinjena pod jednim “krovom” sa “tri stupa”.³⁵

najmanje predviđene kazne kao uslova za izručenje i pojednostavljenje izručenja za fiskalna i carinska krivična djela.

³³ Kako funkcioniše Evropska unija/Vodič kroz institucije Evropske unije, Evropska komisija/Opšta uprava za obrazovanje i kulturu, Publikacije B–1049 Brisel, juni 2003, str. 38.

³⁴ Njemu je prethodio Delorov izvještaj iz 1989. godine, kojim su predloženi reforma Evropske zajednice (EZ) i uspostavljanje Evropske monetarne unije (EMU) i Evropske centralne banke (hr.wikipedia.org/wiki/Ugovor_iz_Maastrichta).

³⁵ Misita, N., op. cit., str. 41.

Prvi stup obuhvataju tri zajednice (Evropska zajednica za uglj i čelik - koja je u međuvremenu prestala postojati; Evropska ekonomska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju), uključujući i jedinstveno tržište i jedinstvenu valutu. Drugi stup je zajednička spoljna i bezbjednosna politika, kao nastavak prijašnje evropske političke saradnje. Treći stup je saradnja u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova (*Justice and Home Affairs*), kako je to definisano Ugovorom iz Maastrichta, odnosno saradnja policije i pravosudnih organa u krivičnim pitanjima (*Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*), kako je to kasnije predviđeno u Ugovoru iz Amsterdama.³⁶ Saradnja u području pravosuđa i unutrašnjih poslova temelji se na međuvladinoj saradnji.³⁷ Saradnja se ostvaruje u područjima imigracija i azila, trgovine drogom, međunarodnih pronevjera, saradnje sudova u građanskim sporovima, carinske saradnje i saradnje između policija zemalja članica, borbe protiv ilegalnog useljavanja, kao i odnosa država članica s trećim zemljama.³⁸

2. Ugovor iz Amsterdama. Ugovorom iz Amsterdama (ministri inostranih poslova zemalja članica Evropske unije potpisali su ga u oktobru 1997, a stupio je na snagu u maju 1999. godine³⁹) postignut je značajan napredak u pogledu saradnje u području pravosuđa i unutrašnjih poslova. Tim ugovorom su područja ilegalnih migracija, viza, azila i sudske saradnje u građanskim predmetima prebačena u nadležnost Zajednice u okviru prvog stupa Evropske unije, dok je ostatak, pod nazivom Saradnja policije i pravosuđa u krivičnim stvarima, ostao u okviru trećeg stupa.⁴⁰

U članu 29 Ugovora i drugim odredbama ustanovljava se saradnja u području pravosuđa i unutrašnjih poslova koja se temelji na polazištu da je ona opšti interes država članica koji nalaže zajednička stanovišta i djelovanje. Vijeće ministara Evropske unije donosi, prije svega, konvencije za čije je stupanje na snagu uslov ratifikacija država članica. Vijeće nadalje objavljuje preporuke i rezolucije, te pokreće zajedničke akcije kojima vlade država članica moraju prilagoditi vlastite zakonske propise.⁴¹ Prema članu 34 Ugovora, na inicijativu države članice ili na

³⁶ Samo je prvi stup nadnacionalni. To, u prvom redu, znači da u procesu donošenja odluka država može ostati preglasana, a da odluka ipak bude donesena i da obavezuje i državu koja se protivila njenom donošenju. S druge strane, to znači da norme nastale na evropskom nivou direktno postaju sastavnim dijelom unutrašnjih pravnih poredaka svake države članice, a mogu i direktno stvarati prava za pravna i fizička lica. Osim toga, u internom pravu države članice zauzimaju hijerarhijski status viši od nacionalnog prava. Ta obilježja nadnacionalnosti u druga dva stupa nisu prisutna, odluke se donose jednoglasno, a njihovi učinci u internom pravu zavise od spremnosti država članica da ih provedu.

³⁷ Određena područja, poput azila, imigracije, viza i drugih politika povezanih sa slobodnim kretanjem lica, podvedena su pod prvi stup, odnosno nadležnost Zajednice, što je omogućilo korišćenje uobičajenih zakonodavnih instrumenata kao što su uredbe ili direktive. S druge strane, policijska i sudska saradnja u krivičnim pitanjima ostala je u sklopu trećeg stupa i za nju se koriste sljedeći instrumenti: zajednička stanovišta (*common positions*), okvirne odluke (*framework decisions*) i odluke, konvencije, te rezolucije, preporuke, deklaracije, zaključci itd.

³⁸ Vervaele, A.E.J., op. cit., str. 857.

³⁹ hr.wikipedia.org/wiki/Ugovor_iz_Amsterdama.

⁴⁰ Misita, N., Osnovi prava Evropske unije, op. cit., str. 54.

⁴¹ *Ibidem*, str. 71.

vlastitu inicijativu Vijeće, u cilju uspješnije saradnje, zauzima zajednička stanovišta, donosi okvirne smjernice za uređenje određenog pitanja, odlučuje o uspostavljanju policijske ili pravosudne saradnje i preporučuje nacionalnom zakonodavcu prihvatanje konvencija. Konačno, posebno značajna novost je Evropski nalog za hapšenje.

Saradnja u području pravosuđa i unutrašnjih poslova obuhvata: azil, ilegalne migracije, vize, trgovinu ljudima, nezakonitu trgovinu droga i oružja, pranje novca, terorizam i organizovani kriminalitet. Time su države članice i formalno potvrdile zajedničko bavljenje ovim pitanjima, stvarajući pravnu strukturu za rješavanje pitanja iz područja pravosuđa i unutrašnjih poslova. Donošenje odluka u okviru trećeg stupa i dalje je bilo otežano činjenicom da su se one najčešće usvajale u obliku međunarodnih konvencija, koje su usvajale jednoglasno države članice i potvrđivali nacionalni parlamenti.⁴²

Područje današnjeg trećeg stupa - saradnja policija i pravosudnih organa u krivičnim stvarima uređeno je članom 29 Ugovora. Saradnja obuhvata: a) sprečavanje i suzbijanje rasizma i svakog drugog oblika neprijateljstva, b) sprečavanje i suzbijanje organizovanog i drugog kriminaliteta, posebno terorizma, trgovine ljudima i krivičnih djela protiv djece, nezakonite trgovine drogom i oružjem, korupcije i prevara. Postavljeni cilj međudržavne saradnje, prema odredbi spomenutog člana, moguće je ostvariti na tri načina: a) usklađivanjem krivičnih propisa država potpisnica Ugovora prema odredbi člana 31e, a polazeći od načela svrsishodnosti, b) saradnjom pravosudnih organa i drugih nadležnih organa država potpisnica Ugovora prema čl. 31a–31d i članu 32, te c) saradnjom policijskih, carinskih i drugih organa država potpisnica, ne samo neposredno nego i njihovom saradnjom s EUROPOL-om prema čl. 30 i 32. Ugovor iz Amsterdama donio je u području krivičnog prava neke važne novosti, proširenjem krivičnog i policijske saradnje na nova područja trgovine ljudima, terorizma i drugih teških oblika međunarodnog kriminaliteta, trgovine ljudima, korupcije, trgovine oružjem itd. Predviđa se direktna policijska i pravosudna saradnja, usklađivanje propisa krivičnog zakonodavstva itd.

3. Lisabonski ugovor. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora⁴³ koji je izmijenio Ugovor o Evropskoj uniji, a Ugovor o Evropskoj zajednici (UEZ) zamijenio Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (UFEU)⁴⁴ - krivičnopravna slika

⁴² Vervaele, A.E.J., op. cit., str. 858.

⁴³ Reformski ili Lisabonski ugovor (*Treaty of Lisbon*, OJ C 306/1 od 17. decembra 2007. godine) u članu 1 sadrži izmjene Ugovora o Evropskoj uniji, a u članu 2 izmjene Ugovora o Evropskoj zajednici u kojem se navodi da će on biti zamijenjen sa *Treaty on the Functioning of the European Union*. Ugovor je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine, nakon što je prošao proces ratifikacije u svim državama članicama Evropske unije.

⁴⁴ Lisabonski ugovor je uveo i pravno obavezujuću povelju o ljudskim pravima Unije - Povelju o osnovnim pravima. Ugovor predstavlja dopunu Ugovora o Evropskoj uniji (TEU, Maastricht; 1992) i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (TEC, Rim; 1957). Njime je TEC preimenovan u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (TFEU). (hr.wikipedia.org/wiki/Lisabonski_ugovor).

Evropske unije temeljito se izmijenila.⁴⁵ Evropska unija je dobila supranacionalna zakonodavna ovlašćenja u području krivičnog prava i krivičnog postupka, a uspostavljen je i pravni osnov za osnivanje supranacionalnog organa krivičnog gonjenja - Evropskog javnog tužioca.⁴⁶ Krivično pravo je od osnivanja Evropske zajednice pedesetih godina prošlog vijeka prošlo put od normativne ekskomunikacije iz evropskog pravnog poretka, preko postupnog afirmisanja judikaturom Evropskog suda za ljudska prava, do smještanja u treći, međunarodnopravni stup Evropske unije. Volju za prenošenje dijela krivičnopravnih ingerencija na organe Unije države članice prvi su put pokazale 29. oktobra 2004. godine, kad su njihovi predstavnici u Rimu potpisali Ustavni ugovor. Neuspjehom Ustavnog ugovora, zbog odbijanja na referendumu u Francuskoj i Holandiji, 29. maja i 1. juna 2005. godine, nije potonula i ideja stvaranja supranacionalnih krivičnopravnih ovlašćenja Unije. Naprotiv, novi osnivački ugovor, potpisan 17. decembra 2007. godine u Lisabonu, preuzeo je veliku većinu krivičnopravnih odredbi Ustavnog ugovora.⁴⁷

U svakom slučaju, reperkusije Lisabonskog ugovora za suverenitet nacionalnih država, te za pojam krivičnog prava biće fundamentalne. Države više neće biti jedini nosioci najtežih mjera prinude prema pojedincu, a nacionalni suverenitet ostaće okrnjen u pogledu jednog od svojih konstitutivnih elemenata - državne vlasti kažnjavanja (*ius puniendi*).⁴⁸ Definicija pojma krivičnog prava kao "skupa pravnih normi koje određuju sadržaj i obim ovlašćenja države na kažnjavanje"⁴⁹ - neće više biti primjerena. Izlaženje krivičnog prava izvan državnih granica, te evoluiranje u granu prava koja nije više primarno ekstrakt državne moći - zahtijeva redefinisane identiteta samog krivičnog prava.⁵⁰

U uvodnim odredbama Lisabonskog ugovora navodi se kao jedan od glavnih ciljeva Unije uspostavljanje prostora slobode, bezbjednosti i pravde bez unutrašnjih granica (...) sprečavanjem i suzbijanjem kriminaliteta. Radi ostvarivanja tog cilja, Lisabonskim ugovorom je uspostavljena supranacionalna nadležnost Unije u krivičnopravnom području kroz sljedeće mehanizme: (1) policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima stavljena je pod režim pravnog poretka Evropske zajednice, (2)

⁴⁵ Vidjeti Rudolf, D., Lisabonski ugovor Evropske unije (2007), Konsolidovani tekst Ugovora o Evropskoj uniji (Maastricht, 1992); Konsolidovani tekst Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Rim, 1957): protokoli, prilozi i izjave (glavni redaktor hrvatskog prevoda). (<http://hrcak.srce.hr/51081>).

⁴⁶ Đurđević, Z., Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju krivičnog prava u Evropi, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 2/08, str. 1077.

⁴⁷ *Ibidem*, str. 1078.

⁴⁸ Postavljaju se i pravila tzv. „pojačane saradnje“ u slučaju kada neke zemlje članice žele djelovati u specifičnim oblastima. Povećana saradnja znači da grupa zemalja može djelovati bez učešća svih 27 članica. Ovo dopušta članicama da ukoliko se ne žele pridružiti, ostanu po strani, a da pri tome ne zaustavljaju druge u zajedničkom djelovanju.

⁴⁹ Novoselec, P., Opšti dio krivičnog prava, Univerzitetska štamparija, Zagreb, 2007, str. 1.

⁵⁰ Kaifa-Gbandi, M., The Treaty Establishing a Constitution for Europe and Challenges for Criminal Law at the Commencement of 21st Century, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice“, broj 13(4), 2005, str. 484.

ustanovljena je podijeljena nadležnost u prostoru slobode, bezbjednosti i pravde između Evropske unije i država članica, (3) usvojen je novi postupak donošenja odluka u području policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, (4) države članice dobile su ovlaštenje zakonodavne inicijative i prekida zakonodavnog postupka, te uspostave pojačane policijske i krivičnopravne saradnje u dijelu Evropske unije.⁵¹

Ugovor sadrži važne nove odredbe koje ojačavaju sposobnost Evropske unije na suzbijanju međunarodnog prekograničnog kriminala, ilegalne imigracije, te trgovine ljudima, oružjem i drogom. Pojednostavljivanje predloženo Lisabonskim ugovorom dovodi do toga da se povećava transparentnost, te ojačavaju uloge Evropskog parlamenta i Suda pravde. Nove odredbe, između ostalog, trebaju omogućiti Uniji i njenim članicama da osiguraju efektivniju zaštitu finansijskih interesa Unije i borbu protiv prekograničnog kriminala. Odredbe izražavaju respekt za različite zakonske sisteme i tradicije zemalja članica. Predviđaju, npr. slučaj prekida koji omogućuje članici da ne sudjeluju u novoj mjeri ukoliko smatra da će se to odraziti na fundamentalne aspekte njenog sistema krivičnog pravosuđa. Za Irsku i Veliku Britaniju sa njihovim zajedničkim sistemom zakona i koje su van *Schengen sheme* granične kontrole, predviđen je poseban aranžman koji im dopušta da odluče na bazi od slučaja do slučaja da li će sudjelovati u zakonodavstvu u ovoj oblasti.⁵²

Kazneno procesno pravo će postati Lisabonskim ugovorom najvažnije područje razvoja krivičnopravnih ovlaštenja Unije i stvaranja supranacionalnog krivičnopravnog područja.⁵³ Razlozi za to su dvojaki. Prvi je utemeljenje pravosudne saradnje u krivičnim stvarima među državama članicama Evropske unije na načelu uzajamnog priznanja presuda i sudskih odluka. Drugo, prelaskom trećeg stupa Unije iz međunarodnopravnog područja u nadnacionalno - i mehanizmi koji se odnose na pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima mijenjaju svoj pravni karakter. Naime, propisi međunarodne pravne pomoći biće zamijenjeni nadnacionalnim krivičnoprocesnim propisima, kao i ujednačenim nacionalnim krivičnim procesnim pravom.⁵⁴ Ujednačavanje⁵⁵ propisa krivičnog procesnog prava ostaje ključni integrativni instrument krivičnopravnog prostora Evropske unije, jer je pretpostavka izjednačavanja efekata stranih i vlastitih sudskih odluka u nacionalnom krivičnopravnom poretku uspostavljanje zajedničkih minimalnih procesnih standarda. Tri glavna predmeta međunarodne krivičnopravne pomoći jesu izručenje, izvršenje presuda i pomoć u pribavljanju dokaza u krivičnom postupku. Evropski nalog za hapšenje zamijenio je klasično međunarodnopravno izručenje sudskim mehanizmom priznanja i izvršenja strane sudske odluke o hapšenju.⁵⁶

⁵¹ Đurđević, Z., Lisabonski ugovor - prekretnica u razvoju krivičnog prava u Evropi, op. cit., str. 1079.

⁵² ceppei.ba/.../index.php?...lisabonski-ugovor.

⁵³ Vidjeti Čapeta, T., Osnove prava Evropske unije: na temelju Lisabonskog ugovora: gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika, Zagreb, „Narodne novine“, 2010.

⁵⁴ Kaifa-Gbandi, M., op. cit, str. 494.

⁵⁵ Više o tome, Craig, P., The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance, „European Law Review“, April, 33, 2008, str. 137–166.

⁵⁶ Vidjeti Krapac, D., Međunarodna krivičnopravna pomoć, „Narodne novine“, Zagreb, 2006, uvod.

Područje na kojem predstoji dug i težak razvoj jeste razmjena dokaza za potrebe krivičnog postupka među državama članicama. Iako jedinstveni tržišni prostor Unije predstavlja pandan prostoru slobode, bezbjednosti i pravde, slobodno kretanje robe ne može se izjednačiti sa slobodnim kretanjem dokaza među krivičnim sudovima država članica. Problem koji se javlja prilikom prekograničnog transfera dokaza je dvojak.⁵⁷ S jedne strane, različitost kontinentalnog i *common law* krivičnog postupka u velikom dijelu ogleđa se u dokaznom pravu, te onemogućuje puko prenošenje dokaza iz jedne vrste krivičnog postupka u drugi, izvan konteksta procesnih formi i garancija u kojem je dokaz izveden. S druge strane, ključno pitanje zakonitosti dokaza, vezano uz zaštitu osnovnih ljudskih prava pojedinaca u krivičnom postupku, bez obzira na obavezujuću judikaturu Evropskog suda za ljudska prava za sve države članice - ocjenjuje se prema različitim standardima. Stoga "kruto" prenošenje dokaza iz krivičnog postupka jedne države članice u drugu može imati kao učinak ne samo nezakonitost dokaza, već i kršenje ustavnopravnih garancija.⁵⁸

Sigurno je jedna od najznačajnijih novosti za krivičnopravne sisteme država članica koje donosi Lisabonski ugovor stvaranje pravnih pretpostavki u primarnom pravu Evropske unije za ustanovljivanje Ureda Evropskog javnog tužioca. Riječ je o prvom evropskom organu krivičnog gonjenja koje će imati krivičnoprocesna ovlašćenja na čitavoj teritoriji Evropske unije. Ideja evropskog tužioca prvi se put pojavila u znamenitom dokumentu *Corpus Juris*⁵⁹ 1997. godine, a detaljnije je razrađena u Zelenoj knjizi o krivičnopravnoj zaštiti finansijskih interesa Zajednice i ustanovljivanju evropskog tužioca koju je Komisija predstavila 11. decembra 2001. godine.⁶⁰

4.3. EVROPSKI NALOG ZA HAPŠENJE

Vijeće Evropske unije je 13. juna 2002. godine donijelo Okvirnu odluku o Evropskom nalogu za hapšenje i postupcima predaje između država članica.⁶¹ Evropski nalog za hapšenje (eng. European Arrest Warrant – EAW) je pravosudna odluka kojom jedna država članica Evropske unije upućuje drugoj zahtev za hapšenje i predaju određene osobe radi krivičnog gonjenja ili radi izvršenja krivičnih sankcija.⁶² On ima

⁵⁷ Više o tome, Dougan, M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, „Common Market Law Review“, broj 45/08, str. 617–703.

⁵⁸ Đurđević, Z., Lisabonski ugovor - prekretnica u razvoju krivičnog prava u Evropi, op. cit., str. 1091.

⁵⁹ COM(2001)715. *Corpus Juris* je skup krivičnopravnih propisa za zaštitu finansijskih interesa Evropske unije koji je izradila grupa evropskih profesora krivičnog i krivičnog procesnog prava iz različitih država članica, i to na inicijativu Evropske komisije. Prevod na hrvatski Corpus Juris 2000, Hrvatsko udruženje za evropsko krivično pravo, Zagreb, 2003.

⁶⁰ Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, Brussels, 11. decembar 2001., COM (2001) 715 final.

⁶¹ Burić, Z., Evropski nalog za hapšenje, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 1/07, str. 217.

⁶² Vidjeti Tripković, B., Evropski nalog za hapšenje u praksi ustavnog sudstva - ka kooperativnom konstitucionalizmu, „Zbornik radova Pravnog fakulteta“, Novi Sad, broj 1–2/08, str. 785-806.

za svrhu zamijeniti postojeći sistem izručenja u cilju njegovog pojednostavljenja i ubrzanja, te judicijalizaciju postupka izručenja, isključenjem političko-diskrecionog i upravnog postupka.⁶³ Usvajanjem EAW u znatnoj mjeri je pojednostavljena i ubrzana procedura izvođenja optuženog lica za izvršenje krivičnog djela pred sud druge države na osnovu njenog zahtjeva.⁶⁴ Jednostavno rečeno, EAW predstavlja ubrzan i pojednostavljen proces ekstradicije.⁶⁵ U suštini, EAW je stvoren u namjeri da zamijeni dugu i složenu proceduru sistema ekstradicije jednim brzim i efikasnim postupkom koji je podesan za suprotstavljanje novim oblicima kriminaliteta, čiji učinoci otvaranjem granica mogu da izbjegnu pravdu.⁶⁶

Prema EAW, o izručenju odlučuje isključivo sud. Zamoljena država koja postupava po zahtjevu (*the executing judicial authority*) mora priznati valjanim zahtjev za izručenjem države moliteljke (*the issuing judicial authority*) *ipso facto* i s najmanjom mogućom mjerom formalnosti. Od 1. jula 2004. godine takav je nalog zamijenio postojeće odredbe: Evropske konvencije o izručenju iz 1957, Evropske konvencije o suzbijanju terorizma iz 1978. (u odnosu na odredbe o izručenju), Konvencije Evropske unije o pojednostavljenju postupka izručenja iz 1995. i Konvencije Evropske unije o izručenju iz 1996. godine, te odgovarajuće odredbe Šengenskog sporazuma. U EAW su, osim ranije spomenutih, određeni pojmovi odluke u odsustvu, naloga za hapšenje i dr. Postupak uređen u EAW odnosi se na krivična djela za koja propisana kazna zatvora iznad jedne godine, odnosno izrečenu kaznu zatvora od četiri ili više mjeseci. Države određuju nadležni sud i središnju vlast koja će pomagati sudskoj vlasti. EAW mora sadržavati podatke o istovjetnosti osobe, o organu koji zahtijeva hapšenje, konačnu odluku, opis krivičnog djela i kaznu. To sve je predviđeno u posebnom obrascu koji država moliteljka šalje direktno zamoljenoj državi, pri čemu se koristi i Šengenski informacijski sistem (*SIS*). Svaka država ugovornica može

⁶³ Đurđević, Z., *Evropski sud pravde i legitimitet Evropskog naloga za hapšenje*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 2/07, str. 1022.

⁶⁴ Vidjeti Mölders, S., *European arrest warrant act is void: The decision of the German federal constitutional Court of 18 July 2005*. „German Law Journal“, Vol. 7, No. 1, 2005, str. 45–58; Nohlen, N., *Germany: The European arrest warrant case*, „International Journal of Constitutional Law“, Vol. 6, No. 1, 2008, str. 153–161; Pollicino, O., *European arrest warrant and constitutional principles of the member states: A case law-based outline in the attempt to strike the right balance between interacting legal systems*, „German Law Journal“, Vol. 9, No. 10, 2008, str. 1321; Sarmiento, D., *European union: The European arrest warrant and the quest for constitutional coherence*, „International Journal of Constitutional Law“, Vol. 6, No. 1, 2008, str. 171–183; Sinn, A., Wörner, L., *The European arrest warrant and its implementation in Germany: Its constitutionality, laws and current developments*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“, No. 7, 2007, str. 204–220; van Sliedregt, E., *The European arrest warrant: Extradition in transition*, „European Constitutional Law Review“, No. 3, 2007, str. 248–250.

⁶⁵ Dorđević, S., *Evropski nalog za hapšenje - deset pitanja deset odgovora*, Beogradski centar za bezbjednosnu politiku, Beograd, 2011 ([www.ccmr.bg.org/.../Evropski+nalog+za+hapšenje+%3A+deset+pitanja+-+...\)+va+Beogradskr+za+bezbednosnwww.ccmr-bwezbednost.org](http://www.ccmr.bg.org/.../Evropski+nalog+za+hapšenje+%3A+deset+pitanja+-+...)+va+Beogradskr+za+bezbednosnwww.ccmr-bwezbednost.org)).

⁶⁶ Palmieri, M., *Evropska integracija na polju krivičnopravnog djelovanja (Evropski nalog za hapšenje)*, Ovaj tekst nastao je na osnovu knjige Palmieri, M., *Mandato di arresto europeo*, Gruppo Editoriale Esselibri - Simone, 2005. koja je dostupna preko *web adrese*: www.simone.it.

preduzeti razumne prinudne mjere prema osobi koja se ima izručiti.⁶⁷ Uhapšeni ima pravo na branioca i prevodioca, a zamoljena država može odlučiti o tome hoće li osobu zadržati u pritvoru ili će je, pod određenim uslovima, pustiti na slobodu.

Sudska vlast zamoljene države mora ispitati EAW u roku od deset dana, a prema potrebi može tražiti dopunska obavještenja od države moliteljke. Krajnji rok za odluku je 90 dana od hapšenja. Uhapšeni mora pristati na izručenje u skladu sa nacionalnim propisima zamoljene države. Pristanak ne može biti opozvan i mora biti dat slobodnom voljom, s punom svijješću o posljedicama. U određenim slučajevima pristanak je isključen. Postoje izričito predviđeni slučajevi u kojima sudska vlast može odbiti izvršenje EAW. To su slučajevi: (a) da djelo nije krivično djelo prema pravu zamoljene države, b) *ne bis in idem*, c) amnestija i pomilovanje u zamoljenoj državi, d) imunitet, e) da EAW nema potrebne sastojke. Posebni propisi vrijede za: (a) odluke *in absentia*, (b) odluke kojima je izrečena kazna doživotnog zatvora, (c) konkurenciju zahtjeva više država, zatim za (d) tranzit preko državne teritorije, (e) jezik na kojem se predaje zahtjev, te (f) obustavu primjene ako nastupe okolnosti iz člana 6 Sporazuma o Evropskoj uniji.⁶⁸

4.4. „ZELENA KARTA“

Komisija Evropskih zajednica je objavila, 19. februara 2003. godine, nakon dvogodišnjih istraživanja o perspektivi proširenja Evropske unije, materijal pod nazivom „*Green Paper*“, čiji je cilj postizanje zajedničkih minimalnih standarda procesnih jemstava osumnjičenih, optuženih i osuđenih za krivična djela u državama članicama Unije.⁶⁹ Svrha je objavljivanja „Zelene karte“ osiguranje međusobnog povjerenja u pravosudne sisteme raznih država, prije svega pouzdanjem u procesna jemstva i poštenim suđenjem.⁷⁰ U tim nastojanjima utvrđeno je pet zajedničkih standarda prikladnih za neodložnu primjenu (od maja 2004. godine). To su: (a) pravo na odbranu prije i tokom suđenja, (b) pravo na tumača i pravo prevođenja, (c) upoznavanje osumnjičenih i optuženih s pravima koja imaju – u koju svrhu se upoznavanje standardizuje prema jedinstvenom modelu „*Letter of Right` s`*“, (d) osiguranje posebne zaštite ranjivim osumnjičenim i optuženim (poput maloljetnika i duševno bolesnih) i (e) osiguranja konzularne pomoći stranim pritvorenicima. Pismo o pravima „*Letter of Right` s`*“ je pisano upozorenje, pouka okrivljenom o njegovim pravima. Ono ima jedinstven sadržaj, sročeno je jasno i određeno i prevedeno na jezik koji okrivljeni razumije. Time se u „prostoru slobode, bezbjednosti i pravičnosti“ kakvom smjera

⁶⁷ Đurđević, Z., Evropski sud pravde i legitimitet Evropskog naloga za hapšenje, op. cit., str. 1023.

⁶⁸ Burić, Z., Evropski nalog za hapšenje, op. cit., str. 228 i 229.

⁶⁹ Vidjeti *Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*. URL (http://ec.europa.eu/anti_fraud/greenpaper/document/green_pa_per_en.pdf).

⁷⁰ Đurđević, Z., Lisabonski ugovor - prekretnica u razvoju krivičnog prava u Evropi, op. cit., str. 1112.

бити Европска унија, настоји изједначити положај особа према којима се примјењује кривично право.

V - KRIVIČNO PRAVO EVROPSKE UNIJE DE LEGE FERENDA: CORPUS JURIS

Osim onoga što je navedeno u prethodnim izlaganjima, valja spomenuti i doktrinarne izvore krivičnog prava u okvirima Evropske unije. Tu, prije svega, dolazi nacrt *Corpus juris*. To je nacrt kodifikacije sistema materijalnog, procesnog, organizacijskog i izvršnog krivičnog prava Evropske unije koji je izradila grupa evropskih naučnika pod vođstvom *M. Delmas – Marty* 1996., a revidiran je u Firenci 1999. godine. *Corpus juris* je samo projekt usmjeren zaštiti finansijskih interesa Zajednice, ali je njegova važnost šira, jer u nekim pitanjima naznačuje okvir mogućeg budućeg evropskog krivičnog prava ili zajedničkih rješenja u nacionalnim pravnim sistemima.⁷¹

Polazna osnova *Corpus juris* je projekat evropskog pravnog prostora o kojem je bilo riječi. Daljnja polazišta izražena su kroz (1) asimilaciju, (2) saradnju i (3) harmonizaciju evropskih sistema krivičnopravne zaštite. *Corpus juris* obuhvata 35 članova. Materija je podijeljena u dva dijela. Prvi dio (čl. 1–17) uređuje supstancijalna (materijalnopravna) pitanja, a drugi dio (čl. 18–35) postupak, organizaciju i sankcije. Polazna ideja stvaranja *Corpus juris* je jednostavna: budžet Evropske unije je bitan za njeno postojanje i razvoj, a s obzirom na to, valja predvidjeti i prikladnu krivičnopravnu zaštitu. Svrha je uređenje pravednije, jednostavnije i djelotvornije krivične represije u području zaštite budžetskih sredstava Evropske unije. Dvije su karakteristike stvaranja *Corpus juris* ključne: (1) ideja o potrebi zaštite finansijskih interesa Evropske unije i (2) isticanje zajedničkih načela krivičnog prava koja bi imala uticaj i na nacionalna (još uvijek različita) zakonodavstva.⁷²

Corpus juris polazi od načela zakonitosti krivičnog djela i krivične sankcije. U tom smislu predviđa katalog od osam „evropskih“ krivičnih djela: (1) prevare na štetu budžeta Zajednice, (2) prevare u poslovanju vrijednosnim papirima (berzanske prevare), (3) (aktivna i pasivna) korupcija, (4) zloupotreba dužnosti, (5) zloupotreba povjerenja (u službi), (6) otkrivanje službene tajne, (7) pranje (i primanje) dobara, (8) zločinačko udruživanje. U katalogu krivičnih djela nalaze se odredbe koje predviđaju posebni razlog isključenja protivpravnosti (član 1 stav 2 i član 6 stav 2), kao i brojne interpretativne klauzule.

⁷¹ Vidjeti Horović, S., *Corpus juris* kao temelj za evropsko krivično право, „Motrišta“, glasilo Matice hrvatske u Mostaru, Mostar, 2001, broj 22, str. 122–132; *Corpus juris* 2000 (preveli Krapac, D. i Novoselec, P.), Zagreb, 2003, Hrvatsko udruženje za evropsko krivično право, 2003. i Huber, B., *Corpus juris* i Amsterdamski ugovor, „Hrvatski ljetopis za krivično право i praksu“, Zagreb, broj 7/00, str. 1007–1024.

⁷² Kaifa-Gbandi, M., op. cit, str. 495.

Обилježja inkriminacija vezana su, u pravilu, uz svojstvo osobe i objekat radnje. Učinilac je, u pravilu, evropski službenik, a objekat radnje budžetska sredstva Evropske unije. Sadržaji radnje opisani su kao postupanja protivna pravilima obavljanja službe u vezi s raspolaganjem i upravljanjem sredstvima budžeta Unije. Značajan broj krivičnih djela ima osnovni i kvalifikovani oblik. Kao kvalifikatorna okolnost predviđa se nastupanje štete iznad određenog iznosa evra. Posebno krivično djelo zločinačkog udruživanja sastoji se iz udruživanja dvije ili više osoba za počinjenje nekog od krivičnih djela opisanog u čl. 1–7, pri čemu je očit uticaj koncepcije *conspiracy* sistema *common law*. Kao glavne kazne predviđene su: (a) za fizičke osobe kazna lišenja slobode od pet godina i više i/ili novčana kazna do milion evra, odnosno do petostrukog iznosa štete nastale krivičnim djelom, (b) za pravne osobe kazne su sudski nadzor u trajanju do pet godina i novčana kazna, kao i za fizičke počiniocce, (c) oduzimanje sredstava, predmeta nastalih krivičnim djelom i koristi, (d) javno objavljivanje presude. Sporedne kazne su predviđene posebno za pojedina krivična djela s obzirom na sadržaj tih inkriminacija.

Za krivicu se u svim slučajevima zahtijeva namjera. Izuzetak je samo krivično djelo iz člana 1, koje može biti učinjeno iz nehata. Namjera je isključena u slučaju zabluda o bitnim obilježjima krivičnog djela, a zabluda o okolnostima koje isključuju protivpravnost i zabluda o protivpravnosti imaju djelovanje razloga isključenja krivice, odnosno osnove ublažavanja kazne (član 11). Osim što *Corpus juris* predviđa samostalno krivično djelo zločinačkog udruživanja, u članu 12 uređuje se odgovornost za učestvovanje više osoba u jednom krivičnom djelu. Razlikuju se tri mogućnosti: (a) saizvršilac, (b) podstrekač i (c) pomagač. Ta je struktura vrlo značajna, jer izražava pristup koji je primjenjiv i na nacionalno zakonodavstvo, a koji bi se imao sastojati u posebnom krivičnom djelu zločinačkog udruživanja, te u tri moguća oblika učestvovanja više osoba u krivičnom djelu.

Predviđena je krivična odgovornost voditelja posla i drugih osoba s posebnim ovlašćenjima za propust nadzora (član 13 i dr.). Pravila odmjerenja kazne polaze od težine djela, stepena povrede pravila i stepena učestvovanja u djelu, ranijeg života, stanja itd. U članu 16 predviđene su otežavajuće okolnosti.

Corpus juris počiva na načelu primarnosti prava Evropske unije u odnosu na nacionalno zakonodavstvo, pri čemu važi načelo *ne bis in idem*.⁷³ Nacionalni državni tužilac obavezno dostavlja predmet Evropskom javnom tužiocu, a ovaj može pod određenim uslovima predmet prenijeti nacionalnom državnom tužiocu.

Drugi dio koji uređuje postupak započinje vrlo značajnom odredbom člana 18 stav 1 kojom se za svrhe postupanja u predmetima krivičnih djela predviđenih u *Corpus juris* područje država članica Evropske unije uzima kao jedinstven sudski prostor u kojem djeluje Evropski javni tužilac kao nezavisan, jedinstven evropski organ čija je zadaća progon učinilaca krivičnih djela i zastupanja optužbe, te druge

⁷³ Više o tome, tačka 4.1. Transnacionalno *ne bis in idem* načelo u Evropskom sudskom prostoru, Vervaele, A.E. J., Evropsko krivično pravo i opšta načela prava Unije, op. cit., str. 861 i 882.

zadaće u vezi s inkriminacijama iz čl. 1–8. Postupak je uređen u nastojanju da se osigura zajednička cjelina kao „evropska procesna jemstva“ koja će se ostvarivati procesnim odredbama *Corpus juris* i primjenom nacionalnih procesnih pravila. Time se nastoji osigurati načelo „evropske vjerodostojnosti“ postupka.⁷⁴

Evropski javni tužilac je organ koji sačinjavaju generalni javni tužilac, sa sjedištem u Briselu i njegovi delegirani javni tužioci koji imaju sjedište u svim glavnim gradovima zemalja članica Evropske unije, odnosno u drugim gradovima gdje djeluju nadležni sudovi. Nadležnost generalnog javnog tužioca i delegiranih tužilaca temelji se na načelima nedjeljivosti i solidarnosti. Svaki tužilac može postupati u bilo kojoj zemlji članici i koristiti pomoć domicilinog delegiranog tužioca. *Corpus juris* ustanovljava obavezu pružanja pomoći i za nacionalne državne tužioce.

Pojedina prava tužioca mogu se delegirati nacionalnim vlastima *ratione materiae et ratione temporis* koje pri njihovu izvršavanju moraju postupati prema pravilima *Corpus juris*. Nakon okončanog prethodnog postupka, delegirani tužilac pod nadzorom generalnog tužioca odlučuje o obustavi postupka ili upućivanja predmeta sudu (član 21). Posebno pravilo vrijedi u slučaju ako je krivičnim djelom istovremeno oštećen nacionalni budžet. U tom slučaju obavijestit će se nacionalni organ krivičnog gonjenja - radi pokretanja postupka primjenom nacionalnih odredaba.

Nadležnost *ratione loci* uređuje član 24, prema načelu da je organ koje vodi postupak nadležan na cijelom jedinstvenom sudskom području iz člana 18. To važi i za nalog o hapšenju koji se mora izvršiti u bilo kojoj državi članici, a takođe i za izvršenje presude. Pripremni postupak počinje prvom radnjom tužioca i završava predajom predmeta sudu. Tokom trajanja toga stadijuma sudski karakter postupka jemči nezavisni i nepristrani sudija (član 25), a kojeg, prema svojim propisima, imenuje nacionalna država s obzirom na sjedište delegiranog tužioca. Pripremni postupak je tajan, osim ako drukčije nije odlučeno, uz saglasnost učesnika postupka.

Mjere ograničavanja osnovnih prava i sloboda preduzimaju se prema načelima nužnosti i srazmjernosti, u skladu s Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Nakon okončanja pripremnog stadija, predmet se predaje pomenutom sudiji koji ispituje pravilnost postupka, posebno isključuje nevaljane dokaze i predaje predmet raspravnom sudu. Predmete krivičnih djela predviđenih u *Corpus juris* sudi nacionalni sud u mjestu delegiranog tužioca, određen *ratione materiae* prema nacionalnim propisima.

Protiv odluke suda prvoga stepena predviđa se pravni lijek u skladu s nacionalnim propisima iz svih osnova pobijanja i uz zabranu *reformatio in peius*. Prava optuženih se prema članu 29 odnose na prava koja u krivičnom postupku slijede prema članu 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosno članu 10 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Teret dokaza je prema članu 31 uređen s polazištem u pretpostavci nevinosti optuženog i leži na tužiocu.

⁷⁴ *Ibidem*, str. 872.

Posebno značenje ima načelo kontradiktornosti. Ono, prije svega, obuhvata prava optuženog (član 29), ali takođe i oštećenog (član 30), zatim uređuje teret dokaza (član 31), izvođenje dokaza (član 32), te isključenje određenih dokaza (član 33) i uspostavlja ravnotežu javnosti i njenog isključenja u pojedinim fazama postupanja (član 34). Takva sistematičnost u uređenju kontradiktornosti je osnov za tvrdnju da procesna pravila *Corpus juris* čine osnov za novi, četvrti model kontradiktornog krivičnog postupka.

INVESTIGATION AND EUROPEAN CRIMINAL LAW

Summary

A quest for new „European“ procedural rules is, primarily, the challenge of the comparative criminal procedural law discipline. Initially it was conceived as research of foreign law and then as methodologically more complex comparative law of research of national systems. An introduction of new European law has an important role for the comparative criminal procedural law, as a regional international law within Council of Europe and sui generis right which is starting to be created (also) in the field of criminal procedure within the European Union.

In a quest for new and more effective criminal procedure, the investigation attracts special attention. The outcome of the criminal procedure as a whole crucially depends on the results of the investigation. The investigation must be effective and inventive but also with appropriate guarantees. Namely, there is an increased danger from violation of human rights and freedoms present within it. This results from the special characteristics of the investigation, especially absence of public. Due to these and other circumstances, the time of change that marks current period of development of the European law entails a thorough and full examination of the situation de lege lata and also seeking of answers to questions of investigation organization in the European criminal procedures de lege ferenda. The starting points for both goals are thorough comparative research.

Key point of current changes is the protection of the rights of the suspect that need to be adjusted to new procedural context in order to retain “balance of powers” in the investigative procedure. Then, it is necessary to allow for a right of a victim to participate in investigative proceedings, protection from its secondary victimization as well as damages compensation. Finally, in order to increase capacity of police and prosecutor offices and provide trust of the public in professional conduct of investigation, it is recommended that certain measures of organizational reform are introduced, such as strengthening of right and status of police officials in its organi-

zation, increase of transparent work and responsibility of work of the police, as well further strengthening of institutional independence of prosecutor's office.

Keywords: *investigation, prosecutor, police, court, criminal procedure, criminal prosecution.*

PRITVOR U KRIVIČNOM POSTUPKU – IZMEĐU NORMATIVNOG I STVARNOG

Dr Drago Radulović*

Ključne riječi: pritvor, osnovi pritvora, određivanje pritvora, trajanje pritvora i sud.

I. UVODNE NAPOMENE

Pritvor je najteža mjera procesne prinude, jer se njome najdublje zadire u jedno od osnovnih prava čovjeka, pravo na slobodu. Tu se najviše prelamaju dvije osnovne tendencije na kojima je zasnovan krivični postupak – tendencija o zaštiti osnovnih prava i sloboda, s jedne strane, i efikasnost krivičnog postupka i zaštita društva od kriminaliteta, sa druge strane. Ravnoteža između ovih dvaju tendencija je i suština načela pravičnosti krivičnog postupka.¹

Imajući u vidu ovakav značaj ove mjere procesne prinude, najvažnija pitanja u vezi sa pritvorom u savremenom zakonodavstvu uređuju se i ustavom i zakonom.

U tom smislu Ustav Crne Gore reguliše najvažnija pitanja u vezi sa pritvorom, ostavljajući da ZKP ta pitanja dalje i pobliže reguliše. Tako je u članu 30 Ustava propisano: „Lice za koje postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično djelo može na osnovu odluke nadležnog suda biti pritvoreno i zadržano u pritvoru samo ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka.

Pritvorenom licu mora se uručiti obrazloženo rješenje u času pritvaranja ili najkasnije u roku od 24 časa od pritvaranja. Protiv rješenja o pritvoru pritvoreno lice ima pravo žalbe o kojoj sud odlučuje u roku od 48 časova.

* **Др Драго Радловић, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе**

¹ O tome šire dr Vojislav Đurđić: Načelo pravičnog postupka, RKK broj 3, 2006. godine, strana 67, dr Nikola Matovski: Princip pravičnog postupka u kodifikacijama evropskih država, u publikaciji „Aktuelne tendencije u razvoju i primjeni evropskog kontinentalnog prava“, Pravni fakultet u Nišu, 2010. godine, strana 553-567.

Trajanje pritvora mora biti svedeno na najkraće moguće vrijeme.

Pritvor može trajati po odluci prvostepenog suda najduže tri mjeseca od dana pritvaranja, a odlukom višeg suda može se produžiti za još tri mjeseca. Ako se do tih rokova ne podigne optužnica, okrivljeni se pušta na slobodu“.

Iz teksta ustavnih i zakonskih odredbi mogu se izdvojiti tri najznačajnija pitanja vezana za pritvor:

- a) osnovi za određivanje pritvora
- b) koji je organ nadležan za određivanje pritvora
- c) trajanje pritvora.

Novo krivično procesno zakonodavstvo donijelo je određene novine koje se odnose na naprijed naznačena najvažnija pitanja vezana za pritvor.

II. OSNOVI ZA ODREĐIVANJE PRITVORA

Pitanje po kom osnovu se može odrediti pritvor je značajno za svako društvo, posebno za ono sa visoko izraženim stepenom zaštite sloboda i prava čovjeka. Zato se slobodno može reći da se demokratski pristup jednom krivičnom postupku, odnosno krivičnoprocenog zakonodavstva ogleda ne u tome da li ono predviđa mogućnost pritvaranja okrivljenog ili ne, jer to dozvoljavaju zakonodavstva svih zemalja, već u tome u kojim slučajevima i po kojim osnovima se to ograničenje vrši.

U uporednom zakonodavstvu primjenjuju se različiti sistemi određivanja osnova (razloga) za pritvor, ali sva zakonodavstva bismo mogli podijeliti u tri sistema:

- a) sistem gdje su taksativno navedeni razlozi za pritvor,
- b) sistem navođenja primjernih (mogućih) razloga, uz istovremeno ostavljanje mogućnosti sudu, da, koristeći se analogijom, pritvor odredi i u drugim sličnim slučajevima,
- c) sistem generalnog ovlašćenja kojim je u zakonu dato ovlašćenje sudu da na bazi ocjene konkretnih uslova odredi pritvor ako je njegova primjena cjelishodna.²

Tamo gdje su osnovi za određivanje pritvora taksativno navedeni diferenciraju se dvije grupe osnova: materijalno-pravni i procesno-pravni. Materijalno-pravni je jedan i jedinstven, a to je osnovana sumnja da je lice učinilo krivično djelo. Osnovanost sumnje se cijeni na osnovu raspoloživih dokaza i utvrđenih činjenica, što nije jednostavno postići. Teškoća je tim veća ako se pritvor određuje u izvidaju prije donošenja naredbe o sprovođenju istrage. U ovakvim slučajevima dokazivanje osnovane sumnje znatno je teže, te je organ koji određuje pritvor dužan da taj osnov u rješenju posebno obrazloži i potkrijepi dokazima.

U drugoj situaciji, kada je određivanju pritvora prethodilo donošenje naredbe o sprovođenju istrage, onda je tim aktom već dokazano postojanje osnovane sumnje

² O tome šire dr Drago Radulović: Pritvor u krivičnom postupku, 1990. godina.

da je to lice učinilo krivično djelo. Pored postojanja opšteg materijalno-pravnog osnova, potrebno je da se ispuni bar jedan iz grupe tzv. procesno-pravnih osnova, koji opet mogu da budu podijeljeni na subjektivne i objektivne, s obzirom na to da li su vezani za ličnost učinioca krivičnog djela ili za krivično djelo.

I Evropski sud za ljudska prava smatra da osnovana sumnja da je neko lice učinilo krivično djelo jeste samo jedan od uslova koji su potrebni za određivanje pritvora, te da pored toga mora da postoji bar još jedan "opravdan i valjan" razlog, a ovaj sud kao razloge posebno ističe:

- a) opasnost od bjekstva³
- b) ometanje toka postupka⁴
- c) opasnost da se ponovi izvršenje krivičnog djela⁵
- d) čuvanje javnog reda⁶.

Ispunjenjem opštih i posebnih osnova stvorile su se pretpostavke za njegovo određivanje, ali to ne znači da se pritvor može automatski odrediti. Potrebno je utvrditi da li je određivanje pritvora neophodno. Dok je postojao obligatorni i fakultativni pritvor, razlika između njih je bila po tome što je kod obligatornog pritvora neophodnost njegove primjene cijenio zakonodavac i na sudu je stajalo da utvrdi da li su ispunjeni razlozi za njegovo određivanje i da ga odredi ne upuštajući se u ocjenu njegove neophodnosti.

Kod fakultativnog pritvora kojeg danas imamo, sud, pored toga što cijeni da li postoje osnovi materijalno-pravni i procesno-pravni, ocjenjuje da li je kod tih uslova neophodno određivanje pritvora ili se svrha može postići blažom mjerom vodeći računa o proporcionalnosti.

Koje će okolnosti sud uzimati u obzir kod ocjene neophodnosti određivanja pritvora u svakoj konkretnoj situaciji, ZKP nije odredio, kao što su to odredila neka zakonodavstva.⁷

To je, dobrim dijelom, uslovalo da su u literaturi zastupljena različita stanovišta po tom pitanju. Jedni smatraju da fakultativnost znači da se slobodno ocjenjuje postojanje osnova za određivanje pritvora, te ako se utvrdi da oni postoje pritvor se mora odrediti.⁸ Ovakvim stavom se onda fakultativni pritvor poistovjećuje sa obligatornim.

³ Muller protiv Francuske, presuda od 17. marta 1997. godine, Letellier protiv Francuske, presuda od 26. juna 1991. godine, Yagci i Sargin protiv Turske, presuda od 06. juna 1995. godine.

⁴ Wemhoff protiv Njemačke, presuda od 27. juna 1998. godine.

⁵ Toth protiv Austrije, presuda od 12. decembra 1991. godine.

⁶ Romanov protiv Rusije, presuda od 20. decembra 2005. godine.

⁷ Vidi A.Ja. Saharov: Komentarij k Ugolovnomu procesualjnomu kodeksu Ruskoj Federaciji, Moskva, 2002. godina.

⁸ Dr Tihomir Vasiljević: Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Savremena administracija, Beograd, 1981. godina, str. 385, dr T.Vasiljević i dr M.Grubač: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd, 2003. godina, str. 269, prof. dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković: Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Tivat 2010. godine, str. 423.

Drugi su mišljenja da sud kada utvrdi da postoje osnovi za određivanje pritvora cijeni da li je određivanje pritvora neophodno.⁹

Naglasili smo da zakonodavac nije tačno odredio koje okolnosti sud uzima kod ocjene neophodnosti određivanja pritvora, ali ima mišljenja da je zakonodavac dijelom odredio kriterij za tu ocjenu propisujući da se pritvor može odrediti samo ako se ista svrha ne može ostvariti drugom mjerom, a neophodan je radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka.¹⁰ To znači da prvi kriterij za ocjenu neophodnosti određivanja pritvora od kojeg sud treba da pođe jeste upućuju li činjenice kojim sud raspolaže na to da postoji takav stepen vjerovatnoće da će nastupiti neka od štetnih posljedica, te da treba razmišljati o određivanju pritvora, a drugi kriterij jeste da li postoji neka druga blaža mjera kojom se može spriječiti nastupanje neželjenih posljedica, te se tu nalazi granica doseg slobode suda pri određivanju fakultativnog pritvora.¹¹ Iako je teško na apstraktnom nivou odrediti kriterije i okolnosti koje bi sud cijenio kod utvrđivanja neophodnosti primjene pritvora, zbog činjenice da su pritvorski osnovi dosta različiti, mislimo da kod te ocjene sud treba da ima u vidu: težinu krivičnog djela, imovno stanje, zanimanje, zdravstveno stanje, godine starosti i slično.

Dužnost suda da vodi računa o proporcionalnosti kod određivanja mjera za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku proizilazi iz imperativne odredbe ZKP (član 163 st.2) „da će se nadležni sud pridržavati uslova za primjenu pojedinih mjera, vodeći računa da se ne primjenjuje teža mjera ako se ista svrha može postići blažom mjerom“. Ovdje se postavlja pitanje kako će sud između više mjera izabrati adekvatnu, onu kojom može da postigne cilj?

Po našem mišljenju to zavisi od niza okolnosti, a sve njih možemo podijeliti na subjektivne i objektivne. Od objektivnih okolnosti značajnih za odluku koja će se mjera primijeniti, možemo pomenuti težinu krivičnog djela, stepen povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, a od subjektivnih ličnost učinioca, raniji život, držanje učinioca nakon učinjenog djela i slično. Primjetno je da su to one okolnosti koje sud uzima u obzir kod odmjeravanja kazne. Upravo smo i mišljenja da iste ove okolnosti koje sud ima u vidu kod odmjeravanja kazne, mogu biti od značaja, normalno u različitim prilikama i za izbor mjere za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku.

Posebni (procesno-pravni) osnovi za određivanje pritvora akceptirani su u članu 175 ZKP i oni su skoro identični osnovima iz važećeg Zakonika, a oni su, s manjim ili većim razlikama, zastupljeni u svim savremenim zakonodavstvima. U tački 1 člana 175 praktično su sadržana tri posebna (procesno-pravna) osnova: 1) ako se krije, 2) nemogućnost određivanja istovjetnosti, i 3) postojanje drugih okolnosti

⁹ Dr Drago Radulović: Pritvor u krivičnom postupku...str. 84.

¹⁰ Dr Drago Radulović: Pritvor u krivičnom postupku...str. 85.

¹¹ Dr Drago Radulović: Pojam, pravna priroda i osnovi za određivanje pritvora, u publikaciji „Pritvor u krivičnom postupku“, izdavač Udruženje pravnika Crne Gore, Podgorica, 2000. godina, str. 29.

koje ukazuju na opasnost od bjekstva. Kada se okrivljeni krije, faktičko je pitanje, ali se pod tim podrazumijevaju mjere i radnje koje je okrivljeni preduzeo sa namjerom da izbjegne odazivanje, odnosno prisustvo u krivičnom postupku. To može da bude skrivanje u mjestu prebivališta, tako da za njega ne znaju njegovi susjedi, ukućani i slično, ako mu je adresa poznata (nije promijenio adresu), ali izbjegava da primi uredan poziv, ako promijeni adresu, a o tome, shodno zakonskim obavezama (član. 164) ne obavijesti sud. U svakom slučaju mora da bude utvrđeno faktičko stanje, postojanje konkretnog osnova, koje treba da bude obrazloženo.

Identitet o kome se govori u tački 1 stava 1 člana 175 u pravilu utvrđuje policija u izviđaju i propisano je da pritvor određen po ovom osnovu traje dok se identitet ne utvrdi, a za koliko vremena to treba da bude utvrđeno nije određeno. U pitanju je rok faktičke prirode budući da njegovo trajanje zavisi od nastupanja određene okolnosti, odnosno momenta utvrđivanja identiteta okrivljenog. Međutim, teško je zamisliti situaciju da nakon isteka vremena zadržavanja kod policije lice bude sprovedeno državnom tužiocu i da ovaj zatraži od sudije za istragu da odredi pritvor, a da se još ne zna identitet lica.

Najviše teškoća u praksi može da izazove situacija koju ZKP naziva "ako postoje druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bjekstva", jer se postavlja pitanje šta su to druge okolnosti ako su prve ono što je navedeno u prethodne dvije tačke. Teorijski i apstraktno posmatrano poslije izvršenja svakog krivičnog djela može se pretpostaviti da će okrivljeni nastojati da izbjegne organima krivičnog postupka, ali ta pretpostavka ne može da bude razlog za određivanje pritvora. Sud mora navesti određene činjenice vezane za ponašanje okrivljenog prije ili poslije izvršenja krivičnog djela ili nakon pokretanja krivičnog postupka, na osnovu kojih se nedvojbeno može zaključiti da će okrivljeni pobjeći. Jer de lege, razlozi za pritvor mora uvijek da su konkretno egzistentni i objektivno manifestovani, tako da ih svako može „čulima dohvatiti“.

U literaturi se navode neke činjenice i okolnosti koje bi mogle da budu od značaja za utvrđivanje opasnosti od bjekstva, kao što su naglo i skriveno mijenjanje stana ili zaposlenja, porodična situacija pri čemu nesređene porodične prilike navode na pomisao o mogućem bjekstvu, korišćenje nevažećih ili lažnih dokumenata, korišćenje lažnog imena, bjekstvo u prijašnjem krivičnom postupku, planiranje putovanja u inostranstvo i slično.¹²

U suštini svaki slučaj treba razmotriti in concreto, a ne apstraktno prema zapriječenoj kazni.¹³

U literaturi su podijeljena mišljenja da li težina krivičnog djela, izražena kroz vrstu i visinu kazne, može imati uticaja na ocjenu neophodnosti određivanja pritvora i da li je to dovoljan indikator za ocjenu opasnosti od bjekstva. Podsjetimo da je

¹² R.Wassermann: Kommentar zur Strafprozessordnung, H.Luchterhand Verlag.

¹³ Gerd Pfeiffer: StPO Strafprozedur und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Munchen, 2002. godina, str. 227.

težina krivičnog djela u vrijeme dok je u našem zakonodavstvu postojao obligatorni pritvor bila isključivi kriterij zakonodavcu za ocjenu neophodnosti pritvora, pošto je i sam zakonodavac pošao od pretpostavke da će pod prijetnjom tako teške kazne okrivljeni nastojati da pobjegne.

Po jednom mišljenju i kada je riječ o fakultativnom pritvoru kod ocjene neophodnosti određivanja pritvora mora se uzeti u obzir težina krivičnog djela, jer mogućnost izricanja visoke kazne može da determiniše buduće ponašanje okrivljenog koje može da bude na štetu postupka.¹⁴

Drugi su mišljenja da težina krivičnog djela, sama po sebi, ne može se smatrati takvom okolnošću koja bi ukazivala na opasnost od bjekstva, ali težina krivičnog djela u sklopu drugih okolnosti koje se odnose na lična svojstva okrivljenog, njegov dotadašnji život, konkretno ponašanje, porodične prilike i sl., može biti značajna za procjenu opasnosti od bjekstva.¹⁵ Slično stanovište je zauzeo i Evropski sud za ljudska prava (slučaj Jecius, od 31. jula 2000. godine i Ilijkov od 26. jula 2001. godine), gdje ističe da odluka o određivanju pritvora ne može da bude obrazložena visinom kazne koja je propisana za konkretno krivično djelo.

U praksi naših sudova težina krivičnog djela kod određivanja pritvora često fungira kao razlog za sumnju od bjekstva. U obrazloženju rješenja o određivanju pritvora često se navodi “da se okrivljenom na teret stavlja teško krivično djelo, radi čega postoji sumnja da će pobjeći kako bi izbjegao kaznu”.

U prilog stanovištu da se težina krivičnog djela ne može automatski uzimati kao povod za bjekstvo, treba navesti da su i u skraćenom postupku, koji se vodi za lakša krivična djela, kao osnov određivanja pritvora u članu 488 stav 1 tačka 1 predviđene “druge okolnosti koje očigledno ukazuju na opasnost od bjekstva”. Doduše u ovom članu zakonodavac naglašava da okolnosti “očigledno“ ukazuju na opasnost od bjekstva, pa se može postaviti pitanje po čemu se razlikuju “okolnosti koje ukazuju” od okolnosti koje “očigledno ukazuju” na opasnost od bjekstva. Možda su okolnosti koje “očigledno ukazuju” na opasnost od bjekstva mnogo izvjesnije, na posredan ili neposredan način više manifestovane.

Možda pritvaranje okrivljenog na početku krivičnog postupka po osnovu opasnosti od bjekstva, za teška krivična djela neće predstavljati neki veći problem, koliko dalje istrajavanje na pritvoru određenom po osnovu opasnosti od bjekstva, naročito nakon stupanja optužnice na pravnu snagu. To radi toga što se okrivljeni neposredno po izvršenom krivičnom djelu (posebno kada je riječ o slučajnim krivicima) nalaze u takvom jednom psihološkom stanju koje ih upućuje, na prvom mjestu, da razmišljaju o visini kazne koja ih očekuje, donoseći zaključke brzopleto i nerijetko prenaplašavajući svoju krivicu. Takva predosjećanja u ovom trenutku motivišu ih da sve te reperkusije izbjegnu bjekstvom. Međutim, tokom istrage početna emotivna reagovanja okrivljenog na “perspektivu” njegovog slučaja, postepeno ustupaju

¹⁴ Dr Panta Marina: Krivična postavka na SFRJ, Skopje 1977. godine, strana 298,

¹⁵ Dr Milan Škulić: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Podgorica 2009. godine, strana 569.

mjesto realnoj procjeni svoje situacije. Prilikom utvrđivanja okolnosti i činjenica na osnovu kojih se određuje pritvor, radi bojazni od bjekstva potrebno je voditi računa, kako o ovim činjenicama koje potkrepljuju sumnju, tako i o onim koje osporavaju sumnju, jer praksa je pokazala da se te dvije kategorije jednako ne tretiraju i da se daje prevaga onima na štetu okrivljenog, mada za to nema objektivnih razloga.¹⁶

Misija OEBS-a u Crnoj Gori u skladu sa Memorandumom o sporazumijevanju zaključenim sa Vrhovnim sudom, Apelacionim sudom, Višim sudom u Podgorici, Višim sudom u Bijelom Polju i svim osnovnim sudovima u Crnoj Gori, realizovala je drugu fazu¹⁷ Projekta praćenja suđenja u periodu jun 2009. godine – avgust 2010. godine¹⁸ i, između ostalog, istraživana je i problematika pritvora uključujući više aspekata: Učestalost određivanja pritvora, osnovi za određivanje, koliko se i kako obrazlažu rješenja o određivanju pritvora, koliko se koristi jemstvo kao substitut pritvoru i slično. Istraživanje je pokazalo da je u praksi najzastupljeniji osnov za određivanje pritvora opasnost od bjekstva (43%) bilo sam ili uz još neki osnov.

U tački 2 stava 1 člana 175 riječ je o određivanju pritvora zbog opasnosti od koluzionog djelovanja i diferenciraju se dvije situacije: 1) postojanje okolnosti koje ukazuju da će okrivljeni uništiti, sakriti, izmijeniti ili falsifikovati dokaze ili tragove krivičnog djela (podrazumijeva se i tragove učinioca) i 2) ukazuju da će ometati postupak uticanjem na svjedoke, saučesnike ili prikrivače.

Termin „koluzionarna opasnost“ se u literaturi odomaćio, a dolazi od latinske riječi *colludere*, što znači potajno se sporazumijevati¹⁹, pa usko tumačeno ovaj naziv ne odgovara ni jednom od dva navedena modaliteta uticaja na dokazni postupak.

Pod tragovima krivičnog djela podrazumijevamo svaki materijalni trag, svaku promjenu, fizičku ili hemijsku na stvarima, promjenu odnosa stvari u prostoru, promjenu kvantiteta i kvaliteta, kao i svaku materijalnu promjenu u spoljnom svijetu koja može imati značaja za utvrđivanje bilo koje relevantne činjenice koja može poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku. Bojazan od uništenja tragova mora se zasnivati na određenim činjenicama koje relevantno i nedvosmisleno ukazuju da bi ostankom na slobodi uništio tragove krivičnog djela. Potrebno je da se volja okrivljenog na određeni način manifestuje, što je stvar svakog dotičnog slučaja i faktičke ocjene suda koji određuje pritvor.

Radnja uticaja na svjedoke, saučesnike i prikrivače može da bude manifestovana na neposredan način (vrši je sam okrivljeni) ili na posredan način (koju vrše druga lica koristeći svoj odnos ili svojstvo u odnosu na lice na koje treba uticati). Radnje uticaja su u vidu prijetnje, ucjene, zastrašivanja, uznemiravanja, obećavanja nekakve koristi i slično.

¹⁶ Dr Branko Petrić: Komentar Zakona o krivičnom postupku, Grafosrem, Šid 1982. godine, strana 464.

¹⁷ Prva faza Projekta obuhvatala je period od maja 2007. godine do juna 2009. godine, vidjeti Izvještaj projekta praćenja suđenja, OSCE Podgorica.

¹⁸ Vidjeti Izvještaj projekta praćenja suđenja OSCE Podgorica.

¹⁹ Mirjan Damaška: Rječnik krivičnog prava i postupka, Informator, Zagreb, 1966. godina, str. 132.

U literaturi se postavlja pitanje opravdanosti određivanja pritvora po osnovu uticaja na svjedoke u istrazi, budući da se na današnjem stepenu razvoja tehnike pitanje mogućeg komuniciranja okrivljenog sa svjedocima skoro i ne postavlja, pogotovo kad se to komuniciranje može vršiti i preko drugih lica koja su spremna da pomognu okrivljenom.²⁰ Uostalom, opšte je poznato da je svjedok jedno od najnepouzdanijih dokaznih sredstava i zakonodavac nepouzdanost ovog dokaznog sredstva praktično priznaje kada govori o mogućem uticaju na svjedoke.

Pritvor određen po ovoj tački trajaće dok se ne obezbijede dokazi zbog kojih je pritvor i bio određen. Nasuprot ovom imamo zakonodavstva, gdje pritvor zbog koluzione opasnosti može da traje najduže do tri mjeseca (na primjer u austrijskom zakonodavstvu). Po shvatanju tamošnjih teoretičara ovaj pritvorski osnov može da se koristi kao prikriveno sredstvo iznude priznanja, a koluzionarna opasnost može da bude osnov za pritvor kada uz okolnosti koje upućuju na opasnost od koluzije postoji i objektivna opasnost da okrivljeni ostvari radnje koluzije.²¹

Dok je cilj pritvora određenog po tačkama 1 i 2 stava 1 člana 175 obezbijeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku i nesmetano vođenje krivičnog postupka, cilj pritvora određenog po tački 3 stava 1 člana 175 je više osiguranje javne bezbjednosti. Ova tačka sadrži tri osnova za određivanje pritvora, a to su ako postoje okolnosti koje ukazuju da će okrivljeni: 1) ponoviti krivično djelo, 2) dovršiti pokušano krivično djelo, i 3) učiniti krivično djelo kojim prijeti.

„Okolnosti koje ukazuju“ odnose se na krivično djelo i na ličnost okrivljenog i treba da budu bazirane na konkretnim činjenicama. Ranija osuđivanost nije isključivi indikator ponovnog vršenja krivičnih djela, nego okolnosti koje ukazuju na opasnost ponavljanja krivičnog djela mogu da budu izražene i u drugim činjenicama, tako da se pritvor po ovom osnovu može odrediti i prema prvoprestupnicima.

Od subjektivnih okolnosti koje opravdavaju bojazan od ponavljanja krivičnog djela najčešće se u praksi pominju: način izvršenja krivičnog djela, drskost i bezobzirnost pri izvršenju, ponašanje poslije izvršenog krivičnog djela i slično. Međutim, treba imati u vidu da one subjektivne okolnosti i svojstva koja čine sastavni dio bića krivičnog djela ne mogu se uzeti kao okolnosti koje opravdavaju bojazan od recidivizma.

Za određivanje pritvora zbog opasnosti da bi okrivljeni mogao dovršiti započeto krivično djelo potrebno je da je djelo ostalo u pokušaju (pod uslovom da nije bilo dobrovoljnog odustanka), te da postoji namjera da dovrši započeto krivično djelo. Ovaj drugi element (namjeru) teže je utvrditi, a to se čini prema ličnosti okrivljenog, njegovom držanju za vrijeme i poslije izvršenog krivičnog djela, da li je pokazivao izrazitu upornost i odlučnost i slično.

²⁰ Novica Peković: Pritvor i druga ograničenja slobode i prava čovjeka i građanina usljed potreba krivičnog postupka, u publikaciji „Jugoslovensko krivično zakonodavstvo i slobode i prava čovjeka i građanina“, Beograd, 2001. godina, str. 177.

²¹ W. Platzgummer: Grundzuege des oesterreichischen Strafverfahrens, Springer Verlag Wien, 1990. godina, str. 102.

Neka zakonodavstva (kao što su na primjer austrijsko i njemačko), ovaj pritvorski osnov vežu samo za neka teža, taksativno navedena krivična djela.

U njemačkoj literaturi su podijeljena mišljenja po pitanju opravdanosti ovog pritvorskog osnova. Argument za njegovo postojanje neki nalaze u kriminalnopolitičkim razlozima, pošto je iskustvo pokazalo da su pojedini psihosocijalni tipovi učinilaca što zbog ličnih, što zbog socijalnih predispozicija, česti recidivisti, te iako strogo uzевши ovaj pritvor nije u funkciji postupka po konkretnom krivičnom djelu, nego je više preventivnog karaktera, on indirektno pomaže kvalitetu krivičnog postupka koji se vodi.²² Protivnici ovog pritvorskog osnova ističu da preventiva potpada pod policijsku preventivnu djelatnost, te pritvor određen po ovom osnovu za okrivljenog postaje parakazna za neko neučinjeno krivično djelo, što opet može da ima i određene moralne i procesne posljedice počev od teškoća kod formiranja prognoze o budućem ponašanju okrivljenog.²³

Najznačajnija izmjena kada su u pitanju osnovi za određivanje pritvora uvedena je u članu 175 stav 1 tačka 4, koja, po nekim mišljenjima podsjeća na nekadašnji osnov u ZKP iz 1977. godine (član 191 stav 2 tačka 4 – uznemirenje javnosti)²⁴.

Drugi ističu da bi se i ovde, kao nekada, moglo smatrati da je razlog pritvaranja u ovom slučaju aktuelno ili potencijalno uznemirenje građana, ali za to nema nikakvog zakonskog osnova, mada faktički nije nemoguće da se baš ta okolnost uzima kada se pritvor određuje po ovom osnovu.²⁵

Kada je riječ o ovom pritvorskom osnovu, onda se može postaviti nekoliko pitanja, počev od toga da li je u skladu sa Ustavom (da se pritvor određuje radi interesa krivičnog postupka), da li je u skladu sa ciljem mjera procesne prinude (obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku i nesmetano vođenje krivičnog postupka i sl.). Međutim, kako smo predhodno već navodili i Evropski sud za ljudska prava dopušta da “čuvanje javnog reda” može da bude osnov pritvaranja.

Jedan od uslova da bi se po ovom osnovu mogao odrediti pritvor, a koji je objektiviziran, jeste “ako je u pitanju krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora od 10 godina ili teža kazna”. Podsjećamo, u ZKP iz 2003. godine bila je formulacija “ako su u pitanju krivična djela za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora 10 godina ili teža”. Da li je ovom novelom zakonodavac želio da “visoko podigne letvicu” za određivanje pritvora po ovom osnovu, ili je pak računao da izmjena formulacije nema uticaja na mogućnost, odnosno obim primjene ovog pritvorskog osnova u praksi, to samo on zna, ali je činjenica da postoje različita stanovišta u teoriji i

²² C. Roxin: *Strafverfahrenrecht*, Verlag C.H.Beck, Munchen, 1983. godina, str. 172, R.Wassermann: *Op.cit.*.....str. 230.

²³ J.G. Anagnostopoulos: *Haftgruende der Tatschwere und der Wiederholungsgefarh*, Verlag F.Lang, Frankfurt, M, 1984. godina, str. 37.

²⁴ Dragiša Đorđević: *Mjere za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u toku krivičnog postupka*, u publikaciji „Primjena novog Krivičnog zakonodavstva Srbije“, Kopaonik 2006. godine, strana 189.

²⁵ Dr Milan Škulić: *Op.cit.*, str. 582.

postupanja u praksi. Iako je, možda, zakonodavac mislio da se ništa nije tom formulacijom promijenilo, mišljenja smo da je u pitanju velika razlika, te se pritvor po ovom osnovu ne može odrediti niti produžiti za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora ispod 10 godina. U tom smislu ne slažemo se sa stanovištem koje je nedavno zauzeo Apelacioni sud da se i za krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora od 2 do 10 godina može odrediti, odnosno produžiti pritvor po osnovu iz člana 175 stav 1 tačka 4.

Osim ovog, objektiviziranog uslova, da bi se pritvor mogao odrediti po ovoj tački, potrebno je da se ispune još dva uslova: a) da je djelo posebno teško zbog načina izvršenja ili posledica (iako i prethodno istaknuta propisana kazna govori o težini djela), i b) postoje izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira. Ova druga dva uslova u praksi će biti teže “objektivizirati”. Imajući u vidu da način izvršenja i posledica čine elemenat bića krivičnog djela, onda će se teško prepoznati i obrazložiti neke okolnosti koje bi se mogle podvesti pod ovaj uslov, a da ne čine elemenat bića krivičnog djela. Isto tako, teško će biti u obrazloženju rješenja o određivanju pritvora po ovom osnovu “pronaći” izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira. Gdje “pronaći” te izuzetne okolnosti, da li opet u težini posledice ili načinu izvršenja, da li u težini djela, pa da se vrtimo u krugu, ili u nečem trećem, teško je reći. Možda te “izuzetne okolnosti” treba tražiti u prirodi krivičnog djela (terorizam, kvalifikovana ubistva i sl.) i u ličnosti okrivljenog (brutalnost, agresivnost, podmuklost i sl.).

U literaturi se ističe da pritvaranje može da bude i u interesu okrivljenog kome, naročito u maloj sredini, može prijetiti osveta, a krivični postupak može biti ugrožen usljed eventualnog stvaranja „atmosfera linča“.²⁶

Svakako da učinioca krivičnog djela ne smijemo gledati samo kroz prizmu krivice i odgovornosti, nego mu treba pružiti odgovarajuću zaštitu u slučajevima kada je izložen osvetničkoj opasnosti od strane oštećenog ili njegove rodbine. Međutim, postavlja se pitanje da li taj oblik zaštite treba da bude stavljanje okrivljenog u pritvor, čime bi pritvaranje okrivljenog uslijedilo zbog nekih drugih razloga koji se nalaze van ličnosti okrivljenog i izvan odgovarajućih interesa postupka i dezavuisalo bi one garancije koje ustav daje građanima, pa i okrivljenom kada je u pitanju stavljanje u pritvor. Kada bi se opasnost od osvetničkog reagovanja u odnosu na okrivljenog prihvatila kao osnov za određivanje pritvora, onda bi to bilo odstupanje pravde pred „zakonom linča“, što je nespojivo sa današnjim razvojem civilizacije.

Očigledno izbjegavanje optuženog da dođe na glavni pretres kao pritvorski osnov je unekoliko blaži nego razlozi za određivanje pritvora u istrazi. Naime, ako se u istrazi okrivljeni ne odazove pozivu (a pri tome ne napušta boravište, niti se krije

²⁶ Dr Milan Škulić: Op.cit., strana 582, Roger Merle: Le Liberte et la detention su cours de l institution daus la loi du 17. Jullet 1970, Revue de science criminale et de droit penal compare, Tome XXIX – Anne 1971, str. 569.

нити postoje druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bjekstva) neće se određivati pritvor nego će se primijeniti mjera dovođenja, dok u toku glavnog pretresa ako se okrivljeni ne odazove pozivu može se odrediti pritvor. Razlog ovakve razlike nalazi se u samoj prirodi istrage i glavnog pretresa, jer je prisustvo okrivljenog u istrazi nužno samo dok on ne bude saslušan dok je njegovo prisustvo na glavnom pretresu pretpostavka za vođenje pretresa. Razlika u odnosu na sadašnje rješenje je i u tome što pritvor određen po ovom osnovu može da traje do objavljivanja presude.

III. ODREĐIVANJE PRITVORA

Naš Ustav je, u već pominjanom članu 30, bio izričit u određivanju organa nadležnog za određivanje pritvora, a to je samo nadležni sud, što je u skladu sa međunarodnim dokumentima po kojima o ograničenju slobode može da odlučuje nezavisno tijelo. Pri tome Ustav određuje da po odluci prvostepenog suda pritvor može da traje najduže tri mjeseca od dana pritvaranja, a odlukom višeg suda može se produžiti za još tri mjeseca.

Zakonik govori o određivanju i o produžavanju pritvora. Inače, u režimu određivanja i produžavanja pritvora razlikujemo tri perioda. Prvi period je do završetka istrage, odnosno do predaje optužnice sudu, drugi period je od predaje optužnice sudu do završetka glavnog pretresa i treći nakon objavljivanja prvostepene presude. U istrazi pritvor određuje sudija za istragu, a vijeće jedino kada sudija za istragu odbije prijedlog državnog tužioca da odredi pritvor. Nakon predaje optužnice, uloga sudije za istragu koju je on imao u pogledu određivanja pritvora prelazi na vijeće. Koje će se vijeće pojaviti u toj ulozi, zavisi od toga o kojoj se fazi postupka radi. Tako će vijeće iz člana 24 stav 6 ZKP određivati pritvor od podizanja optužnice do početka glavnog pretresa, između glavnih pretresa (ako je pretres odlagan) te nakon objavljivanja presude do njene pravnosnažnosti. Vijeće iz člana 24 stav 1 ZKP (raspravno vijeće) određuje pritvor na glavnom pretresu.

Medutim, praksa je zauzela stanovište da odluku o određivanju pritvora iz člana 376 st. 3 ZKP (član 376 st. 3 ZKP), ako je prijedlog za određivanje pritvora uslijedio neposredno nakon objavljivanja presude, može donijeti vijeće iz člana 24 st. 1 (raspravno vijeće) ako je još na okupu, iako je u članu 376 st. 3 predviđeno da odluku o pritvoru nakon objavljivanja presude do njene pravnosnažnosti donosi vanraspravno vijeće. Ovakav stav prakse podržan je i u teoriji²⁷, što i mi prihvatamo, jer je, između ostalog u skladu i sa načelom procesne ekonomije, pošto bi bilo suvišno sazivati jedno vijeće od trojice sudija, kada imamo još na okupu raspravno vijeće koje je donijelo odluku o glavnoj stvari, pa tim prije može da donese odluku o pritvoru.

²⁷ Vidjeti dr Tihomir Vasiljević i dr Momčilo Grubač: Komentar...str. 276, dr Branko Petrić: Priručnik za praktičnu primjenu ZKP, V izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1977. godina, str. 196.

Za razliku od dosadašnjeg rješenja, sudija za istragu može da odredi pritvor samo na predlog ovlašćenog tužioca, što je i razumljivo s obzirom na promjenu koncepta istrage. Kada zakonodavac u članu 176 st. 1 pominje ovlašćenog tužioca, postavlja se pitanje da li može i na predlog oštećenog kao tužioca i na predlog privatnog tužioca. Da bismo dali odgovor na to pitanje moramo se pozvati na stav 5 člana 176, gdje se kaže „ako se sudija za istragu ne složi sa predlogom državnog tužioca o određivanju pritvora, onda o tome odlučuje vijeće iz člana 24 st.6” (dakle pominje se samo državni tužilac). Iz ovog bi se mogao izvesti zaključak da prijedlog za određivanje pritvora može da dà samo državni tužilac. Međutim, mislimo da prijedlog za određivanje pritvora može dati i oštećeni kao tužilac, a taj prijedlog sudija za istragu može sam da prihvati ili odbije (da se ne složi), dok u slučaju neslaganja sa prijedlogom državnog tužioca, o tome odlučuje vijeće po osnovu žalbe državnog tužioca na rješenje o odbijanju prijedloga.

Postavlja se pitanje da li je moguće odrediti pritvor protiv učinioca krivičnog djela za koje se goni po privatnoj tužbi. Neki su odrećan odgovor našli u odredbi koja govori o sadržaju optužnog prijedloga i privatne tužbe, gdje se u članu 446 st. 1 (član 451 st. 1 ZKP) govori o sadržaju optužnog prijedloga i privatne tužbe, da bi se u stavu 2 istog člana naznačilo da se u optužnom prijedlogu može predložiti da se okrivljeni stavi u pritvor. Povezivanjem stava 1 i stava 2 zaključuju da se ne može odrediti pritvor za krivična djela za koja se goni po privatnoj tužbi.²⁸

O ovom pitanju zauzet je svojevremeno stav na zajedničkoj sjednici Saveznog suda i republičkih vrhovnih sudova 25. i 26. juna 1981. godine, da se protiv učinilaca krivičnih djela za koja se goni po privatnoj tužbi može odrediti pritvor u skraćenom postupku iz osnova predviđenih u tadašnjem članu 433 st. 1, ali samo nakon podizanja privatne tužbe, a sud će po službenoj dužnosti ispitivati postojanje razloga za pritvor, shodno stavu 3 pomenutog člana.²⁹

Zanimljivo je uporediti položaj državnog tužioca i sudije za istragu po pitanju određivanja i ukidanja pritvora po novom i starom ZKP-u. Po starom ZKP za određivanje pritvora dovoljno je bilo da postoji zahtjev za sprovođenje istrage od strane državnog tužioca i istražni sudija je mogao sam da odredi pritvor (nije potrebna saglasnost tužioca), dok je za ukidanje pritvora bila potrebna saglasnost državnog tužioca, što je u literaturi nailazilo na kritike³⁰, jer u sudskom konceptu istrage istražni sudija, odnosno vijeće, najbolje zna da li i dalje postoji potreba za pritvorom. Promjenom koncepta istrage i njeno povjeravanje tužiocu promijenila se pozicija državnog tužioca i u pogledu određivanja pritvora (daje prijedlog za određivanje pritvora, pa ako prijedlog bude odbijen ima pravo žalbe vijeću) i u pogledu ukidanja pritvora.

²⁸ Dr Branko Petrić: Op.cit.....str. 376.

²⁹ Vidjeti načelni stav broj 9/81 sa XVIII Zajedničke sjednice Saveznog suda.....JRKK br. 1, 1984. godina, str. 160.

³⁰ Dr Drago Radulović: Pritvor u krivičnom postupku.....str. 145.

Prijedlog za ukidanje pritvora u istrazi po članu 178 stav 1 ZKP-a, može da potekne od državnog tužioca, okrivljenog, odnosno branioca. Ako je predlog za ukidanje pritvora potekao od okrivljenog, odnosno branioca, prije nego što donese odluku o predlogu, sudija za istragu će zatražiti mišljenje državnog tužioca. Pošto mišljenje nije obavezujuće, može se desiti i da neovisno od volje državnog tužioca sudija za istragu ukine pritvor. Da li bi to bilo dobro i da li je to u skladu sa tužilačkom istragom? Mislimo, da u tužilačkom konceptu istrage državni tužilac bolje zna da li i dalje postoji potreba za pritvorom u toku istrage, nego što to zna sudija za istragu, te ako smo kritikovali odredbu starog ZKP, gdje se tražila saglasnost državnog tužioca za ukidanje pritvora u istrazi, sada možemo staviti prigovor novoj odredbi. Dakle, u tužilačkom konceptu istrage daleko je potrebna saglasnost državnog tužioca za ukidanje pritvora u istrazi, nego u sudskom konceptu istrage.

U ZKP je naglašeno da sudija za istragu prije nego što odluči o prijedlogu okrivljenog, odnosno branioca za ukidanje pritvora, traži mišljenje državnog tužioca, ali je ostalo otvoreno pitanje može li sudija za istragu da se ne složi sa prijedlogom državnog tužioca za ukidanje pritvora i kako se ta situacija rješava. Mislimo, da je to više teorijski, nego praktični problem, jer u praksi je teško zamisliti da sudija za istragu ne prihvati prijedlog tužioca, isto kao što je više na nivou teorijskog da sudija za istragu daje prijedlog državnom tužiocu za ukidanje pritvora, iako se i ta mogućnost pominje u literaturi.³¹

Protiv rješenja o pritvoru pritvoreno lice može izjaviti žalbu vijeću (čl. 24 st. 6) u roku od 24 sata od časa predaje rješenja. Prilikom odlučivanja o žalbi vijeće ispituje samo razlog iz rješenja o određivanju pritvora i ne smije preinačenjem rješenja zasnivati pritvor na nekom novom osnovu koji nije bio obuhvaćen pobijanim rješenjem, niti smije ukinuti rješenje radi toga da bi organ koji je odredio pritvor donio rješenje po drugom osnovu (Načelni stav br. 6/81 sa XVIII Zajedničke sjednice Saveznog suda i vrhovnih sudova od 25. i 26. juna 1981. godine). Ovo radi toga što je viši sud vezan žalbom i ne može se kretati mimo zahtjeva istaknutih u žalbi (drugačija je situacija kada viši sud odlučuje o produženju pritvora).

Žalbom se može pobijati samo neki od osnova za određivanje pritvora u kom slučaju ako žalbeni sud (vijeće) uvaži žalbu preinačuje pobijano rješenje i izriče da se pritvor određen prvostepenim rješenjem zasniva dalje samo na ovom osnovu čije postojanje žalbom nije uspješno pobijeno (VSH Kž.II 174/79 od 7.9.1979.g.). Ovo ima značaja za okrivljenog, jer se može desiti da u kasnijem toku postupka nestanu i preostali razlozi za pritvor ili ostanu samo oni koji se mogu zamijeniti drugom (blažom) mjerom (na primjer jemstvom). Protiv rješenja vijeća kojim se odbija prijedlog državnog tužioca za određivanje pritvora (čl. 176 st. 5) nije dozvoljena žalba, jer je on izazivajući odluku vijeća u stvari iskoristio odlučivanje o pritvoru u dvije instance.

³¹ Vidjeti dr Milan Škulić: Komentar...str. 590.

IV. TRAJANJE PRITVORA

Treće, možda najznačajnije pitanje vezano za pritvor, jeste njegovo trajanje. I ovo pitanje je različito riješeno u uporednom zakonodavstvu i sva se zakonodavstva mogu podijeliti u dvije grupe - na ona gdje je trajanje pritvora u prethodnom postupku ograničeno i na ona gdje trajanje pritvora nije ograničeno. Za pravilnu primjenu pritvora od značaja je, ne samo određivanje vremenskih granica njegove primjene i uslova na osnovu kojih se određuje do tih granica, nego i pitanje produženja pritvora i određivanja organa nadležnog za produžavanje. U našem ZKP-u produženje pritvora se karakteriše devolutivnošću, što znači da o produženju odlučuje viši (instacioni) sud.

Najkrupnija promjena u novom ZKP u odnosu na stari jeste brisanje odredbi o ograničenju trajanja pritvora nakon izricanja prvostepene presude. Kada je donošenjem ZKP-a 2003. godine unesena odredba o ograničenju trajanja pritvora nakon podizanja optužnice, računalo se da će se time, između ostalog, doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka.

Dakle, ostalo je ograničenje trajanja pritvora u istrazi, i od predaje optužnice do izricanja prvostepene presude, a nakon podizanja optužnice samo je obavezna periodična kontrola opravdanosti pritvora, po službenoj dužnosti ili po prijedlogu.

Ustav je u članu 30 ograničio trajanje pritvora samo do podizanja optužnice, s tim što je propisao da po odluci prvostepenog suda može da traje do tri mjeseca, a odlukom višeg suda može se produžiti za još tri mjeseca. Zakonik je tu ustavnu odredbu dalje precizirao navodeći da pritvor do mjesec dana određuje sudija za istragu, odnosno vijeće u slučaju neslaganja sudije za istragu i državnog tužioca, a da se nakon toga, po odluci vijeća može produžiti još za dva mjeseca, a ako se radi o krivičnim djelima za koja je propisana kazna zatvora preko pet godina ili teža kazna, Vijeće Vrhovnog suda na obrazložen prijedlog državnog tužioca može pritvor produžiti još za tri mjeseca. Razlika u odnosu na ustavno određenje je u tome što Ustav produženje pritvora preko tri mjeseca nije vezao za težinu krivičnog djela.

Komentarišući pritvorski osnov iz člana 175 stav 1 tačka 4, postavili smo pitanje da li je izmijenjenom formulacijom (umjesto formulacije “može izreći kazna zatvora od 10 godina i teža kazna”, uvedena je formulacija “propisana kazna od 10 godina i teža”) zakonodavac želio da reducira određivanje pritvora po ovom osnovu, ili je mislio da se radi o istom. Zaključili smo da se radi o različitim značenjima ovih pojmova. Isto pitanje postavljamo i u slučaju člana 177 stav 3, gdje je propisano da se po odluci Vrhovnog suda na obrazloženi prijedlog državnog tužioca pritvor u istrazi može produžiti još za tri mjeseca ako se postupak vodi za krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko 5 godina”. Da podsjetimo, po starom ZKP-u kao uslov za produženje pritvora od strane Vrhovnog suda, potrebno je bilo da se radi o krivičnom djelu za koje se može izreći kazna zatvora preko 5 godina. Bez obzira na to da li je zakonodavac mislio da se radi o sinonimima, ili je ovom odredbom želio

da se ograniči trajanje pritvora u istrazi, mišljenja smo (kao i u komentaru člana 175 stav 1 tačka 4), da naprijed citirane formulacije imaju različito značenje i da je novom formulacijom propisan minimum zapriječene kazne za predmetno djelo da bi pritvor mogao da bude (uz druge uslove) produžen od strane Vrhovnog suda. Svjesni smo da to može da stvori probleme u praksi (gdje se zapravo postupa kao da nije ni bilo promjene zakonske formulacije), ali i činjenice da su ovakve i još neke naknadne intervencije u prijedlogu ZKP-a, koje su uslijedile nakon što je radna grupa završila posao, stvorile probleme u praktičnoj primjeni ZKP-a, sa kojima ćemo se tek susresti kada se počne sa integralnom primjenom novog ZKP-a.

Osim ovih, tačno označenih granica trajanja pritvora u istrazi postoje i one granice trajanja pritvora koje nisu određene vremenskim jedinicama, već načelnim kriminalnopolitičkim odnosom zakonodavca prema pritvorskom osnovu, koje granice bismo mogli nazvati funkcionalnim. Taj funkcionalni limit odnosi se na pritvor zbog potrebe utvrđivanja istovjetnosti, zbog koluzione opasnosti i zbog očiglednog izbjegavanja da okrivljeni dođe na glavni pretres.

Naznačili smo da je osim granica trajanja pritvora značajno i produžavanje pritvora, gdje je vijeće koje odlučuje o produžavanju pritvora dužno da osnov za produžavanje posebno obrazloži. Pri odlučivanju o prijedlogu državnog tužioca o produženju pritvora u istrazi, sud nije vezan tim prijedlogom u odnosu na osnove po kojima je pritvor određen, nego može odlučiti da se pritvor produžava po drugom osnovu po kojem nije bio određen ili da se, pored osnova po kojima je bio određen produžava i po nekom drugom osnovu. Tada će se u izreci rješenja o produženju pritvora navesti osnov po kojem je pritvor produžen, a novi osnov će se posebno obrazložiti. Na drugoj strani, prilikom produženja pritvora u istrazi sud je vezan predloženim rokom od strane državnog tužioca, pošto on najbolje zna koliko bi istraga mogla još da traje. U slučaju iz člana 407 st. 4 (ukidanje prvostepene presude), kod odlučivanja o produženju pritvora vijeće je ovlašćeno da produži pritvor i po drugim osnovima, u kom slučaju će se ti drugi osnovi posebno obrazložiti.

Rješenja pomenutih pitanja svode se na to da li o pritvoru sud odlučuje samostalno (kad je riječ o produžavanju ili pritvoru iz člana 407 st. 1) ili kao instancijski sud (povodom žalbe na rješenje o pritvoru). Obrazloženi prijedlog državnog tužioca pri odlučivanju o produženju pritvora u istrazi samo je njegova inicijativa, odnosno povod za odlučivanje, a taj prijedlog ne veže sud u pogledu osnova za produženje pritvora.

U pogledu situacije iz člana 407 st. 4 ZKP-a, važi potpuna sloboda višeg suda u pogledu osnova za produženje pritvora, dovoljno je samo da postoji žalba na presudu. Ako se pobijana presuda pak djelimično ukida, žalbeni sud u smislu člana 407 st. 4 ZKP-a ograničen je na utvrđivanje postoje li još osnovi po kojima je pritvor bio prije određen.

Iako od ranije postoji načelan stav zauzet na sjednici Saveznog suda 25. juna 1981. godine, po kojem kad Vrhovni sud odlučuje o žalbi pritvorenog lica protiv

rješenja vijeća o određivanju pritvora, nije ovlašćen da cijeni postojanje osnovnosti sumnje da je pritvoreno lice učinilo krivično djelo, mislimo da taj stav nije prihvatljiv, jer vrhovni sud treba da cijeni da li postoje (kumulativno) i materijalnopравни (osnovana sumnja da je učinjeno krivično djelo) i procesnopravni (član. 175 st. 1 tač. 1 do 5) osnovi za određivanje pritvora. U najduže trajanje pritvora računa se svako lišenje slobode, bez obzira da li je bilo rješenja ili nije, koje je izvršeno na teritoriji naše zemlje. Rokovi iz člana 177 odnose se samo na krivično djelo za koje se vodi istraga. Ako pritvor bude ukinut ili zamijenjen blažom mjerom, pa se u međuvremenu istraga proširi na novo krivično djelo, a ukaže se potreba za pritvorom, za novoodređeni pritvor važe novi rokovi. Međutim, ako se zbog istog krivičnog djela poslije ukidanja pritvora pojave činjenice koje ukazuju da je potrebno ponovno određivanje pritvora, u maksimalni rok trajanja pritvora uračunava se i ranije vrijeme provedeno u pritvoru.

Predajom optužnice sudu, nadležnost za određivanje i ukidanje pritvora sa sudije za istragu prelazi na vijeće iz člana 24 st. 6 ili na sudsko vijeće. Ne traži se da optužnica stupi na pravnu snagu. U vezi s tim, može se postaviti pitanje koja odredba o trajanju pritvora se primjenjuje ako je vijeće u postupku kontrole optužnice (čl. 293 st. 2) istu vratilo državnom tužiocu da se nedostaci otklone ili istraga dopuni ili sprovede. Bilo je mišljenja da se na tu situaciju primjenjuje odredba člana 177 o trajanju pritvora u istrazi (stav sjednice VSS od 20.12.1972. godine). Drugo stanovište koje smatramo prihvatljivim kaže da se na ovu situaciju primjenjuju odredbe o trajanju pritvora nakon podizanja optužnice bez obzira kroz koje faze prolazi postupak sa optužnicom, jer primjenu odredbe o trajanju pritvora nakon podizanja optužnice ZKP ne vezuje za stupanje optužnice na pravnu snagu, već za njenu predaju sudu, pri čemu nema nikakvog značaja što optužnica ima nekih formalnih ili materijalnih nedostataka. Poslije podizanja optužnice sud je dužan da prvo odluči o pritvoru, pa onda o nedostacima optužnice.

Pritvor je, po zamisli zakonodavca predviđen kao izuzetna mjera za kojom se poseže kada se drugim mjerama ne može postići svrha. Međutim, u praksi se često, možda i nepotrebno, poseže za ovom mjerom. Da li je to tako, odgovor se, u određenoj mjeri, može naći i u izvještaju Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija, gdje su prikazani podaci o broju pritvorenih lica za period 2000– 2010. godine. Ti podaci pokazuju da se u periodu od 2000. do 2010. godine broj pritvorenih lica stalno povećavao, najviše ih je bilo 2009.godine (685). Sljedeće, 2010. godine, zabilježen je pad, pa je na dan 31.12.2010. godine u zatvorima u Podgorici i Bijelom Polju bilo ukupno 536 pritvorenih lica. Od toga je do mjesec dana bilo 13%, od 1 do 3 mjeseca 18%, od 3 do 6 mjeseci 17%, od 6 mjeseci do 12 mjeseci 19%, od 12 mjeseci do 18 mjeseci 10%, od 18 mjeseci do 24 mjeseca 5%. Preko dvije godine bilo je 1 % pritvorenika. U 30% slučajeva pritvor je produžavan i nakon predaje optužnice.

Da bi se mogli dati određeni zaključci po pitanju ocjene neophodnosti pritvora i visokog procenta njegovog dugog trajanja, bilo bi potrebno imati uvid u ukupan

broj predmeta (ne samo pritvorskih) u posmatranom periodu, kao i uvid u osnove određivanja i produžavanja pritvora. Bez toga pitanje opravdanosti tolikog broja pritvora ostaje bez argumentovanog odgovora.

DETENTION IN CRIMINAL PROCEDINGS - BETWEEN THE NORMATIVE AND THE REAL

Summary

The most important issues relating to detention as most drastic form of limitation of freedom in criminal procedure, are standardized by Constitution and Criminal procedure code. That is a question of grounds and jurisdiction for adjustment of detention and duration of detention. New criminal procedure legislation brings a reform of detention, which is emphasized in this article. Reform is related to grounds for detention, status of state prosecutor in procedure of adjustment of detention, abolition of detention and etc. Practical issues are occurred with adjustment of detention according ground from article 175. paragraph 1. items. 4., as well as justifications in decisions upon estimating of necessity for applying of detention in every concrete case.

Key words: *Detention, grounds for detention, adjustment of detention, duration of detention, court.*

КРИВИЧНОПРАВНА ЕТИКА ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

Др Војислав Ђурђић*
Др Марко Трајковић**

***Апстракт:** У раду желимо да осветлимо кривичноправну етику Томе Живановића. Тома Живановић, који је правном свету најпознатији као велики посленик кривичног права, својим трипартитним, персоналистичким етичким системом, заслужан је за развој филозофије права и етике у нашој и светској правној науци. У етици је извршио поделу на нормалну и анормалну етику. У етику је унео тада нову трипартитну или персоналистичку систематику и нов трипартитни, персоналистички метод изучавања проблема етике. У раду разматрамо, његово одређење неморалног дела или неморала, односно, моралног неправга или деликта и моралног дела; моралног кривца, агента или субјекта неморала и моралног агента и моралну санкцију за неморално дело.*

***Кључне речи:** право, морал, трипартитни систем, неморално и морално дело, морални кривац и агент морални, морална санкција.*

УВОД

Осветљавање предметног поља неке филозофије, науке или неког феномена, уједно је и осветљавање њеног властитог појма. То се налази у самом појму предмета. Ово зато што, он мисли предметност предмета, дакле, не предмет као такав, него пред-метајуће налажење предмета у мишљењу.¹ Другим речима, подразумева развијено јединство мисаоног предмета и предметност мишљења.

Двозначност појма етичког, као онога што се односи на етичку науку и онога што се односи на етику као феномен, може се сматрати оправданим у оној мери у којој почива на традиционалном искуству блискости и преплитања

* Др Војислав Ђурђић, редовни професор Правног факултета у Нишу

** Др Марко Трајковић, доцент Правног факултета у Нишу

¹ Радомир Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1983, стр. 4-6, 13-15, 53-54.

мишљења и делања. Процес европског и светског хуманитета, нарочито његов модерни грађански облик, учинио је потпуно спорном ту везу. Унет је дубоки раздор између реалног историјског етичког искуства, односно етике као феномена, и његове научне рефлексије, односно етике као науке. То је онда и двозначност појма етичког довело до дубоке унутрашње напетости. Таква се напетост може прикладно изразити мисаоним фигурама „етике без морала“ и „морала без етике“. Тако етика губи живи однос са својим мисаоним предметом, феноменом. То је етика која у етичко-научним рефлексијама више не налази никакво упутство за себе.² Зато Хегел разбија синонимни однос појмова етички, морални и *sittlich*. Код њега се појам етичко везује најпре за етику као филозофију морала, појам моралног за феномен моралности, појам *sittlich* означава обичајност.³ Док, код Канта, појам морала (*die Moral*), именује и науку о моралу, па је синоним са појмовима етике (*die Ethik*), али именује и саму моралност (*Moralphilosophie*) и учење о моралу (*Sittenlehre*), али именује и саму моралност (*die Moralität*) и обичајност (*die Sittlichkeit*), те су дакле код њега етика, морал, моралност и обичајност синоними.⁴

Кривичноправна етика Томе Живановића, настала је као производ његовог учешћа на 8. Међународном конгресу за Филозофију, одржаном у Прагу од 2. до 7. септембра 1934. године. Његов реферат „Основни проблеми Етике“, представља увођење нове, трипартитне или персоналистичке систематике и нов трипартитни или персоналистички метод изучавања проблема етике. Ово Тома Живановић, чини независно од тога да ли се морал схвата рационалистички као аутономни, независни, „сопственозаконски“, или телеолошки, као „теономни морал“ или позитивистички. Овај реферат је предоснова за његов „Систем синтетичке правне филозофије“. У њему је потпуно прихватио Кантову поставку етике, морала, моралности и обичајности као синонима.

1. ОДРЕЂЕЊЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЕТИКЕ

Сматрамо, да Тома Живановић, кривичноправну етику не посматра само као науку, већ као феномен у домену његове примене. Објекти етике, према Томи Живановићу, нису моралне норме или правила, већ су то морална бића, установе. Моралне норме, он схвата, као материјал етике, те тако излази из чисто нормативно-теоретске сфере посматрања морала.

Моралне норме су, према Томи Живановићу, све императиви. Ту је прихватио Крочеово мишљење, да су ови императиви заповести и забране.⁵

² Миленко А. Перовић, *Етика*, Графомедија, Нови Сад, 2001, стр. 56.

³ Г. В. Ф. Хегел, *Основне црте филозофије права*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1989, стр. 188-272.

⁴ Видети у: Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1981, и у: Имануел Кант, *Метафизика морала*, Филип Вишњић, Београд, 1998.

⁵ Benedetto Croce, *Filosofia della pratica, economica ed etica*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 1932, 23.

Наука о моралу или морална филозофија (*philosophia moralis*), је једна грана специјалне филозофије, практичне филозофије (*philosophia practica*). Тома Живановић је још назива и филозофија норми, регулатива о добром и праведном, употребљених на вољу, на људску делатност. Дакле, преузео је Кантову дефиницију етике као „чисте практичне филозофије унутарњег, аутономног законодавства“.⁶ Кант је назива и „Доктрином врлине (*die Tugendlehre*)“. Ово Кант истиче у пластичној форми свог категоричког моралног императива, где наглашава да се морална правила не приказују само као општа и спекулативна, већ и као заповести, које проистичу увек из неке дубоке и свете воље. Моралне норме, заснивају дужности (обавезе). У овим нормама се налазе две врсте почетних моралних бића, а то су, по Томи Живановићу, морално дело (*le moral, le fait moral* или *l'acte moral, das Sittliche*) и неморал (*l'immoral, le fait immoral* или *l'acte immoral, das Unsittliche*).

Оваква поставка Томи Живановићу служи, да би извршио поделу морала као скупа моралних норми на „морал о моралном“ и на „морал о неморалном“ или како га даље дефинише на „морал или нормални морал“ и „анормални или деликтни морал“.⁷

Тома Живановић, поставља питање: да ли поред њих постоје и радње које су морално индиферентне? Дакле, то би биле радње које нису подложне суду моралне вредности, које стоје ван категорије моралности. Како је то Ниче називао, „с оне стране добра и зла“. Преко овог питања, Тома Живановић, посматра однос права и морала. Дакле, користећи се Кантовим речником има „просто допуштених, морално равнодушних“ радњи и у складу са тим пермисивних закона, само ако има морално индиферентних правних прописа.

Деликтне моралне норме, чине једну аутономну групу моралних норми, које нису изричито постављене, као што је то и са неделиктним моралним нормама. Дакле, то нису, по Томи Живановићу, писане норме, јер нема писаног морала ван норми „Декалога“.

Кривичноправну етику је поделио у два паралелна дела, а њима претходи „Општи Увод“, у : „Доктрину о моралу“ или „Етику нормалну“ и у „Доктрину о неморалу“ или „Етику анормалну“.⁸

Тома Живановић сматра, да моралне дужности које су садржане у моралним нормама, нису објекти етике. Одбија могућност да се етика назове „Доктрином дужности“ или како је Кант назива „Доктрином врлине (*die Tugendlehre*)“. Сматра, да би најпрецизније за етику било да се назове „Наука о моралном и неморалном“.

⁶ Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, стр. 48.

⁷ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, реферат поднет на 8 Међународном конгресу за Филозофију одржаном у Прагу од 2-7. септембра 1934. године, стр. 136.

⁸ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 137.

Етику можемо, према Живановићу, посматрати као дескриптивно-експликативну (теоретску) науку и као нормативну (практичку) науку. Сматра, да је заблуда оних који о етици говоре као нормативној науци, то што је посматрају као скуп правила о оном што би требало да буде (о идеалном, *Seinsollen*). Етика је дескриптивно-експликативна наука, онда када су њени објекти једна одређена група феномена, у овом случају морална бића која изражавају оно што је (и поред свих могућих конкретних варијација моралних феномена). Етика може да буде нормативна наука, уколико је њен „материјал“ морална норма посматрана сама за себе, односно као правило које изражава оно што треба да буде (*Seinsollen*), а не оно што је (*Sein*). Прави смисао етике као нормативне науке, добија се када она на основу својих сазнања моралних истина предлаже нове моралне норме или савршеније моралне норме. Овом поставком, Тома Живановић схвата, да етика није ван практичне филозофије људских ствари. Само се тада етика у свом теоријском изучавању појављује као примењена наука или „вештина“. Тада она спаја теоријски и догматички део, својом практичном перспективом. На тај начин је Тома Живановић, применио холистички метод у посматрању етике. Тако се долази до пуног смисла етике као феномена и науке у деловању у моралном свету. Само тада етика превазилази питање онога што јесте и онога што би требало да буде. Сматрамо да је Тома Живановић, питање етике уградио у решавање основног проблема правне науке и филозофије права, односа природног и позитивног права. Уз то он је са потпуном сигурношћу прихватио и херменеутички начин посматрања ствари. Херменеутички, ако њу прихватимо како је прихватио Артур Кауфман, као нови динамички метод откривања норми ка животним чињеницама.⁹

Дакле, пошто су, према Томи Живановићу, објекти етике моралне институције, било би погрешно, једнострано и нетачно раздвојити учење о људском држању из области морала, односно о моралним чињеницама (учење названо „Науком о обичајима“), од учења о судовима оцене поменутог држања (учење названо „Етиком“ или „Филозофском етиком“, која би била једна критичко-нормативна наука, насупрот првој, експликативној науци).¹⁰ На овај начин Тома Живановић, одбацује сваку врсту социологизма и нормативизма, и још једном стаје на страну потпуног холизма.

2. „ТРИПАРТИТНА КРИВИЧНОПРАВНА ЕТИКА“

Тома Живановић сматра, да Етика неморалног у свом систему има све недостатке традиционалног „бипартитног Кривичног права“¹¹, које је замењено трипартитним, „персоналистичким Кривичним правом“¹².

⁹ Артур Кауфман, *Право и разумевње права*, Гунтембергова галаксија, Београд, 1998, стр. 82-83.

¹⁰ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 138.

¹¹ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 139.

¹² Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 139.

Тома Живановић, у расправи „De l'element subjectif („moral“) dans la notion du delit“¹³, из 1909. године, указује на ову традиционалну заблуду. Сматра, да постоје три правна бића у кривичном законодавству, три кривичне логичко-правне апстракције, те према томе три основна појма „Науке кривичног права“: кривично дело, кривац и казна (данас кривична санкција, обухватајући као своје врсте казну и мере безбедности). Данас је „Трипартиција“ Томе Живановића, општа правна доктрина.

Сасвим у складу са оваквом поставком у „Науци кривичног права“, Тома Живановић гради своју етику. Сматра, да се погрешно аподиктички прихвата, као некада и у кривичном праву, да постоје као неморална етичка бића само морална санкција и неморал. Његова је интенција, да се у биће неморала унесе његов извршилац, и да се тиме одреде субјективни услови моралне одговорности, нарочито морална виност. Тада би субјекат (агент) неморални, морални кривац, потпуно био обухваћен у појму неморала. Тако се одбацује могућност, да се он схвати као аутономно етичко биће паралелно неморалу (неморалном делу) и моралној санкцији.¹⁴

Тома Живановић наглашава субјективну страну у моралу. Субјективна страна је у кривичном праву и моралу од „капиталног значаја“, а у осталим гранама права (грађанском, административном, међународном) само изузетно има значај. У моралу да би „било моралног агента, треба да је морална радња извршена са умишљајем“¹⁵, морални агент мора да буде свестан самог дела и његовог моралног карактера.

Прихатио је мишљење Жанета, да радња морално вреди само по умишљају, односно да умишљај чини моралност радњи.¹⁶ Радња је потпуно умишљена само кад је изаберемо и хоћемо са свим њеним обележјима. Када имамо потпуно знање о њеној моралној вредности. Одавде Тома Живановић извлачи велику разлику између морала и права. У моралу, по њему, постоји санкција не само за неморално дело, већ и за морално. Ту је санкција везана за суд вредности и невредности дела и агента. У праву се не може говорити ни о заслуги, ни о санкцији, као консенквенци заслуге. Наглашава, да уколико не одвојимо моралног агента од моралног и неморалног дела, могло би да дође, на пример, до резултата, да се одговара за неморални акт учињен без умишљаја, или, обротно, да је довољан морални умишљај за оправдање рђавог акта.

Трипартиција је, по Томи Живановићу, „нужна логичка консенквенца“ деобе коју је у етици учинио Вунт, између објективних моралних норми (које се односе на радњу „или на циљ“) и субјективних моралних норми (које се односе на мотив „или карактер“) и одговарајуће деобе дужности на објективну дужност (и врлину) и субјективну дужност (и врлину).¹⁷

¹³ Објављена у часопису *Revue penale suisse*, 22, 257-256.

¹⁴ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 139-140.

¹⁵ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 140.

¹⁶ Janet, *La morale*, 1873, 353. Навдено према: Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 160.

¹⁷ Wundt, *Ethik* 3, Band, 4, 1912, 135.

Ако би изоставили субјективни моменат у етици, ако не би познавали агента као аутономна етичка бића, потврдили би апсурдну тезу, да морална санкција погађа само морално или неморално дело, уместо да она погађа агента неморалног дела. На тај начин Тома Живановић, даје етичкој одговорности субјективни смисао. Субјективни услов је неопходан код неморалности и моралности. Према Томи Живановићу, ако нема умишљаја чак и најлошије дело (као такво наводи „убијање издајом“) је морално дело. Исто је и са моралним делом, и најбоље дело ако морални умишљај недостаје код агента, није морално. На овај начин прихвата Кантово схватање етике.¹⁸

Уношење субјективног момента у морал, доводи до тога да подстрекач или помагач у случају неморалног и моралног дела, нису морални агенти, ако код њих недостаје умишљај или подобност за урачунљивост.

На овај начин, субјективни моменат у етици, привлачи пажњу моралног судије (а за то Тома Живановић, користи назив „општа савест“¹⁹), да у судовима оцене, које доноси о људским делима, води рачуна о субјективним моментима (на пример, привременим мотивима) и да тако утврди у свом суду праву релацију између објективне и субјективне стране моралности и неморалности. Ту је прихватио Жанетово схватање, да је у својим судовима о људима општа савест осетљивија на дејства, него на принципе.

Према Томи Живановићу, ово су следећи доприноси трипартиције: уношењем у етику моралног кривца и агента као основних бића даје се субјективној страни морална вредност, која јој припада по њеној важности, доприносећи на тај начин објашњењу проблема етичке врлине и вредности, разликујући их као објективне и субјективне; решава се проблем систематског положаја мотива, моралних и неморалних; могуће је на тај начин дати смисао Кантовом моралу, раздвајајући његов категорички императив и његов субјективни елеменат испуњења дужности из дужности.

Тома Живановић сматра, да је „Наука о моралу“ духовна наука, која још увек није конструисала синтетички систем појмова из своје области. Он „Етику“ дели на „нормалну“ или „Доктрину моралног“ и „Етику деликтну“ или „Доктрину неморала“, а обема претходи један „Општи Увод у Етику“.

Тома Живановић сматра, да систематизацију етике ваља отпочети с „Доктрином неморалног“, тако да ова „Доктрина“ буде први део „Етике“. У неморалу се етички елементи, нарочито субјективни елеменат, појављују више наглашени.

Ипак се на крају одлучује за нешто другачију систематику. Тако, ваља комбиновати „Доктрину моралног“ са „Доктрином неморалног“. На тај начин би етика, била подељена у три дела, од којих би сваки био подељен на два одсека. Први део, био би подељен на учење о моралном и неморалном делу.

¹⁸ Види детаљније о томе у: Имануел Кант, *Метафизика морала*, стр. 45-98.

¹⁹ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 145.

Други део, био би подељен на учење о моралном и неморалном агенту. Трећи део, био би подељен на учење о санкцији за морално дело и санкцији за неморално дело. Тома Живановић предлаже, да поред ова три дела, од којих сваки може имати свој општи и посебни део, дође и „Општи Увод у Етику“. А систем би био синтетички завршен тек онда, када се после „Увода“, „Етика“ подели у општи и посебни део. У општи део улазе: као први одсек, опште учење о моралном и неморалном делу; као други одсек, опште учење о моралном и неморалном агенту и на крају као трећи одсек, опште учење о санкцији за морално и неморално дело. Посебни део, имао би за објекат врсте моралног и неморалног дела и агента.²⁰

У „Општем Уводу“, Тома Живановић жели, да начини разлику између извора морала и између аутономног и позитивног морала. Под позитивним моралом, он подразумева, „скуп моралних норми, које управљају људском делатношћу, индивидуалном или колективном, у једној одређеној средини као и у целом човечанству“.²¹ Аутономни морал, Тома Живановић назива, „трансценденталном идејом“, или је то за њега „чиста етика“.²²

Извор морала је, према спекулативном схватању индивидуална, и то урођена, првобитна нестечена савест. Кант је сматрао, да несавесност није одсуство савести, већ склоност не држати се свог суда, јер сваки човек као морално биће има савест, а она је врховна инстанца наше моралности. На тај начин, моралне заповести нису постале, већ су апсолутне. Према реалистичком схватању, извор морала је индивидуална савест, коју стварају разни социјални фактори. На тај начин, морални законодавац постаје колективна савест друштва, а моралне норме су релативне.

Према Томи Живановићу, само синтетичка етика може да укине дуалитет који настаје поделом на аутономни (идеални, чисти) и позитивни морал. Она у позитивни морал уноси проблем о „праизвору морала“. Ово спајање позитивне и чисте етике је, према Томи Живановићу, нужно, јер сваки позитивни морал, има тенденцију да буде апсолутан. На овај начин, спаја Кантову идеју морала по себи, дакле независног од позитивног морала, са Хегеловом идејом морала која се као снага урођена у нама, реализује у позитивном моралу. Овде Тома Живановић, још једном показује холистички дух у разматрању етичких питања.

Код позитивног морала у обзир ваља узети његову форму и садржину. Проблем форме позитивног морала, обухвата питање формалне суштине и врсте моралних норми и упоређује их са правним нормама. Моралне норме, било заповести или забране су више позитивне него негативне. Вунт, ово објашњава тиме што су, моралне норме управљене ка произвођењу нових дејстава, унутрашњих и спољашњих. Дакле, оне су управљене ка нечем позитивном. На

²⁰ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 146.

²¹ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 148.

²² Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 148-149.

овај начин Тома Живановић жели, да начини разлику између морала и права. Фундаменталне норме су моралне норме. Основ правног поретка је моралитет.

По својој материји, моралне норме деле се на: фундаменталне и изведене; индивидуалне, социјалне и општечовечанске; апсолутне и релативне; уске и широке. Материјална деоба норми спада у учење о материји неморалног и моралног дела.

3. ЕЛЕМЕНТИ ТРИПАРТИТНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЕТИКЕ ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

3.1. Неморално и морално дело

У одређењу елемената трипартитне етике Тома Живановић, полази од одређења неморалног и моралног дела.

Поставља се питање: Да ли неморално дело може да се дефинише као људско дело, дакле реалистички, или као повреда једне моралне норме или дужности, дакле јуристички? Неморал је људско дело. То је потпуна реалистичка дефиниција неморала. Неморалност једнога дела је противност тог дела једној моралној норми, или једној моралној дужности.²³ Његово одређење неморалног дела је слично Петронијевићевом, који га дефинише као: „Морално недело је само онда моје дело, ако сам ја, слободни свесни субјекат, његов продуцент, јер оно само онда доиста потиче од мене, и само онда је оправдано себи уписати у грех што је произведено“.²⁴ Томи Живановићу, није блиско метафизичко посматрање етичких проблема. Он је јасан и недвосмислен правни писац.

Код морала за разлику од права, из сваке моралне норме проистиче не само једна дужност, већ и једно право. Али то је право самог субјекта дужности. Свакој моралној дужности одговара једно право субјекта дужности, али не једно право другог (*facultas juridica*) према субјекту дужности, односно право да га принуди на испуњење његове дужности. На овај начин моралне норме постају субјективни императиви. Тома Живановић, одбија могућност да се кривично право схвати као етички минимум. Тако је одбацио поставку Георга Јелинека да је право етички минимум, и поставку Густава Шмолера, да је право етички максимум.²⁵ Логички, није могуће свести правну норму на моралну норму, јер овој другој недостаје елеменат принудљивости.

²³ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 151-152.

²⁴ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд, 1906, стр. 130.

²⁵ Детаљније о питањима права као етичког минимума и права као етичког максимума, видети у: Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, стр. 52-64.

Код моралног деликта, Тома Живановић поставља питање искључења неморалности дела (радње). Сматра, да се то питање у етичкој књижевности појавило у форми питања о сукобу норми или о моралним ексцепцијама. Ту наводи Канта, који говори о сукобу основа обавеза, пошто једна другима противна правила не могу бити у исто време нужна.²⁶ Сходно томе, говоримо о сукобу моралних вредности. Тома Живановић сматра, да ваља разликовати међу основима искључења моралне санкције основе, који искључују морални деликт, искључујући неморални карактер дела (неморални елеменат), као што је нужна одбрана, и основе који искључују само моралног кривца, дакле, не искључују сам морални деликт, као што је стање нужде. Ако желимо да обухватимо све случајеве искључења неморалног дела и моралног кривца, немогуће је да се служимо термином сукоб етичких дужности (норми). Ово зато што није увек у питању сукоб једне етичке дужности с неком другом етичком дужношћу. По Томи Живановићу, постоји само право одбране. На тај начин, сукоб може да постоји између морала и права, између моралних дужности и субјективних права, између једне моралне дужности и једне правне. Из свега следи, да је етички термин моралне „ексцепције“ погодан као општи термин. Теолози који су се бавили проблемом сукоба дужности, израдили су о томе једну специјалну, моралну казуистичку, науку о „случајевима савести“. Кант њу употребљава када расправља извесна казуистичка питања, али просто постављајући проблеме не дајући правила за њихову солуцију. Жанет и Вунт су дали два принципа по којима ваља решавати сукобе дужности. Ако је у питању иста класа дужности (Жанет) или су из исте циљне области (Вунт), принцип је, да треба жртвовати дужност, која има за објекат мање добро, или како Вунт каже, „добро мање интензивног степена вредности“. Ако су у питању различите класе дужности, треба жртвовати дужност, која припада групи мање.

Међу питањима у вези са моралним деликтом, налази се и питање објекта моралног деликта. У формалном смислу, објекат моралног деликта одређујемо као једно људско добро (интерес). Ако желимо да објекат моралног деликта дефинишемо према његовој материји, ваља прво одредити материју морала. Она може бити одређена преко циља морала или преко узрока морала. Супстанца морала се означава и појмом морално добро. Тома Живановић сматра, да овај термин има други смисао, он означава моралну основу вредности.²⁷

Морално дело, по својој форми, је дело саобразно моралној норми, или је то радња испуњења моралне дужности. По својој материји, морално дело је извршење доброг.²⁸ Тако је и Тома Живановић, прихватио да је појам „доброг“, један од основних појмова етике.

²⁶ Детаљније о томе видети у: Имануел Кант, *Метафизика морала*, стр. 58.

²⁷ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 151-157.

²⁸ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 157-158.

3.2. Морални кривац и агент морални

Морални кривац је, по својој форми, сложен из три елемента. Први је извршилац неморалног дела; други је виност или субјективни елемент, трећи је постојање објективних личних услова моралне одговорности.

Извршилац, субјект неморалног дела, може бити физичко и правно морално лице. Дела правних лица су предмет моралног оцењивања од стране опште савести. Овде, додуше, постоји проблем, јер ова лица нису наравно способна за радњу у физичком смислу, што није потребно за први елемент моралног кривца, те ни за виност. Али је одговорност моралних лица у моралу ограничена на извесна више или мање одређена неморална дела.

Када говоримо о виности код неморалног дела, мора се захтевати „хотење“ радње. У погледу последице радње, морал тражи увек умишљај. Умишљај је свест или знање, нехат није довољан. Умишљај се односи на радњу и друге реалне моменте, неморалног дела. Једна од стварних околности је последица која је радњом произведена. У сваком случају, произвођење последице је бар мотив моралне инкриминације људске радње. Нужност умишљаја, Тома Живановић преузима од Жанета. У моралу, поставља се питање: Да ли је за умишљај потребна свест о неморалном карактеру дела? Жанет инсистира на потреби знања неморалности акта. То значи да треба изабрати акт, знајући да је добар или рђав и извршити га, ако сматрамо да је добар.

Бранислав Петронијевић сматра, да је лице морално добро, ако је са свешћу и слободом, створило нешто по себи апсолутно вредносно.²⁹ Али, пре тога, сматра Бранислав Петронијевић, потребно је сазнати у чему се састоји биће морала, односно, шта је оно што разликује моралне радње од неморалних. Бранислав Петронијевић сматра, да се морални и природни ред не поклапају. Законитости природе нису у сагласности са законитостима морала. Према њему: „Морални ред ствари представља један идеални ред ствари коме реални ред ствари не одговара“.³⁰ Према њему, у нама постоји свест о томе, да се природни ред ствари може подвести под морални, односно да је могуће остварење моралног реда ствари у природном реду ствари. Две су претпоставке помоћу којих је могуће ово оправдати: „Или претпоставити да природни ред ствари сам собом, онако како он по себи тече, има тенденцију у себи да постане моралним редом ствари, или претпоставити да природни ред ствари сам собом апсолутно није у стању да се приближи моралном реду ствари, већ да је зато неопходно потребна једна битна варијација тога реда од стране човека, варијација којом се природни ток ствари мења“.³¹ Бранислав Петронијевић, такође истиче

²⁹ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, Државна штампарииа Краљевине Србије, Београд, 1906, стр. 123.

³⁰ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 121.

³¹ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 122.

субјективну страну морала и моралне одговорности. Сматра да морал има и субјективну страну. Морални ред ствари односи се у објективном смислу, на унутрашњу срећу свих свесних живих бића. Али, та су бића не само циљ моралног реда ствари, него су и његов извор. Она својим радњама доприносе да се тај ред оствари. Субјективна страна морала има, према Браниславу Петронијевићу, непосредне везе са појмом одговорности. Појам моралне одговорности састоји се у питању: „Да ли су радње, које потичу од свесног субјекта и које се односе у позитивном или негативном смислу на морални ред ствари, сопствени продукт субјекта или не?“ Ако оне потичу од субјекта, онда је он за њих одговоран, ако не потичу онда он за њих није одговоран. Према Браниславу Петронијевићу, циљ моралног реда ствари је срећа живих свесних бића, а природни ред ствари у својој основи јесте и остаје свиреп и неморалан.³² Ову је идеју Радомир Лукић, прихватио и уградио у основни задатак објективног права.³³ Бранислав Петронијевић, Тома Живановић и Радомир Лукић, на врло сличан начин разматрају остварење моралног реда, односно природног права. Те тако сматрају, да ако заиста хоћемо да се морални ред оствари, морал није и не треба да буде фикција, удаљена од реалности. За моралу одговорност неопходна је слобода радњи. За разлику од Томе Живановића, који инсистира на умишљају као услову за моралну одговорност, Бранислав Петронијевић сматра да, је за моралну одговорност неопходно да је радња непосредни, спонтани и случајни продукт свесног субјекта.³⁴ То су услови да би морални агент произвео моралну радњу, или неморалну. Бранислав Петронијевић за разлику од Томе Живановића, прихвата могућност постојања и морално индиферентних радњи.

Тома Живановић сматра, да неморалност не утиче тако дубоко на егзистенцију друштва и државе, као противправност, нарочито инкриминисана противправност, да се не би захтевала свест о антиморалности дела.³⁵ Неће бити умишљаја и према томе моралног кривца, у случају незнања у погледу дела и неморалности дела. Ко извршава неморални акт, а сматра да је тај акт моралан, није, по Томи Живановићу, морални кривац. Друго се питање поставило. „Да ли се такав човек, може сматрати као моралан, или као ‘врлински агент’, ако се то посматра с гледишта самог дела?“ Тада он, објективно посматрано, није „врлински агент“. Постојећи проблем Тома Живановић жели да реши користећи се Сократовим и Платоновим учењем. Према њима, врлина је знање, а у овом смислу за моралност и врлину, довољна је и сама свест о добром, без знања правога добра. На тај начин морални агент је и онај који врши зло, а у заблуди

³² Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 124.

³³ Детаљније о томе видети у: Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.

³⁴ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 127.

³⁵ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 161.

је, да је то добро. Следећи проблем, на ком инситуира Тома Живановић, је подобност за урачунљивост. Ту заузима став, да није тачно, да се без доктрине слободе греха може рећи да нема морала.

Ако применимо Кантову моралну доктрину, може се десити да постоји морални кривац без неморалног дела. То је, по Томи Живановићу, куриозитет деликтног морала према деликтном праву.³⁶ Тада, морални кривац, код моралног дела, постоји и поред агентове љубави за добро, ако он не би извршио дужност, сагласно Кантовој доктрини, из дужности, односно зато што је то заповест моралног закона, категоричког императива.

Под трећим елементом, кривцем као виним извршиоцем који испуњава личне услове моралне одговорности, Тома Живановић подразумева чињеницу постојања позитивних или негативних околности личних околности, али и објективних, које треба да се придруже вином извршиоцу, да би он постао морално одговоран, и према томе морални кривац. Према Томи Живановићу, овде је у питању одсуство основа, који не искључујући само неморално дела и виност, искључују ипак моралну одговорност. Он их дели на опште и посебне. Општи су одсуство стања нужде и одсуство заповести претпостављеног. „Кривац с опасним стањем“ се у деликтном моралу сматра за тежу врсту моралног кривца. То је преступник без врлине. То је особа, која по правилу не испуњује своје моралне дужности. Тома Живановић сматра, да га можемо назвати и „моралним кривцем са неморалном врлином“, подразумевајући под овим, више или мање, перманентно својство неиспуњавања својих моралних дужности.

Материја моралног кривца сложена је из његовог карактера и конкретних мотива. Посматран са гледишта мотива, агент се појављује као морално биће. Посматран са аспекта његовог карактера, он је природно биће. Фактори неморалитета су, по Томи Живановићу, непосредни, каква је неморала душа и посредни, какви су индивидуални изван неморалне душе, социјални и хумани.

3.3. Морална санкција

Морална санкција је шири појам од кривичне и опште посматрано правне санкције. У моралу, за разлику од права, и моралне радње повлаче последицу, награду. Моралне радње су испуњење дужности, оне се појављују као вољни субјектов напор, као заслуга. У енциклопедијском смислу, сматра Тома Живановић, морална санкција је скуп награда и казни привезаних за морално, односно неморално дело, против моралног, односно неморалног агента.³⁷

Судија моралитета и неморалитета је друштво. Дакле, то је биће, које није организовано ни у свом својству судије, ни у свом својству извршиоца

³⁶ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 164.

³⁷ Тома Живановић, *Основни проблеми Етике*, стр. 169.

моралних санкција. Такав судија, ипак прећутно изриче моралне пресуде. Зато он, подвргава дело и извршиоца суду моралне оцене. Дакле, он процењује њихову моралну вредност.

Суд моралне оцене се у зависности од резултата, појављује као суд моралне вредности или као суд моралне не вредности. У моралној трипартицији постоје две врсте моралне вредности и не вредности, објективна и субјективна. Могуће је, према Томи Живановићу, да објективна морална вредност, постоји без субјективне.

Из перспективе друштва, као моралног судије, суд обоструке моралне вредности, појављује се по свом закључку, као суд моралног одобравања објективног и субјективног (дела и агента), исто важи и за суд обоструке моралне не вредности, те се он појављује, као суд моралног неодобравања објективног и субјективног. А по Браниславу Петронијевићу, грех и заслуга чине основне моралне појмове, и то у субјективном и објективном смислу.³⁸

Суд моралног одобравања који је донет о агенту и његовом делу, садржи у себи суд његове заслуге, а суд моралног неодобравања, суд његове виности. Његово се дело тада, појављује као заслужено или као вино.

Када донесе суд моралног одобравања или неодобравања, друштво у својству моралног судије изриче моралну санкцију, односно награду. Награда и казна прећутно се налазе у заслуги и виности.

Тома Живановић сматра да се морални закони, морају извршавати не само материјално, што је само по себи без значаја с моралног гледишта, већ субјективно, изнутра у свом духу, у моралном умишљају агентовом, умишљају који се не може изнудити никаквом санкцијом. Тома Живановић се на тај начин разликује од Спинозе који сматра да: „Кајање није врлина, или другим речима, оно не потиче од разума; онај који се каје што је нешто учинио у двоструком је смислу бедан и немоћан; ... јер ко се каје што је нешто учинио двоструко пати, једно што се даје победити од једне неразумне страсти, а друго што се даје победити и од незадовољства, које ту страст прати“.³⁹

Према Томи Живановићу, постоје две врсте социјалних моралних санкција. То су санкције савести, душевни мир и грижа савести.

³⁸ Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 127.

³⁹ Baruch de Spinoza, *Ethica*, IV. Наведено према: Бранислав Петронијевић, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, стр. 133.

ЗАКЉУЧАК

Трипартитни систем у кривичноправној етици, који заступа Тома Живановић, је јединствен у читавој филозофији морала. Корпусу водећих етичких питања, он, прилази и филозофски и научно. Његов приступ етици веома је сличан приступу Бранислава Петронијевића у делу „О слободи воље, моралној и кривичној одговорности“. Ово је јасан, конзистентан и логичан етички систем, који не дозвољава празнине. Тома Живановић у свом трипартитном етичком систему, није оставио ниједно нерешено питање. Ово је и пример схватања етике као науке и феномена у примени. Јер, Тома Живановић на логичан начин жели да доведе етику на ниво њене јасне примене. Трипартитни етички систем је ваљана основа за решавање моралних проблема, какве савремено друштво данас намеће. Тома Живановић трипартитним системом отвара субјективну страну етике. На тај начин, отклања могућност да се избегне етичка одговорност, у правом смислу речи.

Корпус водећих етичких питања која решава трипартитни етички систем, усмерен је најпре на тематику онтолошког статуса етике, на опште филозофско питање о смислу и унутрашњој структури моралне стварности као феномена, па у оквиру тога и специфичне етичке стварности човека. Дакле, у оквиру појма о бити људског делања уопште, Тома Живановић гради специфични смисао питања о бити индивидуалног људског делања, дакле, питање о бити моралности. То питање има експлицитни тематски карактер основног етичког питања из којег се успоставља филозофско промишљање структуралне грађе етичког феномена. Та се етичка грађа онда, кроз систем трипартитне етике, разлаже на неколико питања: о извору или пореклу моралности, о начинима успостављања моралног феномена, о делатним облицима моралног феномена и о сврхама моралности. Сматрамо, да је Тома Живановић све ово користио за основну поставку развоја своје етике.

Питање о извору или пореклу моралности, у историји етике као феномена, најчешће је питано у проблемском повезивању питања о онтолошком статусу човековог делања, питања о легитимацијској основи која је мерило или парадигма људског делања уопште, те посебно индивидуалног делања, као и питања о непосредној антрополошкој основи чију објективизацију представља морално делање као феномен.

Питање о начину успостављања моралног феномена односи се на проблем разумевања унутрашњих душевно-свесних структура у човеку које, посредовањем питања о извору или принципу моралности, обликује морални карактер човека који у делању образује индивидуални морални феномен. На ово питање је Тома Живановић, одговорио увођењем система трипартиције. Системом трипартиције, он уводи субјективни, персонални елеменат у етику.

Питање о делатним облицима моралности у основи је традиционално етичко питање о моралним врлинама и пороцима. Делатно посредовање унутрашње душевне одређености човека за начин моралног делања и непосредних животних ситуација у којима делује, одређују само етичко поимање врлине и порока. На ово питање, Живановић одговара објективним околностима које се придружују трипартицији.

Питање о сврси моралности обједињује у себи претходна питања у општем питању о телеолошком карактеру моралног делања, као и делања уопште, а онда и људске егзистенције. Етичка традиција је питање о сврси моралности постављала као питање о добру и злу. Тома Живановић, питање сврхе етике, не поставља само на теоретском нивоу, он га премешта на ниво примењене етике. Ово је први и једини захват у поље примењене етике, код нас.

ЛИТЕРАТУРА

С Croce, Benedetto, *Filosofia della pratica, economica ed etica*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 1932.

Живановић, Тома, *Основни проблеми Етике*, реферат поднет на 8 Међународном конгресу за Филозофију одржаном у Прагу од 2-7. септембра 1934.

Кант, Имануел, *Заснивање метафизике морала*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1981.

Кант, Имануел, *Метафизика морала*, Филип Вишњић, Београд, 1998.

Кауфман, Артур, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, Београд, 1998.

Лукић, Радомир, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1983.

Лукић, Радомир, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.

Перовић, А. Миленко, *Етика*, Графомедија, Нови Сад, 2001.

Петронијевић, Бранислав, *О слободи воље, моралној и кривичној одговорности*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд, 1906.

Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980.

Хегел, Ф., *Основне црте филозофије права*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1989.

CRIMINAL LEGAL ETHICS OF TOMA ZIVANOVIC

Summary

Toma Zivanovic, in the legal world the most popular as an ardent devotee of criminal law, has contributed to the development of the philosophy of law and ethics in our, as well as in world legal ethics by means of his tripartite, particular ethical system. The tripartite system in ethics, represented by Toma Zivanovic, is the unique one in the entire philosophy of ethics. He approaches the group of the prominent ethical questions both philosophically and scientifically. His approach to ethics resembles a great deal the approach of Branislav Petronijevic in his work "On Freedom of Will and Moral and Criminal Responsibility". This is the well-defined, coherent and logical ethical system, permitting no gaps. In his tripartite system, Toma Zivanovic has left no issue unresolved. This is the example of comprehending ethics as science and as the phenomenon in practice. Toma Zivanovic wants to logically bring ethics to the stage of its simple application. The tripartite ethical system establishes the firm foundation for resolving moral issues imposed by modern world. By means of tripartite system Toma Zivanovic opens the subjective side of ethics. Thereby, he literally removes the possibility of avoiding ethical responsibility. Toma Zivanovic doesn't question the purpose of ethics merely theoretically, he shifts it to the applied ethics. In our country this is the one and only move into the field of the applied ethics.

Key Words: law, morality, tripartite system, moral and immoral action, moral offender, moral agent, moral sanction

ОГРАНИЧАВАЊЕ МОНОПОЛА ДРЖАВЕ НА КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ

Проф. др Саша Кнежевић*

***Апстракт:** Кривичним делима се повређују или угрожавају правно заштићена добра оштећеног. Међутим, значај тих добара превазилази интересе пасивног субјекта кривичног дела, а заштита друштвених вредности постаје примарна брига државе. Држава, преко овлашћеног експонента (јавног тужиоца), најчешће се јавља у улози иницијатора поступка судског одлучивања о основаности кривице окривљеног за извршено кривично дело. Међутим, правно призната могућност оштећеног да, у одређеним ситуацијама, његова воља буде одлучујућа приликом покретања кривичног поступка, ограничава монопол државе на кривично гоњење. У излагању које следи, указаће се на суштину феномена демонополизација кривичног гоњења у српском и компаративном праву.*

***Кључне речи:** држава, монопол; официјелност; предлог оштећеног за гоњење, приватна тужба; популарна тужба; јавни тужилац.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Промена физиономије кривичног дела, у смислу поимања овог противправног понашања као јавне, а не више као приватне ствари, довела је до примата јавног (друштвеног) интереса, као одлучујућег при иницирању кривичног поступка, у односу на некада (у акузаторском систему поступка) доминантног приватног интереса. Ова промена одиграла се у окриљу инквизиционог система кривичног поступка. У почетку, у условима недиференцирања управне и судске власти, кривично гоњење се предузимало на иницијативу инквирента (истражитеља). Касније, реформама кривичног поступка у деветнаестом веку, оформљује се посебна, од суда независна институција, овлашћена за предузимање кривичног гоњења - јавно тужилаштво.

* Проф. др Саша Кнежевић, Правни факултет Универзитета у Нишу

Кривично гоњење се, превасходно, предузима у друштвеном (јавном) интересу, те, стога, држава има *монопол* над кривичним прогоном лица, за која постоји основана сумња да су извршила кривична дела. Воља оштећеног, као лица чија су права повређена или угрожена извршеним кривичним делом, је, притом, ирелевантна за предузимање кривичног гоњења учиниоца тог дела. У томе се огледа суштина начела официјелности, као једног од основних начела кривичног процесног права. Супротно, у акузаторском систему кривичног поступка, владало је начело *диспозиције*, према коме је кривично гоњење зависило од става непосредно оштећеног лица.

У старијој кривичнопроцесној литератури, заступљено је гледиште да се домаћа начела официјелности проширује и ван иницијативе за кривично гоњење учинилаца кривичног дела. Наиме, сматрало се да се домен начела официјелности распростире на читав кривични поступак, уз обавезу суда да *ex officio* врши све што је потребно за утврђивање материјалне истине.¹ Ово схватање полази од чињенице, да се о спровођењу кривичноправног захтева државе за кажњавање окривљеног старају два државна органа - јавни тужилац и кривични суд. Међутим, дословно спроведени принцип монофункционалности строго раздваја функције оптужбе и суђења. Иако је, у неку руку, процесна делатност јавног тужиоца комплементарна са делатношћу суда, ипак се деловање јавног тужиоца своди на иницирање и одржавање кривичног поступка у току. Делатност јавног тужиоца је производ монопола државе на иницирање кривичног прогона осумњичених и окривљених (дакле, начела официјелности), док је одлучивање кривичног суда о основаности кривичноправног захтева државе за кажњавање окривљеног, операционализованог у одговарајућем оптужном акту јавног тужиоца, обавеза проистекла из начела утврђивања истине.

1. ДЕМОНОПОЛИЗАЦИЈА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Несумњиво претежно јавни интерес за предузимање кривичног прогона лица, за која постоји основана сумња да су извршила кривична дела, не значи и да се појединим кривичним делима (укључујући и неке групе кривичних дела) превасходно нарушавају приватни интереси. Уважавање ове чињенице налаже и могућност *демонополизације* кривичног гоњења, као делатности у искључивом делокругу послова јавног тужиоца, као овлашћеног експонента државе. По логици ствари, кривично гоњење учинилаца кривичних дела, којима се, примарно, нарушавају приватни интереси, сходно нормама кривичног законодавства, препушта се иницијативи лица непосредно оштећених тим кривичним делима. Тим лицима омогућава се да, посебним оптужним актом - *приватном тужбом*, иницирају кривично гоњење лица, која су својим против-

¹ Никола Огорелица, *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, стр. 417, Владимир Бајер, *Југославенско кривично процесно право*, књига I, Загреб, 1988, стр. 156.

правним понашањем повредила или угрозила њихова правно заштићена добра. Реч је, дакле, о *изузету* од начела официјелности кривичног гоњења.

Релативизација монопола државе на кривично гоњење учинилаца кривичних дела огледа се и у условљавању иницирања кривичног поступка од стране јавног тужиоца *предлогом оштећеног*. Предлог оштећеног се, притом, јавља као процесна претпоставка за иницијалну делатност јавног тужиоца, усмерену на покретање кривичног поступка. Изостанак предлога, или повлачење већ поднетог предлога оштећеног, представљају процесне сметње за иницирање или наставак кривичног гоњења. Пошто се улога оштећеног код кривичног гоњења учинилаца кривичних дела, за која се гони по предлогу оштећеног, своди на сагласност за покретање и одржавање у току иницијативне делатности јавног тужиоца, при чему искључиво од јавног тужиоца зависи одлука суда о прихватању иницијативе у виду покретања (отварања) кривичног поступка, гоњење по предлогу оштећеног представља *ограничење*, а не *изузетак* од начела официјелности.² Осим тога, и кривична дела за која се гони по предлогу оштећеног спадају у круг кривичних дела обухваћених официјелним кривичним гоњењем.

Демонополизација кривичног гоњења очитује се и у могућности да иницирање кривичног поступка од лица, која нису непосредно оштећена извршеним кривичним делом. У систему тзв. *популарне* (народне) тужбе, насталом у римском праву, а данас, донекле, заступљеном у англосаксонском праву, иницирање кривичног поступка није условљено својством пасивног субјекта извршеног кривичног дела.

Монопол државе на кривично гоњење учинилаца кривичних дела окрњен је и све присутнијим тенденцијама примене *консенсуалних* поступка, с циљем избегавања или окончања кривичних поступака. Релативизација монопола државе на кривично гоњење огледа се у *правом признатом утицају воље окривљеног* на одлуку јавног тужиоца о иницирању кривичног поступка.

1.1. Кривично гоњење по приватној тужби

Могућност кривичног гоњења по приватној тужби оштећеног произлази из уверења законодавца, манифестованог у посебном делу Кривичног законика, да се извршењем одређених кривичних дела превасходно повређују или угрожавају интереси појединаца, а да је, у тим ситуацијама, јавни интерес у другом плану. Реч је о лакшим кривичним делима, којима се нарушавају добра појединаца (част, углед, телесни интегритет, имовина). Стога се кривично гоњење учинилаца ових кривичних дела препушта иницијативи непосредно

² Исти став заступа и др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, оп. cit., стр. 53. Супротно: др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2006, стр. 136.

оштећених лица, која, под законом прописаним условима, могу стећи процесни субјективитет приватног тужиоца.

Кривично гоњење по приватној тужби представља реализацију правно-политичког става државе о препуштању непосредног остварења кривично-правног захтева за кажњавање оштећеном, од чије воље зависи да ли ће се, у конкретном случају, овај захтев операционализовати. Држава је, дакле, инкриминисала одређена противправна понашања, заштитивши, притом, интересе појединаца, али је сам поступак остваривања заштите тих интереса препустила нахођењу пасивног субјекта кривичног дела (оштећеног). Од нахођења оштећеног, пак, зависи да ли ће иницирати кривични поступак, или ће изабрати други начин заштите својих интереса (поравнање, мирење, опрост, и слично).

У стручној јавности, али и у судској пракси, влада одређени степен подозрења према законској могућности кривичног гоњења иницираног приватном тужбом. Овакав став проистиче из пројекције приватног тужиоца као обесног парничара-кверуланта, који олако користи инструменте кривично-правне заштите. Може се запазити и да је неажурност у кривичним поступцима понајвише присутна у кривичним предметима по приватној тужби. Осим тога, у законодавству је заступљена и тенденција отежавања пута остваривања кривичноправне заштите на основу подношења приватне тужбе. Ове околности подстакле су теоретичаре да укажу на значај приватне тужбе, као важног инструмента кривичноправне заштите друштвених вредности. Наиме, није мали број инкриминација, садржаних у Кривичном законнику Србије, које налажу гоњење по приватној тужби (мада се за већину кривичних дела, ипак, гони *ex officio*). Учешће кривичних дела, за која се гони по службеној дужности, у укупном криминалитету надмашује проценат ових дела прописаних кривичним законодавством. С друге стране, чињеница је да се међу приватним тужиоцима могу наћи и патолошки структуриране личности (парничари-кверуланти), али њихов број у структури приватних тужилаца је занемарљив. Међу приватним тужиоцима преовладавају лица, која се правним инструментима боре за заштиту својих правних интереса, заштићених Кривичним закоником. Додатни кредибилитет приватној тужби, као средству иницирања кривичног поступка, пружа и каталог претпостављених реакција оштећеног на евентуално ускраћивање могућности подношења приватне тужбе. Наиме, алтернативу непостојања права на приватну тужбу могло би представљати реваншистичко понашање према учиниоцу кривичног дела, кроз недопуштена средства сатисфакције - самовлашће, реторзија кривичног дела, и слично. Све ове околности доприносе афирмацији потребе за уважавањем сврсисходности приватне тужбе, као инструмента кривичног гоњења.³

³ О значају приватне тужбе види детаљније: др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2008. стр. 161.

Приватна тужба представља аутономни оптужни акт приватног тужиоца, којим се кривични поступак покреће и одвија без икаквог учешћа јавног тужиоца. За разлику од позитивног права Србије, у упоредном законодавству постоји могућност комбиновања приватне и јавне тужбе. У *немачком* праву, јавни тужилац има овлашћење да поднесе тужбу уместо приватног тужиоца, ако је то у јавном интересу (§ 376 StPo). Исто тако, јавни тужилац може преузети гоњење од приватног тужиоца, у сваком моменту, све до правноснажности судске одлуке (§ 377 ст. 2. StPo). У тој ситуацији, приватни тужилац постаје помоћни тужилац.

Преплитање приватне и јавне тужбе могуће је и у *руском* праву. Јавни тужилац може без захтева оштећеног покренути кривични поступак и у случају да се за конкретно кривично дело гони по приватној тужби, уколико то кривично дело има “посебан друштвени значај”, или ако оштећени није у стању да сам заштити своја права (беспомоћност, завистан положај од окривљеног, и слично). Осим тога, јавни тужилац може и преузети гоњење од приватног тужиоца, и, у том случају, приватна тужба се трансформише у јавну тужбу. Оштећеном, притом, остају нека редукована права у поступку, али не може одустати од гоњења, јер више није *dominus lictis* кривичног гоњења (чл. 20. ст. 4. ЗКП РФ).

Приватна тужба је процесни акт, којим оштећени иницира кривични поступак. Међутим, праву невични оштећени може, уместо приватне тужбе, поднети кривичну пријаву. За разлику од приватне тужбе, кривична пријава је ванпроцесни акт, и њоме се јавни тужилац само обавештава о извршеном кривичном делу и евентуалном учиниоцу. Да би се омогућио кривични прогон и у случајевима подношења кривичне пријаве за кривична дела за која се гони по приватној тужби, законодавац је прописао да се кривична пријава, поднета у року за приватну тужбу, третира као благовремено поднета приватна тужба (чл. 54. ст. 3. ЗКП Србије). Супротно, ако је оштећени поднео приватну тужбу за неко од кривичних дела, за која се гони по службеној дужности, суд ће одбацити приватну тужбу, и доставиће је јавном тужиоцу на разматрање (чл. 235. ЗКП).

Кривичним закоником Републике Србије одређен је круг кривичних дела, за чије се извршење учиниоци гоне по приватној тужби. Примера ради, по приватној тужби гоне се учиниоци кривичних дела против части и угледа (чл. 177. КЗС). Приватном тужбом се, између осталог, гоне и учиниоци кривичних дела: лака телесна повреда (чл. 12. ст. 4. КЗ); неовлашћено прислушкивање и снимање (чл. 143. ст. 1 и 2. КЗ); ситна крађа, утаја и превара, извршене на штету имовине грађана (чл. 210. ст. 1); повреда тајности писама и других пошиљки (чл. 142. ст. 1 и 2. КЗС).

1.2. Кривично гоњење по предлогу оштећеног

Официјелност кривичног гоњења, надасве, подразумева примат иницијативе државе у поступку покретања кривичног поступка над вољом оштећеног, као покретачем механизма судског одлучивања о основаности кривице окривљеног. Међутим, официјелан кривични прогон не мора да значи и потпуно одсуство иницијативе оштећеног, усмерене на санкционисање учинилаца кривичних дела, за која се гони по службеној дужности. Ревитализација режима кривичног гоњења по предлогу оштећеног, проистекла из новог Кривичног законика Србије⁴, легитимише вољу оштећеног, као релевантног фактора кривичног гоњења учинилаца официјелних кривичних дела.

Могућност кривичног гоњења по предлогу оштећеног заснива се на паралелизму јавног и приватног интереса за кривично гоњење учинилаца одређених кривичних дела. За разлику од гоњења по приватној тужби, када је снагом законских норми, јавни интерес подређен приватним интересима оштећеног, предлогом оштећеног за гоњење не искључује се надлежност јавног тужиоца за иницирање кривичног поступка. Монопол државе на предузимању кривичног гоњења се, када су у питању кривична дела за која се гони по службеној дужности, само *релативизује*, условљавањем процесних активности јавног тужиоца предлогом оштећеног. Идејну основу условљавања официјелног кривичног гоњења предлогом оштећеног, као изразом воље субјекта непосредно погођеног противправном делатношћу окривљеног, чини могућа контрапродуктивност покретања кривичног поступка по интересе оштећеног. Наиме, покренути кривични поступак може, у одређеним ситуацијама, додатно трауматизовати оштећеног, и тако проузроковати тзв. секундарну виктимизацију оштећеног. Да би се предупредила та могућност, у ситуацијама када је извршењем појединих кривичних дела претежно повређен приватни интерес (што не значи одсуство јавног интереса), јавна тужба се, у одређеној мери, *демонополизује*, и доводи у зависност од иницијативе оштећеног. Осим тога, понекад, јавни интерес зависи од постојања приватног интереса (нпр. ситна крађа). Условљеност јавног интереса приватним може бити и последица чињенице, да поједина кривична дела задиру у приватне интересе оштећеног и учиниоца (нпр. имовински деликти на штету сродника).⁵

Прихватањем предлога за кривично гоњење, материјализованог кроз подношење и заступање оптужног акта јавног тужиоца, оштећени не стиче својство овлашћеног тужиоца. Супсидијарна тужба може наступити једино, ако јавни тужилац не иницира кривични поступак, или, пак, одустане од оптужбе у току кривичног поступка. Иако прихватање предлога оштећеног не представља чин окончања јавне тужбе, оштећени, у тој ситуацији, *de facto*

⁴ Објављен је у „Сл. гласнику Републике Србије“, бр. 85 из 2005. године.

⁵ О утицају приватног и јавног интереса на кривично гоњење по предлогу оштећеног види: Н. Jescheck: „Lehrbuch des Strafrechts“, Берлин, 1978, стр. 722.

располаже тужбеним захтевом јавног тужиоца! Наиме, јавни тужилац не може без предлога оштећеног иницирати кривични поступак. Исто тако, повлачењем предлога за гоњење, оштећени може издејствовати обуставу покренутог кривичног поступка. Законом легитимисани утицај воље оштећеног на кривично гоњење учинилаца одређених кривичних дела, нагнао је поједине теоретичаре да оштећеног означе као својеврсног *dominus littis-a* овог вида кривичног гоњења.⁶

Законом верификованим утицајем предлога оштећеног за кривично гоњење, несумњиво се *релативизује монопол* јавног тужиоца на иницирање кривичног поступка за официјелна кривична дела. Међутим, не постоји потпуна сагласност око поимања правне природе овог института. Већински став теорије кривичног процесног права јесте, да предлог оштећеног за гоњење представља *процесноправну претпоставку* за покретање и вођење кривичног поступка. Као својеврстан захтев за кажњавање окривљеног, предлог оштећеног за гоњење условљава иницијативу јавног тужиоца, и без њега се кривични поступак не може покренути, нити одржати у току.⁷ Насупрот овом ставу, предлогу оштећеног за гоњење придаје се и материјалноправни карактер. Чињенична потпора овог гледишта заснива се на околности, да је воља државе за кажњавањем окривљеног детерминисана вољом оштећеног. Пошто, у ситуацијама, када воља једног субјекта апсолутно зависи од воље другог, тада је одлучујућа улога тог другог субјекта-оштећеног. Стога, предлог оштећеног за гоњење, није само процесноправна претпоставка, већ институт материјалног права.⁸

Предлогом оштећеног за кривично гоњење, као иницијалним актом за процесну делатност јавног тужиоца, врши се својеврсна демонополизација кривичног гоњења. Оптужни државни монопол, нарушен је околношћу, да је кривично гоњење за одређена кривична дела условљено вољом оштећеног. Стога, кривично гоњење по предлогу оштећеног представља одступање од начела *официјелности*.⁹ Чињеница да кривично гоњење зависи од воље оштећеног, нагнало је поједине теоретичаре да у тој околности виде изузетак од начела *легалитета*.¹⁰

⁶ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 111.

⁷ G. Pfeiffer (Hrsg), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, стр. 193, наведено према: Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 111. Исти став заступају и: Др Тихомир Васиљевић, *Систем...*, *op. cit.*, стр. 123; др Михајло Илић, *Кривично процесно право*, Сарајево, 1968, стр. 84; др Драго Радуловић, *Предлог за кривично гоњење*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, 1999, бр. 2, стр. 103.

⁸ Др Владимир Бајер, *Југославенско кривично процесно право*, књига друга, Загреб, 1972, стр. 177.

⁹ Више о томе види: Winfried Platzgummer, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien-New York, 1984, стр. 12; мр Снежана Циглер, *О предлогу оштећеног за гоњење*, Зборник радова са научног скупа "Постсоцијалистички модел успостављања модерне правне државе и југословенско искуство", одржаног 24.1. 1995. године у Новом Саду, стр. 163.

¹⁰ Др Станко Бејатовић, „Институт гоњења по предлогу оштећеног и предстојеће измене југословенског кривичног законодавства“, *Анали*, Београд, 1994, бр. 1-2, стр. 30.

Предлогом за кривично гоњење ограничава се начело официјелности, које је претпоставка начела легалитета кривичног гоњења. Начелом официјелности овлашћује се држава да, независно од воље оштећеног, реализује кривичноправни захтев за кажњавање окривљеног. С друге стране, начелом легалитета се надлежни државни орган (јавни тужилац) обавезује да реализује задатак, додељен држави ради сузбијања криминалитета, који проистиче из начела официјелности. Осим тога, смисао изузетака од начела официјелности и легалитета је различит. Код кривичних дела, за која се гони по предлогу оштећеног, изостанак предлога значи искључење кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног, заснованог на *вољи оштећеног*. Насупрот томе, реализацијом начела опортунитета кривичног гоњења, као генералним одступањем од начела легалитета, манифестује се непокретањем кривичног поступка на основу процене *органа гоњења* (јавног тужиоца) о нецелисходности тог чина.¹¹ Из изнетог произлази, да условљеност кривичног гоњења предлогом за гоњење представља одступање од начела официјелности.

Позитивноправним решењима српског кривичног материјалног и процесног законодавства реафирмисана је улога предлога оштећеног за гоњење. За разлику од некадашњих кривичних закона, Кривичним закоником Србије предвиђен је одређени број кривичних дела, за која се гони по предлогу оштећеног. Примера ради, овај режим кривичног гоњења прописан је за кривична дела: недозвољене полне радње (чл. 182. КЗС); принуда на обљубу, учињена према брачном другу (чл. 178); повреда моралних права аутора и интерпретатора (чл. 198. ст. 2); утаја (чл. 207. ст. 1 и 5); зеленаштво (чл. 217. ст. 1).

Кривично гоњење по предлогу оштећеног могуће је и у бројним упоредноправним системима. Овај режим кривичног гоњења заступљен је у правима Немачке, Аустрије, Холандије, Белгије, Данске, Португала, Мађарске, Пољске, Финске, и многих других земаља. Одлучујућа улога оштећеног у иницирању кривичних поступака за официјелна кривична дела оправдава се, како заштитом интереса овог субјекта, тако и порастом ефикасности кривичног правосуђа, услед смањења оптерећења судова.¹²

Француско право предвиђа могућност кривичног гоњења по предлогу оштећеног за кривична дела: клевете; увреде (чл. 48 КЗ); клеветничке изјаве у штампи; неовлашћено објављивање приватних разговора или слика (чл. 368-373 КЗ). У *грчком* законодавству, оштећени не може имати статус овлашћеног тужиоца. Жртва кривичног дела може само поднети предлог јавном тужиоцу за кривично гоњење. Уколико јавни тужилац сматра да је предлог несагласан са законом, или је нејасан, оштећени има право да од вишег тужиоца захтева покретање кривичног поступка (чл. 46. ЗКП).

¹¹ Исти став заступа и мр Снежана Циглер, „Однос начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења према другим правним начелима“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 1994, бр. 4, стр. 11.

¹² Види: мр Снежана Циглер, „О предлогу оштећеног за кривично гоњење“, *op. cit.*, стр. 164.

Законик о кривичном поступку *Финске* предвиђа могућност иницирања кривичног гоњења по предлогу оштећеног (поглавље I, чл. 2 и 16). Фински ЗКП, у члану 2. став 1, регулише начело оптужбе, и установљава кривично гоњење од стране јавног тужиоца као правило, а у ставу 2. допушта кривично гоњење по *захтеву оштећеног*, или на основу налога, или уз сагласност надлежних органа, у посебним случајевима, утврђеним законом. Члан 3. предвиђа могућност проширења оптужбе од стране јавног тужиоца на саучеснике, који нису били обухваћени захтевом оштећеног. Став 2. истог члана представља коректив у корист малолетника и лица која немају пуну пословну способност, а који се састоји у овлашћењу датом јавном тужиоцу за предузимање кривичног гоњења и у оним случајевима за које иначе није надлежен (члан 3. став 1), уколико је старатељ или законски заступник пропустио да поднесе захтев за гоњење. Иначе, поред правила да су законски заступници легитимисани на подношење захтева за гоњење у име малолетника и лица са ограниченом пословном способношћу, предвиђена је могућност да и они сами, под одређеним околностима, могу поднети захтев - за лице са ограниченом пословном способношћу, уколико је кривично дело управљено против његове имовине над којом има потпуну власт, или је кривично дело у вези са трансакцијама које је овлашћен да спроводи. Исто овлашћење дато је лицу са ограниченом пословном способношћу, које има најмање 18 година, када је кривично дело управљено према његовој личности, уколико може да схвати значај извршеног дела. Малолетник инад 15 година има паралелно право на подношење захтева за кривично гоњење са законским заступником, ако је оштећени извршењем кривичног дела против његове личности. За лица која су потпуно лишена пословне способности, за подношење захтева за гоњење једино су овлашћени старалац и тотор. Оштећени може повући захтев за гоњење, и, у том случају, он губи право на подношење захтева за гоњење за исто кривично дело (чл. 16). Ако, пак, оштећени напусти гоњење по приватној тужби, или одбије да поднесе приватну тужбу, односно да настави гоњење, губи право на гоњење по приватној тужби. Уколико је оштећени повукао захтев за гоњење, пре него што је јавни тужилац подигао оптужницу на основу захтева, јавни тужилац нема даље право на подизање оптужнице. Међутим, он има право гоњења саучесника, који нису били обухваћени захтевом за гоњење оштећеног.

Осим што се Кривичним закоником Србије прописују кривична дела, за која се гони по предлогу оштећеног, овај вид кривичног гоњења предмет је и регулативе Законика о кривичном поступку. Према одредби Законика о кривичном поступку Србије, предлог за кривично гоњење мора се поднети у року од три месеца од дана сазнања оштећеног за извршено кривично дело (чл. 53. ст. 1). Сагласно законској норми, поднета кривична пријава, или предлог за остваривање имовинскоправног захтева, сматраће се као поднети предлог за кривично гоњење (чл. 54. ст. 2. ЗКП). Снагом законске одредбе, интереси оштећеног су заштићени и у ситуацијама, када оштећени уместо предлога поднесе приватну тужбу, и обрнуто (чл. 54. ст. 3).

Процесну легитимацију за подношење предлога за кривично гоњење има и малолетник, који је навршио шеснаест година живота (чл. 55. ст. 2. ЗКП). Законским одредбама предвиђа се и могућност сукцесије у иницирању оптужне делатности јавног тужиоца предлогом за гоњење. Наиме, ако оштећени умре у року прописаном за подношење предлога за гоњење, брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној заједници трајнијег карактера, деца, родитељи, усвојеници, усвојитељи, браћа и сестре, могу, у року од три месеца по смрти оштећеног, поднети предлог, или наставити поступак (чл. 56).

Усвајањем предлога за кривично гоњење од стране јавног тужиоца, не завршава се могућност оштећеног да, *de facto*, располаже процесним захтевом. Оштећени може, до *окончања* главног претреса, одустати од предлога. Таквим поступањем оштећеног, нестала би главна процесна претпоставка за даље одвијање кривичног поступка. У ранијој кривичнопроцесној литератури, али и у савременој научној књижевности, пледира се за ограничавање могућности оштећеног да, одустанком од предлога, неутралише ефективност јавне тужбе. Саобразно тој идеји, потребно је могућност одустанка оштећеног од предлога за гоњење ограничити до *почетка* главног претреса, па чак ову могућност оштећеног везати за завршетак истраге.¹³ Чињеничну потпору овом гледишту даје и решење Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије (чл. 89). Може се констатовати да је оправдано померити моменат, до кога оштећени може фактички аутономно располагати кривичноправним захтевом државе за кажњавање окривљеног. Мора се поћи од чињенице, да, иако предлог оштећеног има одлучујућу улогу у кривичном гоњењу за поједина кривична дела, ипак се не може дозволити да се потезом оштећеног неутралише интензивна процесна делатност јавног тужиоца, као експонента државе. Почетак главног претреса, као централне фазе кривичног поступка, подразумева значајно еволуирање степена уверења о извршеном кривичном делу и учиниоцу, што је и оптимални моменат за ограничавање диспозиције оштећеног у фактичком располагању кривичноправним захтевом државе за кажњавање окривљеног.

2. ПОПУЛАРНА ТУЖБА КАО ВИД ОГРАНИЧАВАЊА МОНОПОЛА ДРЖАВЕ НА КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ

Почев од античког доба, грађанима је била правно призната могућност иницирања поступка судског одлучивања у решавању спорова. Дуго времена та могућност се испољавала у покретању поступака решавања грађанскоправних спорова. Увођење првих сталних кривичних судова у римски правни систем,

¹³ Др Михајло Чубински, Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, Београд, 1933, стр. 70. Овој идеји придружује се и: др Драго Радуловић, Предлог за кривично гоњење, *op. cit.*, стр. 107.

(*quaestiones perpetuae*), насталих Сулиним реформама, није означило и постављање јасне демаркационе линије између кривичног и грађанског поступка. Тиме није окончан процес раздвајања јавних (*delicta publica*) од приватних деликата (*delicta privatae*). Примера ради, у доба принципата, крађа је сматрана приватним деликтом, и жртва овог деликта могла је покренути грађански спор. Исто тако, жртва телесне повреде, као приватноправног деликта, једина је имала овлашћење за покретање кривичног поступка. Насупрот томе, за гоњење учинилаца јавноправних деликата били су овлашћени сви грађани. Било који грађанин могао је тужбом (*actiones populares*) покренути кривични поступак против учиниоца јавноправног деликта. Тиме је озваничен нови режим оптужења учинилаца јавноправних деликата - *accusatio publica*.

Историјски посматрано, популарна тужба настаје трансформисањем приватноправног карактера поступка против убица у јавноправни поступак. За покретање поступка против убица, у римском праву, у доба Републике, најпре, легитимацију стичу чланови породице и пријатељи. Касније, проширивањем круга лица у својству тужиоца, озваничен је систем популарне тужбе.¹⁴ Према неким ставовима, систем популарне тужбе настао је у античком грчком праву.¹⁵

Сваки грађанин и римски поданик, осим неких изузетака, могао је, у римском праву, постати тужилац. Међутим, да би стекао то својство, потребно је било одобрење претора (*delationem nominis postulare*). Уколико више грађана поднесе тужбу, тада се пред магистратом отвара дебата (*divinatio*), у којој се одлучује о титулару оптужбе. По протеклу одређеног рока, тужилац врши *delatio nominis*, у присуству магистрата и оптуженог. Тада започиње прва контрадикторна истрага (*legibus interrogare*), у којој се формулише сам оптужни акт, који потписује тужилац и лица која поткрепљују оптужбу (*subscriptio*). Потом се оптужни акт увршћује у протокол спорова, који чекају суђење. Након тога, магистрат оставља тужиоцу рок (од 10-110 дана), ради прикупљања доказа. Активност тужиоца мора бити континуирана, јер недолазак тужиоца на суђење резултирало је одбацивањем спора. На самом суђењу, тужилац је имао овлашћења на заступање оптужбе у пуном капацитету. Успех тужиоца у доказивању кривице оптуженог омогућавао је добијање одговарајуће новчане премије.¹⁶

Систем популарне тужбе егзистирао је и у раном германском праву, све до краја шеснаестог века. Статути средњовековних градова, првенствено оних на обали Јадранског мора (Венеције, Сплита, Трогира, Дубровника, Будве, итд.) садржавали су одредбе о популарној тужби. Грађани су могли подносити тужбе за јавноправне деликте, санкционисане новчаном казном, а изузетно

¹⁴ W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens*, Berlin, 1963, стр. 134.

¹⁵ G. Calhoun, *The growth of criminal law in ancient Greece*, Berkley, 1927, p. 27-71.

¹⁶ Види опширније: П. Вилемса, *Римско јавно право*, Београд, 1898, стр. 349-353.

и конфискацијом имовине. Они су, дакле, имали статус *legitimus accusator-a*. Притом су, као тужиоци, добијали половину наплаћене новчане казне. Статути појединих градова предвиђали су постојање грађана, задужених за подношење тужби против учинилаца јавноправних деликата (тзв. официјали).¹⁷

У савременом праву, популарна тужба задржала се у *енглеском* праву. Према правилима енглеског права, сваки грађанин, односно поданик Круне, има право да покрене кривични поступак. Међутим, то не значи да кривични поступак нема јавноправни карактер. Напротив, ангажовањем грађана, усмереном на кажњавање учинилаца кривичних дела, штите се јавноправни интереси. Још од почетних фаза развоја енглеског кривичног права, кривични поступак представља својеврсну парницу између Круне и окривљеног. Сама чињеница да је грађанин покренуо кривични поступак, не значи и да он располаже процесним захтевом за кажњавање окривљеног. Наиме, грађанин, као подносилац популарне тужбе, није овлашћен да са окривљеним склапа нагодбу о признању кривице (*plea bargaining*), нити, пак, може самостално одустати од гоњења. Своју намеру о одустанку од гоњења грађанин мора саопштити надлежном државном органу, који преузима кривично гоњење, и својом изјавом пред судом може издејствовати обуставу кривичног поступка.¹⁸

Демонополизација права државе да покреће поступак за кажњавање окривљеног у виду популарне тужбе не сме се претворити у легализацију арбитражног гоњења грађана. Стога и енглеско право предвиђа механизме контроле популарних тужби, с циљем спречавања злонамерних кривичних прогона. (*vexatious prosecutions*). Злонамерно покретање кривичних поступака санкционише се по правилима грађанског права о одговорности за штету, причињену неоснованим оптуживањем. Осим тога, грађанин који “без било каквог разлога” подноси тужбу, чиме покреће “злонамерна кривична гоњења”, или то чини “из навике и упорно “ (кверулант), може привремено или трајно изгубити право на подношење популарних тужби. Ту одлуку може донети Високи суд правде (*High Court of Justice*), сагласно Закону о Врховном суду (*the Supreme Court Act*), из 1981. године.

Демонополизација јавне тужбе системом популарне тужбе у енглеском праву, у све већој мери се релативизује. Најпре, за кривично гоњење учинилаца појединих кривичних дела грађани морају имати сагласност државних органа, првенствено Директора јавних гоњења (*Director of Public prosecutions*). Повећан уплив државе у област кривичног гоњења резултат је и оснивања Крунске службе кривичних гоњења (*the Crown Prosecutions Service*), на основу Закона о гоњењу кривичних дела (*Prosecutions Offences Act*) из 1985. године. За разлику од континенталног јавног тужилаштва, Крунска служба кривичних

¹⁷ О популарним тужбама у средњовековном праву види: др Јелена Даниловић, *Популарне тужбе од римског до савременог права*, Београд, 1968, стр. 138-177.

¹⁸ Давор Крапац, *Енглески казнени поступак*, Загреб, 1995, стр. 44.

гоњења не покреће кривичне поступке против окривљеног. Она је одговорна за даљи ток кривичног поступка, који је, иначе, покренула полиција. Својеврсно “подржављење” кривичног гоњења у енглеском праву огледа се и улогама других државних органа у иницирању кривичног гоњења. Реч је о правним саветницима Круне (*the Law officers of the Crown*), главном тужиоцу (*the Attorney-General*) и главном солицитору (*the Solicitor-General*)¹⁹. Ове чињенице указују да постоји тенденција редуковања улоге популарне тужбе у покретању кривичног поступка у енглеском праву. Истовремено, долази до јачања улоге државе у кривичном прогону учинилаца кривичних дела.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Поимање кривичног дела, као деликта којим се повређују или угрожавају првенствено општедруштвене вредности, исходovalo је успостављањем државног монопола у области кривичног гоњења. Улога државе на плану кривичног гоњења остварује се активношћу посебног државног органа, овлашћеног за иницирање кривичних поступака, као институционалног оквира за остваривање кривичноправне заштите друштва. У савремено доба, улога државе у кривичном гоњењу учинилаца кривичних дела остварује се делатношћу јавног тужиоца, као њеног овлашћеног експонента.

Основни постулати процесне економије налажу да се у појединим ситуацијама ограничи монопол државе на предузимање кривичног гоњења. Воља оштећеног мора бити уважена, и не сме бити потпуно неутралисана државним ексклузивизмом на плану иницирања кривичних поступака. Ова интенција остварује се заступљеношћу кривичних дела, за која се гони по предлогу оштећеног, или, пак, по приватној тужби, у многим законодавствима. Тиме се не нарушава карактер кривичних дела, као деликата којима се превасходно нарушавају друштвени интереси, али се уважава и легитимна воља лица оштећених противправним понашањем окривљених. Својеврсни трендови демонополизације кривичног гоњења у европским континенталним правним системима праћени су и релативизацијом законске обавезе јавног тужиоца на гоњење учинилаца кривичних дела (проширивањем опсега начела опортунитета). С друге стране, у енглеском праву, изворишту адверзијалног правног система, у све већој мери јачају тенденције напуштања система популарне тужбе, и јачање улоге државних органа на плану кривичног гоњења.

¹⁹ Види детаљније: Давор Крапац, *op. cit.*, стр. 45-51.

LIMITING THE STATE MONOPOLY ON CRIMINAL PROSECUTION

Summary

The conception of a criminal offence as an illegal act which primarily violates or endangers the general public values resulted in establishing the monopoly of the state in criminal prosecution. The role of the state in this field is reflected in the activity of a special public authority entitled to initiate criminal proceedings, which provides an institutional framework for exercising the criminal law protection of the society at large. In the contemporary legislations, the role of the state in the criminal prosecution of criminal offenders is exercised in the activity of the public prosecutor as the official exponent of the state.

The basis postulates of procedural economy impose the need for limiting the state monopoly in initiating criminal prosecution in specific circumstances. The freedom of choice (volition) of the injured party has to be taken into account and shall not be frustrated or counteracted by the exclusive right of the state to initiate criminal proceedings. In many legislations, this concept has been put into effect by enacting legal provisions on criminal offences whose perpetrators are subject to criminal prosecution either upon the injured party's motion to prosecute or upon a private criminal complaint. This intervention does not challenge or contravene the nature of criminal offences as illegal acts which primarily violate public interests but, as a matter of fact, takes into consideration the legitimacy of the freedom of choice (volition) of the party injured by the illicit conduct of the accused.

КРИМИНАЛИСТИЧКА ТАКТИКА ОБЕЗБЈЕЂЕЊА ЛИЧНИХ ДОКАЗА

Доц. др Урош Пена*

Апстракт: Криминалистика изучава садржину предузимања доказних радњи (истражних и радњи на главном претресу). Она разрађује тактичка и техничка упутства најоптималнијег и најефикаснијег начина њиховог спровођења, при чему се имају у виду формална ограничења и услови које прописује Закон о кривичном поступку, ради очувања права, слобода и достојанства осумњиченог и других субјеката према којима се те радње предузимају. Криминалистика изучава и закономјерности формирања исказа и његове психолошке карактеристике, како би могла да искористи та знања ради правилног организовања тактике саслушавања свједока, осумњиченог и вјештака, као и да би разрадила методе провјере и оцјене њихових исказа. Дакле, криминалистичка знања и вјештине су врло значајне и корисне приликом обезбјеђења личних доказа. Овај значај посебно долази до изражаја у кривичноправним системима у којима се примјењује тужилачки концепт истрага, у којем надлежност за покретање и вођење истраге у потпуности припада тужиоцима. То значи да би тужиоци и овлашћена службена лица (којима тужиоци повјере предузимање појединих радњи доказивања) у потпуности требали владати криминалистичким правилима предузимања радњи доказивања. У криминалистичкој пракси, ова правила (тактика) се користе (у највећем броју случајева) у обезбјеђењу материјалних доказа, док то није случај приликом обезбјеђења личних доказа. Због тога, у раду ће бити ријечи о специфичностима формирања, прикупљања и фиксирања персоналних доказа, тј. исказа који се прибављају у кривичном поступку. Мисли се на радње доказивања саслушања свједока и испитивања осумњиченог.

Кључне ријечи: криминалистичка тактика, радње доказивања, лични докази, саслушање свједока, испитивање осумњиченог, суочење, предочавање ради препознавања.

* Доц. др Урош Пена, Дирекција за координацију полицијских тијела у БиХ. Аутор је замјеник директора Дирекције за координацију полицијских тијела БиХ, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву и професор Високе школе унутрашњих послова у Бањој Луци.

УВОД

Криминалистичка дјелатност откривања, фиксирања и вредновања доказа¹ у кривичном поступку темељи се на коришћењу двије основне врсте доказа. На једној страни су персонални или лични докази, а на другој стварни или материјални. Механизми настанка, карактеристике, методе прикупљања доказне информације и њено коришћење код ових двају врста доказа, битно се разликују. Персонални докази добијају се прибављањем исказа, тј. саслушавањем свједока, осумњиченог, вјештака, спровођењем суочења и предочавањем ради препознавања. У криминалистици се под саслушавањем подразумева она дјелатност органа кривичног поступка којом се утврђују и доказују кривичноправно релевантне чињенице на основу узимања исказа и проучавања понашања испитаника.² Дакле, радње доказивања се предузимају у кривичном поступку, тј. у претходном поступку и на главном претресу, и њима се прикупљају, фиксирају и на суду изводе докази. Судска пресуда може се засновати само на доказима који су прибављени и фиксирани радњама доказивања. Радње доказивања које се предузимају у оквиру истраге, називају се и истражне радње. Предузима их тужилац у складу са нормама Закона о кривичном поступку. Тужилац, односно овлашћена лица органа унутрашњих послова врше: претресање стана просторија и лица, привремено одузимање предмета, поступају са сумњивим стварима, испитивање осумњиченог, саслушање свједока, увиђај и реконструкција, вјештачење. Овлашћена лица органа унутрашњих послова могу, уколико постоји опасност од одлагања, да привремено одузму предмет, претресу стан и лице, обаве увиђај за кривична дјела, као и да одреде потребна вјештачења која не трпе одлагање (осим обдукције и ексхумације леша). Као што је већ наведено, доказне радње се могу подијелити на оне којима се прикупљају персонални докази (саслушавање свједока, испитивање осумњиченог, суочење, предочавање ради препознавања) и на оне којима се прикупљају материјални (стварни) докази (увиђај, претресање итд.).

Резултат саслушања је исказ испитаника. У процесном праву и судској психологији, исказ се на различите начине одређује у зависности од аспеката на које се у његовој сложеној структури ставља нагласак. У процесном праву (кривичнопроцесном, грађанскопроцесном, управном поступку итд.) под исказом

¹ Доказ се може дефинисати у формалном и материјалном смислу. У формалном смислу под доказом се подразумевају радње доказивања као радње које суд врши да би формирао своје убјеђење о постојању или непостојању чињеница које могу бити од утицаја на њихову одлуку. Доказ у материјалном смислу је сваки доказни основ или разлог садржан у одређеном доказном средству који говори о истинитости неке чињенице важне за поступак. У том смислу може се закључити да се појам доказа састоји из три елемента: предмет доказа, доказни основ и доказна средства. У: Симовић, М.: *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, Бихаћ, 2009, стр. 309-310.

² Симоновић, Б., Пена У.: *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2010. стр. 173.

зом се подразумејева „изјава“ настала као резултат саслушања, коју је неко лице дало у правном поступку у својству процесног учесника и којом се утврђују чињенице значајне за примјену права. Психолошки појам исказа појављује се не само у судској психологији као форензичкој дисциплини, већ и у општој психологији одакле и потиче. С аспекта ових наука исказ представља саопштавање одређених психолошких садржаја. Он се формира тако што се нека чињеница опажа чулима, опажено се задржава памћењем и потом се запамћено саопштава.³ Психолошке основе формирања исказа су веома сложене и обухватају читав спектар процеса везаних за *опажање, памћење и репродукцију* опаженог. Сваки исказ настаје кроз ове три фазе које битно одређују његову садржину и карактеристике. Према томе, настанак исказа може се представити сљедећом формулом⁴:

$$O (\text{опажање}^5) + P (\text{памћење}^6) + R (\text{репродукција}^7) = \text{ИСКАЗ}$$

³ Аћимовић, М.: *Увод у психологију кривичног поступка*, Београд, 1977, стр. 32; Аћимовић, М.: *Судска психологија*, Београд, 1983, стр. 43; Аћимовић, М.: *Психологија злочина и суђења*, Београд, 1987, стр. 205; Roso, Z.: *Informativni razgovor i intervju*, стр. 20.

⁴ Симоновић, Б., Пена У., *op.cit.* стр. 174.

⁵ Прва фаза у формирању исказа представља опажање неког догађаја (нпр., свједок је видио извршење кривичног дјела). Опажање је сложен процес који почиње дјеловањем дражи на људска чула (чулне органе). Опажање је јединствен процес (само се ради анализе и приказивања разлаже на саставне дијелове) и *представља субјективни суд, субјективни доживљај* објективне стварности. На опажање утичу субјективни фактори (професионално искуство, несвјесни судови, закључци, ставови, предрасуде, умор, глад итд.). На опажање негативно утичу јаке емоције („у страху су велике очи“). На опажање утичу и објективни фактори. Опажање отежавају брзина одвијања догађаја, лоши метеоролошки услови, слаба видљивост, удаљеност од објекта опажања, велики број информација итд.

⁶ Памћење је други саставни стадијум у формирању исказа и састоји се у задржавању у психи личности (свједока, извршиоца кривичног дјела) опаженог и доживљеног догађаја, процеса или односа, са могућношћу присјећања, тј. накнадног призивања у свијести тих садржаја ради репродукције или њиховог препознавања. Сјећање је способност да се догађаји који су се опажали у прошлости дозову у свијест, што је претпоставка за репродукцију догађаја. Сјећање обухвата способност описивања раније опажених садржаја или њихово препознавање. Сјећањем се накнадно призивају раније опажени садржаји тако што се у свијести формирају представе сјећања (односно слике сјећања). Представе сећања о догађају који се раније опажео и које свједок описује приликом исказивања могу бити веома несигурне и подложне искривљавањима. Прво, представе сјећања су несталне и нестају из свијести, тако да свједок мора стално да улаже напор како би их поново признао. Друго, представе сјећања су дјелимичне (не обухватају цио догађај или објект) непотпуне су, имају много празнина (сиромашне су детаљима, немају оштрину опажаја). Треће, представе сјећања су статичне, без динамике, више подсећају на слику него на филм. Четврто, постоји тенденција ка мијењању и попуњавању празнина у оквиру представа сјећања у складу са логичким заокруживањем и тумачењем, личним очекивањима, мотивима, идеалној слици о себи. Види детаљније: Grassberger, R.: *Psychologie des Strafverfahrens*, стр. 56; Hellwig: *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen*, стр. 125–126; Dettenborn–Fröhlich–Szewczyk, *Forensische Psychologie*, 67; У: Водинелић, В.: *Криминалистика*, стр. 292.

⁷ У овој посљедњој фази, која представља језичку материјализацију исказа, постоји низ опасности које могу да га потпуно упропасте и обезвјере. Треба имати у виду да квалитет репродукције запамћеног садржаја зависи и од атмосфере при саслушавању свједока. Страх, узбуђење,

Потребно је нагласити да су ове три фазе кроз које пролази исказ до свог коначног формирања, веома сложене и у свакој од њих постоји много опасности и могућности да настану грешке које могу битно да утичу на његов квалитет и истинитост. Истиче се да поред тога што сваки исказ у своме формирању пролази кроз три наведене фазе, он има свој индивидуални карактер и зависи од карактеристика и стила личности која се саслушава.

Приликом прибављања исказа у кривичном поступку, неопходно је испитанику постављати питања како би испитивач (нпр., овлашћено лице органа унутрашњих послова, тужилац, судија) усмјерио комуникацију у жељеном правцу, сазнао и фиксирао чињенице које су од значаја за рјешење конкретне кривичне ствари. Питања се постављају свједоку (односно грађанину са којим се води разговор у истрази), осумњиченом и вјештаку. Приликом постављања питања треба бити веома опрезан како се не би сугестивно дјеловало на испитаника и тиме оштетило његово сјећање и правилно исказивање. Имајући то у виду, сва се питања у криминалистици могу подијелити на дозвољена и сугестивна (недозвољена). Дозвољена питања су она која се постављају према захтјевима девет златних питања криминалистике и не упућују испитаника на то какав одговор треба да пружи. Дозвољена питања не садрже у себи сугестију у погледу пружања могућих одговора, њима се само усредсређују пажња и мисаона активност испитаника на одређене теме или детаље у погледу којих се жели добити одговор⁸. Сугестивна питања су недозвољена и Законом о кривичном поступку забрањена, јер директно или индиректно упућују испитаника на то какав одговор треба да пружи, односно какав се одговор од њега очекује. Сугестивна питања су формулисана тако да директно или индиректно утичу на садржину одговора свједока. Одговарајући на ова питања свједок (саслушавани грађанин), најчешће поступа по жељи овлашћеног службеног лица органа унутрашњих послова, односно судије и не репродукује своје реалне доживљаје и запажања. Та су питања веома штетна за утврђивање истине зато што се свје-

неповјерење, умањују способност присјећања, могу да блокирају формирање асоцијација и да знатно отежавају репродукцију. Због тога треба што више прилагодити ситуацију у којој се одвија саслушавање условима оптималне и подстицајне комуникације. Штетан је бирократски, хладан, незаинтересован и одбојан однос испитивача према свједоку. Треба водити рачуна о задовољењу основних и физиолошких потреба свједока.

⁸ Дозвољена питања дијеле се на: 1) допуњујућа питања; 2) прецизирајућа питања; 3) подсјећајућа питања и 4) контролна питања. *Допуњујућа питања* имају за циљ да наведу лице да изложи неке чињенице или околности које је пропустило у свом слободном излагању. *Прецизирајућа питања* служе да се лице усмјери на поновно исказивање о неким чињеницама и околностима о којима се раније изјашњавало, али се овог пута тражи да конкретизује и објасни своје излагање. *Подсјећајућа питања* имају за циљ да помогну свједоку (осумњиченом) да се присјети околности или чињеница које је заборавио. *Контролна питања* имају сврху да се: а) провјери поузданост (вјеродостојност) исказа свједока; б) провјери исправност свједокових процјена и способност за правилно опажање; в) утврди постојање (не)досљедности у исказима (стабилност сјећања); г) провјери искреност у пружању одговора; д) утврди евентуално постојање „комплекс кривице“ код осумњиченог; и) разобличи испитаник који лаже.

доку могу сугерисати и урезати у свијести потпуно погрешни одговори, а да ни сам није свјестан да је његово сјећање фалсификовано. Уколико сјећање на неку чињеницу није сигурно, сугерисана нетачна информација замјењује оригиналну и заузима њено мјесто.⁹

САСЛУШАЊЕ СВЈЕДОКА

Саслушање свједока је доказна радња (истражна радња или радња на главном претресу) која се састоји у прибављању исказа од особе за коју се претпоставља да није извршила кривичног дјела које се истражује и да је опажала његово извршење или да су јој познате друге околности од значаја за разјашњење конкретне кривичне ствари. Саслушање свједока је сложена радња која претпоставља познавање не само процесних одредби које регулишу ову материју¹⁰, него и криминалистичке тактике и психологије. Основни кримина-

⁹ Експериментално је утврђено да се лакше остварује сугестија неправилним постављањем питања о периферним детаљима (нпр., боја одјеће, аута, али и постојање или непостојање одређеног саобраћајног знака) него о централним елементима догађаја (нпр., у вези са радњом кривичног дјела). Са протеком времена од опаженог догађаја повећава се опасност прихватања сугестије чак и у погледу централних дијелова догађаја. Види опширније: Weiner–Hess: *Handbook of Forensic Psychology*, New York, 1987, стр. 267–268.

¹⁰ Одредбама Закона о кривичном поступку прописана је *обавеза свједока да се одазове позиву тужиоца–суда* којим се од њега тражи да свједочи у одређеној кривичној ствари (члан 146, 283 ЗКП-а). За разлику од осумњиченог, *свједок је дужан да исказује и говори истину* пред судом, и не смије ништа да прећути што му је познато у вези са кривичним дјелом. Свједок ће се упозорити да је давање лажног исказа кривично дјело (члан 151, ств 2). Закон о кривичном поступку (члан 147) прописује да се у конкретном случају *не може саслушати* као свједок: 1) лице које би својим исказом повриједило дужност чувања државне, војне или службене тајне док га надлежни орган не ослободи те дужности; 2) бранилац осумњиченог, односно оптуженог, у погледу чињеница које су му постале познате у својству браниоца; 3) лице које би својим исказом повриједило дужност професионалне тајне (вјерски исповједник, новинар, адвокат, љекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне; 4) малољетно лице које с обзиром на узраст и душевну развијеност није способно схватити значај права да не мора свједочити. Поред наведених лица, *ослобођени су дужности свједочења*: брачни и ванбрачни друг осумњиченог односно оптуженог, родитељ или дијете усвојилац или усвојеник осумњиченог, односно оптуженог (члан 148). Орган који води поступак мора свједока прије саслушања упозорити да има право на ускраћивање исказа на основу поменутих одредби, што се уноси у записник. Међутим, уколико свједок ипак одлучи да свједочи, дужан је да исказује истинито. Ако су повријеђена права свједока из члана 151 ЗКП-а, или ако је исказ свједока изнуђен силом, пријетњом или другим забрањеним средством, на таквом исказу свједока не може се заснивати судска одлука, прописано је чланом 10 ЗКП-а. *Свједок ће се увијек питати одакле му је познато оно о чему свједочи* (члан 151, став 8). Од свједока ће се се захтијевати да прије свједочења положи заклетву (члан 153, став 1). Прије главног претреса, свједок може положити заклетву само ако постоји бојазан да због болести или других разлога неће моћи да дође на главни претрес. Разлог полагања заклетве навешће се у записнику. Не смију се заклинајати лица: 1) која нису пунољетна у моменту саслушања; 2) за која је доказано или за која постоји сумња да су извршила или учествовала у кривичном дјелу због којег се саслушавају, и 3) која због душевног стања не могу да схвате значај заклетве (члан 154 ЗКП-а).

листичко-тактички циљеви успјешног спровођења ове радње састоје се у успостављању међусобног повјерења и сарадње између испитивача и свједока, у подстицању и помагању свједоку да освјежи своје сјећање и вјерно саопшти своја опажања, као и у квалитетном и вјерном записничком обезбјеђењу његовог исказа. Остварење ових циљева није нимало лако, с обзиром на то да се као свједоци појављују лица која се међусобно разликују, тако да универзална правила саслушања не постоје. Задатак криминалистике је да укаже на нека основна тактичка правила која су од значаја за типске ситуације или одређене категорије свједока.

Припреме за саслушање свједока подразумевају анализу постојећих аката у вези са конкретним кривичним предметом и изучавањем доказа којима се располаже. Након анализе доказа и података о личности свједока треба приступити састављању плана саслушања. Планирање саслушања свједока, са формалне стране, представља одређивање времена, мјеста и редослиједа саслушања свједока, као и начина записничког обезбјеђења његовог исказа. Приликом планирања саслушања треба водити рачуна о томе да свједоци који треба да свједоче о истом предмету, не буду позивани у исто вријеме, како се не би сретали у чекаоници и међусобним разговором о дјелу утицали један на другог. Са суштинске, материјалне стране, планирање саслушања свједока се прије свега, састоји у дефинисању главних околности догађаја које траже разрешење. Када се дефинишу критичне околности које треба разјаснити, треба размислити која питања, којим редом и на који начин треба поставити конкретном свједоку. План саслушања мора бити гибак, са могућношћу прилагођавања конкретним околностима приликом саслушања. Корисно је скицирати и ставити на папир најважнија питања или околности које траже разрешење и евентуално уписати странице списка које су од значаја при конкретном испитивању. Ако се при саслушању свједока појављују стручна питања из подручја којима криминалиста не влада, претходно треба проучити та питања уз помоћ стручњака, а по потреби обезбиједити његову сарадњу у току саслушања. Без потребних специјалних знања не треба се упуштати у саслушање, јер је то тактички штетно.¹¹

Фазе саслушања свједока

Криминалистика познаје три фазе саслушања свједока: 1) Фаза успостављања контакта, упознавања свједока са правима и обавезама и узимање персоналних података; 2) Фаза слободног излагања свједока, и 3) Фазе постављања питања.

1) Фаза успостављања контакта, упознавања свједока са правима и обавезама и узимање персоналних података. Од успостављеног контакта, одно-

¹¹ Marković, T.: *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (Kriminalistika)*, стр. 481.

сно првог утиска, зависи судбина ове радње. У овој фази саслушање још нема формални карактер, али представља неопходну тактичку карику у правцу добијања свједоковог исказа. Успостављање контакта са свједоком почиње од његовог уласка у просторију у којој ће се спровести саслушање. Препоручљиво је да се криминалиста рукује са свједоком и представи се пуним именом и презименом. Штетан је хладан или груб, бирократски пријем свједока. Коректан и уљудан наступ при првом контакту омогућава успјешно саслушање. Основни стратегијски циљ успостављања и одржавања контакта са свједоком јесте формирање повољне атмосфере у којој ће се одвијати саслушање. Уколико је атмосфера у којој се одвија саслушање напета, а свједок застрашен, долази до опадања тачности у његовом излагању.¹² Значајан психолошки и тактички задатак саслушавања јесте успостављање повјерења са свједоком. Међутим, повјерење не значи и присност или постојање симпатија. Тактички начини успостављања контакта са свједоком заснивају се на: постављању тзв. контактних питања; разговором којим се уклањају смисаоне и емотивне баријере, односно смањује напетост; показивањем интересовања за свједока и потенцирањем важности његовог исказа. Послије успостављања контакта са свједоком, тужилац ће га упознати са законском обавезом да је дужан да говори истину и да не смије ништа да прећути. Предочиће му да је давање лажног исказа кривично дјело. Судија ће упозорити свједока да није дужан да одговара на поједина питања, ако је вјероватно да би тиме изложио себе или свог блиског сродника тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу. Ово упозорење уноси се у записник. Послије упознавања свједока са правима и обавезама, тужилац ће га питати за име и презиме, име оца, занимање, боравиште, мјесто рођења, године живота и његов однос са осумњиченим (оптуженим) и оштећеним. Свједок ће се упозорити да је дужан да до окончања поступка обавијести суд о промјени адресе или боравишта. Уколико је потребно, а најчешће јесте, тужилац ће поставити свједоку и друга питања која су значајна за упознавање његове личности, како би се процијенила његова вјеродостојност као свједока и са њим успоставила оптимална и подстицајна комуникација.

2) Фаза слободног излагања свједока. Значај слободног излагања јесте у томе што се свједоку омогућава да слободно развије своје асоцијативне везе и да без прекидања изложи све што му је о дјелу познато. Оставља му се могућност да саопшти чињенице оним редом којим их је и посматрао, у складу са својом личношћу, опажањем и способношћу вербалног изражавања.¹³ Спонтано приповиједање није под утицајем испитивача. Он само слуша без уплитања у исказ свједока. Приповиједање је сигурније од испитивања, премда му је слаба страна у томе да свједок исприча много тога безначајног. Приповиједање

¹² Weiner-Hess: *Handbook of Forensic Psychology*, стр. 271.

¹³ Експериментално је утврђено да је број грешака у спонтаном излагању знатно мањи него у исказу који је прибављен постављањем питања и потпитања. У: Hellwig, A.: *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen*, стр. 256.

има предност и у томе што се може потпуније упознати личност свједока и његов стил излагања. Према причању свједока може се закључити какав је човјек који се саслушава. Један ће говорити слободно, други збуњено, бојажљиво, па можда и опрезно. На основу приповиједања може се утврдити да ли је у питању интеллигентан, културан или припрост човјек или је можда душевни болесник.¹⁴ Треба обратити пажњу на логичност у исказивању свједока и његову симптоматску слику. На основу излагања може се наслутити да ли свједок говори истину или нешто прикрива. Приликом слободног излагања свједока, испитивач треба да води забиљешке за себе (у блоку, на одвојеном листу папира) у погледу питања која се намећу у току свједоковог излагања, да прибиљежи нејасноће и противрјечности.

3) Фаза постављања питања – ова фаза с правом се сматра најтежим делом саслушања, јер треба од свједока сазнати чињенице о којима није могао или није хтео да се изјасни у слободном излагању и при том избећи реалну опасност да се несвесно делује на фалсификовање његовог сећања начином формулисања и постављањем питања. Међутим, без обзира на све недостатке (ризике), фаза постављања питања свједоку је неопходна, с обзиром на то да он често неће ништа рећи о многим важним чињеницама уколико о њима не буде изричито питан. Питања треба да почну од потпуно безначајних чињеница које су претходиле предмету свједочења и морају да сачињавају хронолошки поредак догађаја. На тај начин спрјечава се прескакање у мишљењу и присјећању и најбрже обнавља исправно памћење. Важно је да се нађе полазна тачка која омогућава сјећање природним током догађаја. Међутим, када су у питању кривична дјела, није увијек лако утврдити како су се одвијали догађаји, да би и питања свједоцима била постављена тим редом.¹⁵ Саслушање треба почети тако што ће се свједок питати о чињеницама које су криминалисти познате из других извора, а то није познато свједоку. На тај начин може се већ на почетку провјерити искреност свједока. Треба посматрати реакције свједока приликом одговарања на питања, јер могу бити значајне приликом избора тактичког начина саслушања и процјене његове вјеродостојности. Тактички је недопустиво и крајње погрешно, када се свједоку који се поново саслушава након извјесног времена (нпр. на главном претресу) прво прочита изјава о ономе што је раније рекао, а затим се почиње саслушање питањем да ли остаје при претходно датом исказу. Задаци ове фазе саслушања су: 1) да се изврши допуна оних дијелова исказа који су непотпуни; 2) да се прецизирају неодређени дијелови излагања, и 3) да свједок изнесе контролне податке или се изјасни о пречеченим доказима како би се омогућило провјеравање и оцјењивање исказа.¹⁶

¹⁴ Žerjav, С.: *Kriminalistika*, 1986, стр. 196.

¹⁵ Психолози су експериментално утврдили, да је приликом постављања питања мање грешака у одговорима уколико се питања постављају хронолошким редом одвијања опаженог кривичног дјела, него ако се постављају произвољно скачући с једне теме на другу. Weiner–Hess: *Handbook of Forensic Psychology*, стр. 269.

¹⁶ Водинелић, В.: *Криминалистичка тактика*, Београд, 1956, стр. 356.

Саслушање појединих категорија свједока

Саслушање појединих категорија свједока подразумијева саслушање добронамјерног свједока, саслушање недобронамјерног свједока, саслушање оштећеног, саслушање дјецe и малолетних лица и саслушање старих свједока.

Саслушање добронамерног свједока има за циљ да га подстакне да вјерно изложи запамћене околности које су значајне за разјашњавање кривичног догађаја и помогне му да се присјети заборављених чињеница. Тактика саслушања темељи се на примјени метода активирања асоцијативних веза, о чему је било ријечи у дијелу текста о присјећању свједока. При саслушању добронамјерног свједока, важно је избећи међусобно неразумијевање, извршити контролу исказа и вјерно га записнички фиксирати. Треба имати у виду да исказ добронамјерних свједока није лишен грешака и нетачности. Исказ добронамјерног свједока, понекад, није ослобођен заблуда у погледу значајних околности дјела које у пракси није лако уочити и отклонити. Најзначајније категорије добронамјерних свједока су свједок очевидац и свједок који није очевидац, јер није запажао кривични догађај, већ неке друге важне околности за разјашњење кривичног дела. Најнеквалитетнија врста добронамјерних свједока су свједоци по чувењу. Свједоци по чувењу нису непосредно опажали важне чињенице које улазе у предмет свједочења, већ су о њима чули од неког другог лица. У криминалистици је неспорно да исказ свједока по чувењу нема никакву или скоро никакву доказну вриједност. Нека законодавства изричито забрањују да се исказ свједока по чувењу користи у кривичном поступку. Свједок по чувењу је у криминалистици значајан само зато што може да укаже на лице које је непосредно опажало значајне околности.

Саслушање недобронамјерних свједока (свједока који лажу) - да би се саслушао свједок од кога се очекује да може да пружи лажан исказ (постоји претпоставка о постојању заинтересованости) потребно је прво прикупити што више доказа о кривичном дјелу. Зато треба прво саслушати свједоке: од којих се може очекивати унапријед да су добронамјерни; за које се претпоставља да су имали могућности да боље запазе догађај; који могу да пруже податке о личности осумњиченог (оптуженог) и личности других свједока. Уколико су сви услови једнаки, треба прво саслушати свједоке који могу да исказују о првим фазама догађаја, како би судија стекао слику о његовом одвијању. Са скепсом треба узети у обзир исказе свједока код којих се уочава било какав однос или интерес према осумњиченом (оптуженом), оштећеном или према кривичној ствари. Саслушање треба почети тако што ће се свједок питати о околностима које су судији познате из других извора. На тај начин провјерава се истинитост исказивања свједока. Важно је утврдити мотиве због којих свједок даје лажан исказ и предузети мјере ка њиховом отклањању. Задатак криминалисте јесте да установи постојање лажног исказа, али не да би таквог свједока привео

кривичној одговорности, већ да правилном тактиком утиче на њега да измије-ни свој став и саопшти истину о ономе што му је о дјелу познато. Покретање кривичног поступка против свједока или оштећеног за давање лажног исказа, треба да буде крајња мјера.

Саслушање оштећеног - оштећени представља специфичну процесну фигуру чији се положај процесно и криминалистичко-тактички разликује од осталих свједока. С обзиром на то да је оштећени лице коме је извршењем кривичног дјела причињена имовинска, морална и физичка штета, узимање исказа од њега има двоструку функцију. Исказ оштећеног представља: а) извор сазнања о кривичном догађају, и б) средство заштите његових нарушених права и законитих интереса (има право остваривања имовинскоправног захтјева, предлагање доказа, постављање питања оптуженом, свједоцима, вјештацима, изношење примједби и објашњења у погледу исказа, право на давање приједлога, разгледање списа и доказа). Поменута двојна улога оштећеног и његовог исказа у кривичном поступку има за посљедицу значајне криминалистичко-тактичке консеквенце. Прво, оштећени улази у категорију заинтересованих свједока, што се неминовно одражава на тактику и технику обављања саслушања. Друго, приликом третирања оштећеног у поступку, треба јасно одвојити његову улогу као извора сазнања о кривичном догађају, од улоге подносиоца имовинскоправног захтјева и заштитника својих интереса који су угрожени или повријеђени кривичним дјелом. То се остварује тако што се при првом саслушању (или првим саслушањима) оштећеног, потенцира његова улога свједока који може да пружи значајне информације о кривичном дјелу, учиниоцу и обиму штете. Тек након детаљног узимања, записничког обезбјеђивања и провјеравања исказа оштећеног, треба му допустити да разгледа списе и доказе, присуствује саслушањима и испитивању осумњиченог. На тај начин смањује се опасност сугестивног дјеловања и усклађивања исказа оштећеног са другим доказима и изјавама.

Саслушање дјецe и малољетника - дјецa и млади могу бити свједоци или жртве кривичних дјела, због чега криминалистика не може да запостави и избегне изучавање тактике и технике добијања и дјечјег исказа. Прибављање исказа од дјецe и младих има специфичности које се при саслушању морају уважавати, а оне су резултат: 1) физичке и психосоцијалне неразвијености и незрелости дјетета и младог човека; 2) непостојања животног искуства; 3) екстремне сугестивности, и 4) богате фантазије, усљед које дијете не може увијек успјешно да разликује стварност од маште. Значај упознавања личности саслушаваног долази посебно до изражаја приликом саслушања ове врсте свједока. Исказ дјетета не може се априори одбацити или негирати, већ дјетету и његовом саслушању треба приступити индивидуално, уважавајући при том типичне узрасне карактеристике.

Саслушање старих свједока - Већина криминалиста и судских психолога је сагласна да старе особе, у начелу улазе у категорију непоузданих свједока. Старење изазива читав низ промјена које остављају траг на подобност старе особе да пружи квалитетно сведочење. Међутим, без обзира на ове начелне ставове, неопходно је у сваком конкретном случају имати индивидуалан приступ. Било је случајева у пракси да су старе особе дале квалитетно свједочење. На другој страни, понекад није могуће установити истину без свједочења управо ових свједока. Због тога је у сваком конкретном случају, важно утврдити психофизичку очуваност конкретног старог свједока. Важно је сазнати да ли он још увијек врши неку од социјалних функција, нпр. у погледу обављања неке пословне или радне активности (упражњава занат, бави се пољопривредним пословима, и даље се бави интелектуалним радом), да ли је ангажован у обављању неких породичних активности или то није случај.

Оцјена доказне вриједности исказа свједока

Оцјена о доказној вредности исказа свједока, доноси се примјеном двеју метода: а) анализом самог исказа, и б) упоређивањем добијеног исказа са другим доказима. Ове методе треба примјењивати кумулативно у сваком конкретном случају. Увијек и неизоставно исказ свједока треба изанализирати, провјерити и упоредити са другим доказима.¹⁷ Тек послјије тога може се процијенити његова доказана вриједност. Анализа исказа свједока заснива се на психолошкој анализи. У судској психологији формиран су критеријуми вјеродостојности, односно критеријуми реалности за провјеру исказа свједока. Уколико постоји већи број критеријума реалности у конкретном исказу свједока (најмање три) може се сматрати да је он стварно доживљен, а не да је плод маште. Када у конкретном исказу свједока не могу да се утврде критеријуми реалности (вјеродостојности), може се сматрати да је лажан. С обзиром на то да су ови критеријуми од несумњивог значаја за криминалистику и процјену исказа свједока, укратко ће бити наведени само најзначајнији: 1. Критеријуми садржинске анализе исказа 2. Критеријуми допуне исказа, константности и неконстантности исказа при поновним саслушањима свједока, 3. Хомогеност исказа свједока као критеријум вјеродостојности, 4. Критеријум објективности свједока и његовог исказа, 5. Личност свједока и његова вјеродостојност као критеријум за процјену исказа, и 6. Начин исказивања и понашање свједока при саслушању, као критеријум вјеродостојности исказа¹⁸.

¹⁷ Обавеза испитивања потпуности, истинитости и вјеродостојности исказа свједока произлази из члана 352, става 2 ЗКП-а који прописује да је суд дужан да савјесно оцјени сваки доказ појединачно и у вези са осталим доказима и да на основу такве оцјене изведе закључак да ли је нека чињеница утврђена.

¹⁸ Види детаљније: Симоновић, Б., Пена У.: *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2010. стр. 218-220.

Исказ свједока пореди се са изјавама других свједока и утврђује да ли су они међусобно сагласни. Уколико се утврди постојање противрјечности међу исказима свједока, потребно је открити њихове узроке и процијенити која се саопштења сматрају вјеродостојним. Треба разјаснити мотиве конкретног исказивања, објективне и субјективне услове опажања. Ради отклањања противрјечности у исказима свједока препоручује се суочење. Треба имати у виду да је код исказа добронамјерних свједока нормално постојање извесних одступања. Различити свједоци стављају нагласак на различите чињенице, исте чињенице интерпретирају на различите начине, све у складу са својим опажањем, интересовањима, емоционалним доживљавањем и способностима вербалног изражавања. Исказ свједока упоређује се и са исказом који је дао осумњичени (оптужени). Исказ свједока пореди се и са стварним доказима који су прикупљени увиђајем, криминалистичким експериментима и вјештачењима. Један од најсигурнијих начина провјере исказа свједока је реконструкција. Несагласност између исказа и стварног доказа налаже провјеру и једног и другог. Када се након провјере стварног доказа, потврди да је правилно утврђен и исправно протумачен, он има одлучујући значај за оцјену исказа свједока. Не могу се сматрати ваљаним доказом саопштења или фактичке чињенице које су на основу тих саопштења прибављене, уколико свједок не може да укаже на извор својих сазнања.

САСЛУШАЊЕ ОСУМЊИЧЕНОГ

Саслушање осумњиченог је радња доказивања (истражна радња или радња на главном претресу) која се састоји у прибављању исказа од осумњиченог у вези са кривичним дјелом које му се ставља на терет. Исказ осумњиченог представља извор доказа, средство разобличења његове кривице и средство заштите од неоснованог окривљења. Циљеви саслушања осумњиченог су предочавање окривљења и пружање могућности за одбрану, као и разјашњавање субјективних и објективних околности дјела, како би се могли потврдити или одбацити наводи оптужбе против осумњиченог лица. Саслушање је сложена радња у тактичком и психолошком погледу и представља кривичнопроцесним законом регулисани однос криминалисте (тужиоца, судије у већу) према осумњиченом, како би га навео на давање истинитог признања или на сарадњу у погледу прикупљања доказа који иду у прилог његове невиности. Саслушање осумњиченог треба спроводити са стриктним поштовањем законских прописа¹⁹ и у исто време активно, примјењујући тактичке начине с циљем добијања

¹⁹ Уставним прописима и одредбама Закона о кривичном поступку загарантовано је право осумњиченог на одбрану, из којег произлази право да ангажује браниоца при првом саслушању; право да му се остави вријеме за припремање одбране; право да буде саслушан и право да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете; право да предложи доказе своје одбране и присуствује извођењу других процесних радњи. На другој страни, прописана је обавеза суда да са једнаком пажњом испитује и утврђује како чињенице које терете осумњиченог, тако и оне које

истинитог исказа.

Саслушање осумњиченог је изузетно сложена и обавезујућа радња са израженим конфликтним карактером (који је прикривен или изражен) и због тога треба озбиљно приступити припремама. Припремање за саслушање осумњиченог обухвата: анализу постојећих аката у погледу конкретног кривичног предмета, тј. изучавање доказа којима се располаже. Тужилац - судија мора да изучи документацију са увиђаја, постојеће изјаве, проанализира постојећа вјештачења и фотодокументацију, добро се упозна са свим постојећим доказима у конкретном случају. Ако је осумњичени раније дао изјаву, треба је неизоставно проучити. Тужилац - судија треба себи да скицира бројеве страница у доказном материјалу у вези са чињеницама о којима треба да саслуша осумњиченог. Значајно је да тужилац - судија прибави, прије свега информације о криминалној прошлости осумњиченог, затим о његовом социјалном положају, животним навикама, интересовањима, психичким и карактерним особинама. Ове чињенице прибављају се из истражних аката, криминалистичких и других евиденција, од колега које су имале контакт са осумњиченим, од разних институција, Интерпола, из оперативних извора (коришћењем информаната, односно информатора). Упознавање личности осумњиченог потребно је да би се: успоставио контакт са њим; процијенио и разумио његов однос са другим учесницима у дјелу; установили мотиви извршења дјела; правилно изабрала тактика саслушања.

Након анализе доказа којима се располаже и прибављања података о личности осумњиченог, треба приступити састављању плана саслушања. Са суштинске, материјалне стране, планирање саслушања осумњиченог садржи: 1) одређивање околности које је неопходно разјаснити при саслушању; 2) дефинисање чињеница којима се располаже пред саслушање (уочити и скицирати нејасна и критична мјеста и околности); 3) размишљање о критичним питањима која треба поставити, о начину њихове формулације и моменту постављања; 4) размислити о могућим тактичким начинима саслушања које би у конкретном случају требало примјенити; 5) планирати које доказе, којим редослиједом и на који начин треба предочити осумњиченом приликом саслушања. План саслушања треба да представља нацрт провјере различитих верзија у погледу

му иду у корист (члан 14). Када се осумњичени први пут саслушава, затражиће се од њега да изнесе своје личне податке, поучиће се да је дужан да се одазове позиву и да одмах саопшти сваку промјену адресе или намјеру да промијени боравиште. Осумњиченом ће се саопштити право да прије првог саслушања може узети браниоца и да бранилац може присуствовати његовом саслушању. Он ће се упозорити да све што изјави може бити употребљено против њега као доказ. Такође ће се на првом саслушању осумњиченом саопштити зашто се окривљује, основи сумње који постоје против њега, да није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања, па ће се позвати да, ако то жели, изнесе своју одбрану. Осумњичени има право да у току истраге разматра списе и разгледа прибављене предмете који му иду у корист, осим оних чије би откривање довело у опасност циљ истраге. Осумњичени се саслушава усмено. Осумњичени има право да се при саслушању користи својим биљешкама. Према осумњиченом се не смију употребити сила, пријетња, превара, наркотици или друга средства која могу утицати на слободу одлучивања и изражавања воље приликом давања изјаве или признања (члан 142).

свих чињеница и околности кривичног дјела. Када има више осумњичених, треба правилно одредити редослијед њиховог саслушања, са циљем да искази претходно саслушаних максимално помогну при увећању обима утврђених доказа, који би се потом искористили при саслушању осталих. У начелу, цјелиходно је претходно саслушати: 1) оне осумњичене који према мишљењу криминалисте дају истинит исказ; који имају позитивне особине личности; оне који су играли другостепену улогу при извршењу дјела; оне којима је запрећена блажа казна; и оне који су заинтересовани да немају исти третман и положај као осумњичени који су имали активнију улогу у извршењу дјела; 2) прво треба саслушати осумњичене у односу на чију виност постоје јачи докази и оне који су спремнији да дају истинит исказ, и 3) при свим другим једнаким условима, најприје треба саслушати осумњичене који могу да пруже податке о личности других осумњичених, о њиховим психичким својствима и везама итд.

Облици испољавања исказа осумњиченог

Исказ осумњиченог може да се огледа кроз давање лажног исказа (лаж осумњиченог и оптуженог), ђутање осумњиченог, порицање осумњиченог и признање осумњиченог.

Лаж осумњиченог и оптуженог се често среће у кривичном поступку (у истрази и на главном претресу).²⁰ Лаж је свјесно и намјерно изношење неистинитог исказа осумњиченог с циљем да се криминалиста доведе у заблуду у вези са одређеним чињеницама или догађајем у цјелини. Суштина лагања се састоји у намјери обмањивања, довођења у заблуду или одржавања у њој. Лаж садржи три елемента: преварну намјеру; измишљену садржину, за коју је лажов свјестан да је нетачна и свијест о правом стању ствари које он хоће да прикрије посредством производа властите фантазије.²¹ Лаж се може састојати у оповргавању сумње за извршено дјело тако што ће осумњичени износити неистините аргументе којима ће настојати да постојећу сумњу разори или уздрма. Осумњичени често примјеном лажи не оспорава извршење дјела у цијелости, већ само најтеже основе сумње и тиме настоји да умањи свој допринос у његовом настанку. Већина осумњичених (оних који нису потпуно без осјећаја кривице) имају потребу да примјеном лажи своје понашање прикажу у што повољнијем свјетлу за њих.²² Садржинска страна лажи определијелена је мотивима (узроцима) који

²⁰ Лаж је саставни и неизбјежни дио живота. Од циљане лажи која се среће у форензичкој пракси, треба разликовати фанатичну лаж душевних болесника у ужем и ширем смислу и велику масу конвенционалних лажи из свакодневног живота (нпр., лаж у маркетингу, политици, лаж љекара којом хоће да заштити неизлечивог болесника).

²¹ Водинелић, В.: *Лаж окривљеног као доказ у кривичном поступку*, Правни живот, број 3/1962, стр. 4.

²² Готово је правило да кривац уобличава своју одбрану помоћу форензичке лажи. Централна и најкрупнија лаж у његовој одбрани јесте порицање чињенице да је он учинио (евентуално да

су условили појаву лажи, способностима човјека, његовим индивидуалним искуством, а такође и степеном информисаности о чињеницама од којих се лаж формирала. Криминалистички посматрано, изношење лажног исказа има велики значај за утврђивање истине. У основи, лажан исказ је бољи него никакав. Са лажним исказом криминалиста (оперативац, судија) налази се на половини пута до утврђивања истине. Лажан исказ се може побједити и представља заобилазни пут за долажење до истине. Лаж осумњиченог може да буде дјелимична и потпуна. Потпуна лаж се састоји у измишљању и саопштавању непостојећег чињеничног стања. У таквим случајевима цијела конструкција осумњиченог је лажна. Она се ријетко среће и лако се разобличава. У пракси је много чешћа дјелимична лаж осумњиченог. Дјелимична лаж се састоји у: испуштању (искључењу појединих елемената догађаја); допуњавању догађаја и факата измишљеним елементима; попуњавању догађаја постојећим елементима, али који не припадају истраживаном чињеничном склопу; замјени појединих елемената догађаја измишљеним детаљима; замјени појединих елемената реалним детаљима, али који нису постојали у конкретном случају. Лаж се може односити на поједине чињенице или групу (комплекс) околности.²³

Ћутање осумњиченог - постоје двије могуће стратегије одбране осумњиченог: прва је активно излагање, упуштање у испитивање, а друга – порицање или ћутање без упуштања у логички и психолошки двобој. С аспекта интереса кривца који жели да прикрије дјело, друга тактика је логички посматрано перспективнија. Међутим, она се у пракси ријетко среће и осумњичени прије или касније даје исказ (лажан или истинит). Невино осумњичени се по правилу не брани ћутањем, јер је за њега права одбрана упуштање у анализу доказа и њихово оповргавање. Стварни извршилац који не жели да призна кривично дјело, настоји у складу с тим, да се понаша као невино лице, па према томе нужно мо-

је кривично дјело уопште учињено). Уколико признаје да је извршио дјело, обично ће порицати, прикривати, уљепшавати истински мотив дјела, облик виности, квалификацију дјела итд. Водинелић, В.: *Лаж окривљеног као доказ у кривичном поступку*, Правни живот, број 3/1962, стр. 4.

²³ Доношење суда о доказној вредности лажи осумњиченог је веома сложено питање у вези са којим у судској пракси постоји велики број предрасуда. Изјаву осумњиченог не треба саму по себи и саму за себе вредновати као лажну или истиниту, већ је треба прво упоредити са другим доказима. У криминалистици се истиче да није исправно када се једна изјава осумњиченог унапријед узима као лаж, прије него што се провјери њена истинитост, као што је грешка када изјаву осумњиченог која нам се чини вјеродостојном проглашавамо истинитом. Било је случајева у пракси да се једна изјава осумњиченог процијени као невјеродостојна, односно лажна, а тек касније се утврди да је била истинита. Тек када се упоређивањем са другим доказима утврди неистинитост навода осумњиченог, потребно је разматрати питање доказне вриједности његовог лажног исказа. Лаж осумњиченог сама по себи и сама за себе није ништа друго него оријентационо-елиминациона индиција, дакле у том тренутку без доказне снаге и правне вриједности, све док се та лаж не уклопи у систем непосредних и посредних доказа који разоткривају осумњиченог као учиниоца. Тек у систему доказа та лаж постаје и сама индиција са правним значењем. Тада се она јавља као индиција психичког дјеловања кривичног дјела на учиниоца. Водинелић, В.: *Доказна вриједност порицања у кривичном поступку*, ЈРКК, број 1/1987, стр. 72; Водинелић, В.: *Лаж окривљеног као доказ у кривичном поступку*, Правни живот, број 3/1962, стр. 12.

ра да се брани активно. Слично, као што огромна већина извршилаца не одбија полиграфско тестирање, мада зна да тиме може бити откривена њихова лаж (зато што морају да симулирају невина лица која прихватају ову врсту испитивања), и највећи проценат осумњичених не одређује се за ћутање као перспективан начин одбране. Мора се оштро разликовати генерално и дјелимично ћутање осумњиченог. У случају повременог ћутања, владајуће учење сматра да ускраћивање исказа на поједина питања подлеже слободној судској оцјени, те може бити третирано као индиција кривње. Такво понашање осумњиченог може, у склопу осталих индиција (и непосредних доказа) да служи против њега.²⁴ Криминалистички и психолошки гледано, много је већа енигма генерално ћутање осумњиченог. Уколико одбија да успостави контакт, пружи исказ и одговара на постављена питања, вјештина криминалисте се огледа у томе да таквог осумњиченог наведе на давање исказа. Осумњиченом који се брани ћутањем треба јасно предочити да, уколико је невин, такво понашање није у његовом интересу, јер може се догодити да због тога не буду утврђени докази који му иду у прилог. Треба имати у виду да генерално ћутање може проистећи из мазохистичких склоности, неурозе или душевне болести, тако да ако се не успостави контакт са осумњиченим, треба наложити психијатријско вјештачење.

Порицање осумњиченог је самоодбрамбено понашање осумњиченог којим он негира наводе оптужбе. Представља вид законом загарантованог права на одбрану осумњиченог и због тога га треба увијек најозбиљније узети у разматрање и детаљно провјерити. Порицање у кривичном поступку се може подијелити на: аргументовано и неаргументовано порицање; на потпуно порицање и дјелимично порицање; на сигурно (упорно, досљедно) и несигурно (недосљедно) порицање. Аргументовано порицање има велику вриједност с обзиром на то да осумњичени излаже чињенице и противуаргументе којима обара или доводи под сумњу оптужбу. Осумњичени наводи алиби позивајући се на свједоке, износи чињенице, предлаже извођење доказа или вјештачења, пориче да је извршио кривично дјело и наводи верзије којима објашњава његов настанак, позива се на свој пређашњи живот или друштвени положај, негира посједовање мотива за извршење конкретног кривичног дјела итд. Под неаргументованим порицањем подразумијева се просто негирање извршења кривичног дјела без навођења чињеница и доказа којима би се његова одбрана поткријепила. Када осумњичени пориче дјело или поједине околности дјела, од њега треба тражити да саопшти конкретне чињенице или свједоке са којима би се његова одбрана могла провјерити. Уколико осумњичени то не жели или то није у стању, таквим начином одбране не доказује тезу коју заступа. Неаргументовано порицање представља индицију виности и најчешће се среће код стварног извршиоца кривичног дјела. Међутим, проблем је у томе што неаргументовано порицање не може да се сматра директним (непосредним) доказом виности, с обзиром на то да је могуће да се и невино осумњичени који је неин-

²⁴ Водинелић, В.: *Доказна вриједност порицања у кривичном поступку*, ЈРКК, број 1/1987, стр. 66.

телигентан, смушен или уколико не жели да изнесе аргументе своје одбране, како би прикрио неку личну тајну, брани на тај начин.

Признање осумњиченог - под признањем се подразумејива изјава којом осумњичени терети себе за извршење кривичног дјела, односно дјелимично или потпуно прихвата наводе оптужбе којима се означава као учинилац. Признање је један од најспорнијих доказа у кривичном поступку према коме у судској пракси и науци постоји доста предрасуда и екстремних тумачења. На једној страни, признање се некада прецењивало, сматрало се идеалним доказом, краљицом доказа (*regina probationum*) и сви напори су били усмјерени ка његовом добијању, што се сматрало циљем доказивања. На другој страни, услед судских заблуда које су условљене неистинитим признањима, оно се потпуно омаловажавало. Као и обично, истина је негдје на средини. Суштина признања је откривање тајне, тј. оних чињеница у вези са кривичним дјелом које нису биле познате оном коме су саопштене. Добивањем признања у кривичном поступку, поступак доказивања и прикупљања доказа се не завршава, већ једино доспијева у нову фазу. Признање пружа нов подстицај у доказивању кривичног дјела. На основу садржаја признања прикупљају се даље други докази којима се провјеравају његова заснованост и истинитост. Закон о кривичном поступку прописао је да и када осумњичени признаје извршење кривичног дјела, орган који води поступак дужан је да и даље прикупља доказе о кривичном дјелу, само ако је признање очигледно лажно, непотпуно, противрјечно или нејасно и ако није поткријељено другим доказима. У ЗКП-у је прописано да признање осумњиченог на главном претресу ослобађа суд дужности да изводи друге доказе, осим у случају прописаним законом и када су у питању докази од којих зависи врста и мјера кривичне санкције.

Признање се мора третирати као сваки други доказ и неизоставно треба провјерити његову истинитост. Има доказну вриједност само оно признање којим се саопштавају чињенице које обухватају цјелину кривичног дјела (припремање, извршење, прикривање), објективне околности (начин извршења, средство извршења, корист остварена дјелом и могућности њиховог проналажења) и субјективне факторе који су допринијели његовом настанку (мотив извршења, конкретни повод, личност извршиоца). У криминалистици и доказној теорији се истиче да има доказну вриједност само оно признање које садржи детаље који могу бити познати само учиниоцу и који се подударају са другим утврђеним чињеницама и доказима. Значајну доказну вриједност има признање које представља одавање тајне. Када се признање састоји само у томе да осумњичени допусти постојање предочених чињеница, оно нема никакву доказну снагу. Заснованост овог става нарочито долази до изражаја приликом вредновања порицања признања. Доказна вриједност признања је у томе што (по правилу) једино кривац може да пружи податке о скоро свим појединостима кривичног дјела. Због тога признање има највећу вриједност за откривање, утврђивање и провјеравање других доказа.

ЗАПИСНИЧКО ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ ИСКАЗА

Записник о прибављању исказа је процесни документ који одражава ток и резултат процесне радње саслушања свједока или осумњиченог и служи као извор података о ономе што је у вези са кривичним догађајем лице опажало или чинило и пред судом о томе саопштило. Записник је документ о поштовању права особа од којих је исказ прибављен, као и о поступању приликом добијања изјаве у складу са одредбама Закона о кривичном поступку. Важност и значај записника потребно је увијек имати у виду, јер и најбоље спроведено саслушање остаје безвриједно ако није адекватно регистровано.²⁵

Класични писани записник могуће је сачинити на три начина: 1) може да се саставља упоредо са давањем исказа, када свједок (осумњичени) изговори реченицу, она се уноси у записник. Његова добра страна је у томе што се све записнички биљежи. Међутим, овај начин вођења записника има многобројне мане због тога што се лице које даје исказ стално прекида у излагању и тиме се нарушава ток његових мисаоних асоцијација, ремети се присјећање и исказивање. Лицу које даје лажан исказ овакво вођење записника омогућава да додатно размишља о своме излагању, усклади га и отклони противрјечности; 2) након саслушања исказа у цијелости, тужилац сачињава записник. Овај начин биљежења исказа захтијева велике меморијске способности судије. Уношењем исказа у записник након излагања свједока или осумњиченог, не нарушава се континуитет излагања, али овај начин није поуздан зато што тужилац неминуно заборавља читав низ детаља који могу да буду од значаја за оцјену исказа или пресуђење дјела. Такође се исказ уопштава и поједностављује, и 3) записник се саставља по сегментима. Када се прибави исказ, у погледу једног повезаног скупа чињеница и околности, он се уноси у записник. Овај метод вођења записника се најчешће примјењује у пракси и представља комбинацију претходна два начина.

Записник треба да буде објективан, тј. да садржи управо оно што је исказивало лице од кога је исказ узет. Поједини криминалисти истичу да евидентирање исказа представља процес превођења усмене ријечи у писмену. Записник треба да одрази индивидуалност и личност лица које је дало исказ. Записник треба да буде написан тако да онај ко га чита може јасно да представи шта је видио, слушао и преживљавао саслушавани и како је он о томе исказивао судији. Наш ЗКП прописује у члану 144 да се исказ уноси у записник у облику приповиједања, а постављена питања и одговори на њих навешће се само када је потребно. Већина криминалиста сматра да је наше законско рјешење, по коме се питања и одговори уносе изузетно (а не по правилу), у основи погрешно. Залажемо се за став да поменуте законске норме треба тумачити широко и на-

²⁵ Алексић, Ж.: *Научно откривање злочина*, Београд, 1972, стр. 145; Алексић–Миловановић: *Криминалистика*, стр. 155.

стојати да се што чешће у записнику дословно наведу питања и добијени одговори. Треба се посебно држати овог упутства приликом предочавања доказа и прибављања признања. Записник треба тачно, јасно и вјерно да репродукује исказ. Превођење исказа на књижевну или правничку терминологију неминовно доводи до искривљавања садржаја исказа. Употреба ријечи и израза који нису својствени саслушаваном може учинити да он на суду порекне исказ који је раније дао. Записник мора да покаже аутентичност исказа и слободну вољу при саопштавању. Због тога се препоручује да се значајне изјаве унесу у записник на више различитих мјеста. Такав поступак чини неујвјерљивим касније изговоре саслушаваног да је ријеч о неспоразуму, јер су његове изјаве погрешно забиљежене. Свједоку и осумњиченом треба дозволити да даје примедбе на записник и исправља оно што је рекао и што је наведено у њему. Исправке у записнику повећавају његову доказну вриједност, јер указују на озбиљност при састављању. Записнику треба приложити скицу или шему коју је сачинио саслушавани како би појаснио своје излагање.

Криминалисти препоручују да се о важним реакцијама и владању осумњиченог у току прибављања исказа воде посебне биљешке, које се касније могу повезати са записником и његовим појединим дијеловима (са знаском странице на коју се односе). У биљешци се могу навести подаци који су неопходни за: процјену вјеродостојности исказа (на примјер, детаљисање исказа, оригиналност, структура исказа); карактеристична понашања (симптоматска слика, испољавање емоција); начин одговарања на постављена питања (нпр. спонтано или уз велико инсистирање судије); (не)постојање спремности за сарадњу; евентуалне сумње у душевно здравље итд. Криминалисти наводе да класични писани записник има многобројне недостатке који озбиљно отежавају или угрожавају фиксирање и обезбјеђење читавог низа значајних информација, тако да се квалитет персоналних доказа усљед тога у великој мјери смањује. Најчешће се наводе следећи недостаци писаног записника: постоје суштинске разлике између усмене и писане ријечи; исказ се не биљежи вјерно, већ тужилац преводи живо исказивање свједока (осумњиченог) на бирократски правнички или књижевни језик; исказ се мијења, дотјерује приликом уношења у записник; приликом уношења у записник, исказ се осиромашује; настанак исказа се превиђа (изоставља); садржај постављеног питања и примедбе испитивача не уносе се у записник; исказ се поједностављује тако да свједок више не може у таквом исказу да препозна своје излагање; слободно излагање и одговори на постављена питања се диктирањем записника прекидају.

Тонско обезбјеђивање исказа представља неопходни минимум за квалитетно фиксирање тока и резултата саслушања свједока и осумњиченог. Класични, писани записник, у начелу је недовољан. Оптимум представља аудио-визуелно регистровање изјава узетих у кривичном поступку. Према нашем ЗКП-у, писмени записник је обавезно средство регистровања процесних рад-

њи, а технички снимци могу представљати само његову допуну. Због тога ће се у записнику о саслушању унијети подаци да је обављено тонско снимање, ко је снимање извршио, уз обавезно констатовање да је лице које је саслушано претходно било обавијештено о снимању, те о репродуковању снимка, након завршеног саслушања. У записник се такође уноси биљешка о мјесту чувања магнетофонске траке (или другог носача звука) уколико није приложена са списима предмета. Магнетофонска трака се чува у суду све док се чува и кривични спис, а тужилац може дозволити лицу које има оправдан интерес да тонски снимци извођење ове истражне радње.²⁶ И магнетофонски запис треба да садржи податке о мјесту, датуму, времену почетка и завршетка саслушања, личне податке о саслушаваном и друге чињенице које ЗКП предвиђа за записник. Предности тонског биљежења исказа у односу на писани записник јесу: запис (најчешће магнетофонски) обезбјеђује дословно биљежење садржаја исказа, јер обухвата цјелокупну информацију коју је лице саопштило; овакво вођење записника омогућава да се провјери не само фактичка страна исказа, него да се уочи психичко стање саслушаваног, тј. сигурност у излагању, постојање форензичке збуњености, плач, подрхтавање гласа итд; вијеће које на главном претресу разматра предмет, може на основу магнетофонског снимка са саслушања добити непосреднији увид у ток истраге, поступање с осумњиченим, у постављена питања и дате одговоре, него што се то добија из најпотпунијег записника; тужилац се може потпуно посветити прибављању исказа, без бојазни да ће неки дио изоставити или заборавити; магнетофонски записник обавезује судију да што квалитетније прибави исказ и да се боље припреми; преслушавање исказа са магнетофонске траке помаже судији да овлада вјештином прибављања исказа; тонски запис има и тактичко значење, јер разоткрива лица која дају лажан исказ; тонским регистровањем исказа се боље него код класичног записника, могу видјети методе које су примијењене приликом његовог прибављања. Недостатке које садржи звучни запис у потпуности отклања видео-снимак. Примјеном овог начина регистровања исказа могу се уочити и сви невербални знаци који се испољавају приликом исказивања, на примјер, покрети тијела или фацијална експресија. Њихово вредновање за процјену вјеродостојности исказа је непроцјењиво. Помоћу видео-записа могуће је вјерно и објективно забиљежити све околности везане за прибављање исказа. Филмско снимање повећава увјерљивост доказане радње, максимално се остварују принципи непосредности и објективности. Обезбјеђивање исказа видео-камером значајно је и за уочавање грешака, анализу тактике и резултата који су остварени у конкретном случају. Прибављање исказа видео-записом значајно је и за вјежбање и обуку младих кадрова. Сматра се да је примјена овог техничког средства препоручљива у сљедећим случајевима: увијек када се укаже потреба за обезбјеђењем исказа примјеном магнетофона, боље је такав исказ забиљежити примјеном аудио-визуелне технике; уколико је важно приказати

²⁶ Алексић–Шкулић: *Криминалистика*, Београд, 1997, стр. 227.

услове у којима се одвија прибављање исказа, битних за његову исправну оцјену; искази глувонијемих лица добијају се уз помоћ тумача. Корисно је снимати њихово прибављање видео-камером како би се касније, у случају потребе, исказ могао провјерити и уколико се исказ од осумњиченог добија приликом реконструкције на лицу мјеста, снимање видео-техником је корисно.

Видео-акустичко обезбјеђење исказа пред полицијом и судом је записник будућности.²⁷

ЗАКЉУЧАК

Саслушање свједока и испитивање осумњиченог, као радње доказивања, представљају неспорна доказна средства у кривичном поступку, којима се обезбјеђују лични докази. У пракси постоје случајеви када се управо овим доказима (а посебно исказом осумњиченог – нпр. признањем), у недостатку других доказа, заснивају судске пресуде. У сваком случају, ове радње представљају саставни дио доказног материјала који се користи у кривичном поступку. Због тога, ове радње морају бити не само предузете у складу са законом (начелно легалитета), већ и у складу са општеприхваћеним криминалистичким стандардима. Дакле, када се ове радње доказивања предузимају под условима и на начин прописан законом (формална страна), онда се морају предузимати и у складу са криминалистичким правилима, како би докази прикупљени на тај начин били, с једне стране правно дозвољени, а, са друге стране, суштински квалитетни како би могли бити коришћени у кривичном поступку. С тим у вези, говоримо о синергији кривичноправних правила и криминалистичких стандарда. Ово је лице и наличје предузимања ових радњи доказивања (али и осталих). У противном, можемо имати законито предузете радње доказивања, али суштински неквалитетне, нпр. испитивање осумњиченог по правилима кривичног поступка, без коришћења криминалистичке тактике, дефинитивно неће довести до квалитетног личног доказа, на којем ће бити могуће засновати судску пресуду. Због тога је неопходно примјењивати правила криминалистике приликом предузимања радњи доказивања, односно специфичностима формирања, прикупљања и фиксирања персоналних доказа, тј. исказа који се прибављају у кривичном поступку

²⁷ За шира разматрања тонског и аудио-визуелног обезбјеђења исказа препоручујемо књигу проф. др Живојина Алексића: *Научно откривање злочина*, која је још увијек актуелна и савремена (мада је објављена 1972). Посебно указујемо на вриједност изванредних примјера из судске праксе који су наведени у овој књизи.

ЛИТЕРАТУРА

1. Алексић, Ж.: *Научно откривање злочина*, Београд, 1972
2. Алексић, Ж., Шкулић, М.: *Криминалистика*, Београд, 1997
3. Аћимовић, М.: *Психологија злочина и суђења*, Београд, 1987.
4. Водинелић, В.: *Криминалистика*, Београд, 1985.
5. Водинелић, В.: *Лаж окривљеног као доказ у кривичном поступку*, Правни живот, број 3/1962.
6. Водинелић, В.: *Доказна вредност порицања у кривичном поступку*, ЈРКК, број 1/1987.
7. Marković, T.: *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (Kriminalistika)*.
8. Симовић, М.: *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, Бихаћ, 2009.
9. Симоновић, Б., Пена У.: *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2010.
10. Симоновић, Б.: *Криминалистика*, Правни факултет у Крагујевцу, Графолик, Београд, 2004.
11. Žeđav, S.: *Kriminalistika*, Љубљана, 1986.
12. Weiner–Hess: *Handbook of Forensic Psychology*, New York, 1987.

КОРИШЋЕЊЕ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ У ИСТРАГАМА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА – КРИТИЧКИ ОСВРТ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И БИХ

Доц. др Миле Шикман*

Апстракт: *Коришћење посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела представља значајан допринос укупном супротстављању криминалитету, а посебно оним његовим најтежим облицима, као што су организовани криминал, тероризам, и друго. Међутим, иако се код нас (Република Српска и БиХ) примјењују од 2003. године, постоје многобројне, како теоријске, тако и практичне дилеме, као и нека неријешена питања која су од битног значаја за примјену посебних истражних радњи. Посебно је забрињавајуће што ови проблеми могу утицати на ефикасност коришћења посебних истражних радњи у истрази, али и на друге консеквенце везане за њихово коришћење у сузбијању криминалитета (нпр. ограничавање коришћења појединих радњи). Генерално посматрано, можемо говорити о три групе проблема који су нарочито изражени у примјени посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела: прво, законски оквир регулисања посебних истражних радњи, с обзиром да су поједина законска рјешења недовољно прецизно наведена, при чему и даље постоје одређене нејасноће и недоречености. Поред тога, подзаконски оквир регулисања коришћења посебних истражних радњи поприлично је ограничен или уопште не постоји (правилници, упутства, инструкције, итд.), што значајно доприноси овом проблему; друго, предимензионирано коришћење појединих посебних истражних радњи (нпр. тајни надзор и техничко снимање телекомуникација), уз истовремено некоришћење других мјера и радњи које могу бити врло корисне, као што је рачунарско сравање података. Слично томе, поређење се може направити код коришћења прикривеног истражитеља и информатора, при чему се прикривени истражитељ чешиће користи у односу на информатора као посебне истражне радње, што нема ни логике нити оправдања, будући да коришћење информатора представља далеко једноставнију радњу за примјену,*

* Доц. др Миле Шикман, Управа за полицијско образовање МУП-а Републике Српске, Бања Лука

при чему су наша искуства далеко већа у раду са информаторима, него са прикривеним истражитељима. Такође, код ове групе проблема до изражаја долазе и питања навођења на кривично дјело приликом предузимања појединих посебних истражних радњи (нпр. прикривени истражитељ, симуловани правни послови), односно заштита од навођења на кривично дјело; треће, могућност коришћења доказа прибављених примјеном посебних истражних радњи, је врло често оптерећена сумњом на битне повреде одредаба кривичног поступка, били да су докази прибављени на незаконит начин или докази који проишле из незаконитог доказа (плод труле воћке).

Кључне ријечи: посебне истражне радње, истрага, докази, закон о кривичном поступку.

УВОД

Општеприхваћено је теоријско мишљење и практични став (као и криминално-политичко опредјељење), да се примјеном “традиционалних” криминалистичких метода, односно оперативно-тактичких и истражних радњи у откривању и истрази кривичних дјела организованог криминалитета не могу постићи очекивани резултати. С друге стране, савремени облици организованог криминала представљају реалност и пријетњу безбједности заједнице, правне државе и људских права и слобода. Због тога се указује на неопходност институционализовања и примјењивања савремених метода откривања и истраге кривичних дјела организованог криминалитета. Наиме, полазна претпоставка кривичнопроцесног законодавства јесте да су класичне методе откривања и доказивања кривичних дјела, путем редовног (општег) кривичног поступка, недовољне и неефикасне, када је ријеч о организованом и тешком криминалитету.¹ Дакле, примјена посебних истражних радњи је оправдана и нужна (легитимна), односно битна компонента за ефикасну др-

¹ Због тога се јавља, као неминовност, њихова допуна и замјена новим методима које се односе на коришћење прикривених операција, односно ради се о неопходности примјене метода које, поред осталог, омогућавају тајност дјеловања и надзирања организованог криминалитета. У суштини, та посебна процесна правила и методе карактерише давање специфичних, ширих овлашћења полицији и органима правосуђа у поступку ислеђивања кривичних дјела организованог криминалитета. Најчешће се под овим мјерама подразумева: електронски надзор телекомуникација и снимање телефонских и других разговора, тајне опсервације активности и комуницирања лица (тајно фотографисање и визуелно снимање) на јавним мјестима или отвореним просторима или у приватним просторијама, употреба прикривених истражитеља (прикривене операције), симулирани правни послови (симулирана куповина и симулирано давање откупнине), надзирање испорука предмета, “пребацавање” терета доказивања на осумњиченог, односно оптуженог у поступку одузимања имовинске користи стечене кривичним дјелом (нелегално стечена имовинска корист), компјутерско упоређивање података, свједочење заштићених свједока – давање потпуног или дјелимичног кривично процесног имунитета, тзв. свједоцима покајницима, откривање банкарске тајне и друге сличне мјере.

жавноправну реакцију у супротстављању криминалитету уопште. Упоредо с тим настојањима, кривичноправну реакцију на ова противправна понашања прате и захтјеви за њеним постављањем у оквиру правне државе и владавине права. Због тога се поменуте мјере у супротстављању организованом криминалитету (посебне истражне радње) означавају као привремено ограничавање основних људских права и слобода у поступку прикупљања података и доказа неопходних за спровођење кривичног поступка.² То је због тога што је већа заштита основних права грађана у кривичном поступку у корист захтјева за већом ефикасношћу у откривању и доказивању кривичних дјела, и то посебно када је ријеч о кривичним дјелима организованог криминалитета.³ Дакле, посебним истражним радњама и другим мјерама повећава се ефикасност органа кривичног поступка у откривању специфичних кривичних дјела, али се њима у исто вријеме нарушавају права и слободе грађанина, нарочито право на приватност и заштиту породичног живота.

Наведене трендове пратило је и кривичнопроцесно законодавство Републике Српске и БиХ. У том контексту, 2003. године, Законом о кривичном поступку Републике Српске (као и другим законима о кривичним поступцима у БиХ) уведене су *Посебне истражне радње*, као посебна процесна средства откривања и доказивања кривичних дјела (прије свега кривичних дјела организованог криминалитета и тероризма). Одредбе које се односе на коришћење посебних истражних радњи, мијењане су и допуњаване с циљем елиминисања одређених нејасноћа и недоречености, ради њиховог ефикаснијег коришћења. Ипак, и даље постоје одређене битне нејасноће и недоречености када је ријеч о њиховом законском одређењу. Поред тога, иако се о томе много говорило, и даље нема или није адекватан подзаконски оквир предузимања посебних истражних радњи. Такође, након осам година примјене ових мјера у истрагама, може се говорити и о одређеној њиховој практичној (не)примјењивости. Сходно томе, можемо говорити и о неким практичним проблемима у коришћењу посебних истражних радњи, али и неким практичним импликацијама њихове примјене. Прије свега, мислимо на чешће (масовније) коришћење појединих посебних истражних радњи, а нарочито тајног надзора и техничког снимања телекомуникација, у односу на друге радње које се скоро нису ни примјењивале (нпр. рачунарско сравањење података). Поред тога, можемо говорити и о безразложном непредузимању неких посебних истражних радњи, као што је коришћење информатора у истрази (као радње доказивања), док се прикривени истражитељ примјењивао у неким случајевима, иако је ова мјера скопчана са знатним потешкоћама у примјени, за разлику од

² Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини. (2005). Сарајево: Вијеће Европе/Европска комисија, 349.

³ Види шире: Бејатовић, С. (2005). Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета. *Зборник радова – Организовани криминалитет, стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија, стр. 68-70.

информатора (постоји дугогодишње практично искуство). Такође, као посебан проблем представља и заштита од навођења на кривично дјело. Управо се радње прикривеног истражитеља, приликом симулованих правних послова, од стране одбране најчешће карактеришу као радње подстрекавања, те се на томе све чешће заснива одбрана оптужених (*entrapment defence*). Ови проблеми, али и други (спрјечавање злоупотреба коришћења посебних истражних радњи, итд.), могу имати негативне импликације по даље коришћење посебних истражних радњи, што у крајњој линији може довести и до ограничавања или чак потпуне забране коришћења неких посебних истражних радњи. На крају, можемо говорити и о могућностима коришћења доказа прибављених примјеном посебних истражних радњи. Заправо, основни циљ привременог ограничавања људских права, јесте обезбјеђење доказа који се на други начин не могу обезбиједити, осим коришћењем посебних истражних радњи. Управо због тога, докази прибављени на овај начин су врло често оптерећени сумњом на битне повреде одредаба кривичног поступка, било да су докази прибављени на незаконит начин или докази који произилазе из незаконитог доказа (плод труле воћке).

ЗАКОНСКИ ОСНОВ КОРИШЋЕЊА ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ – КРИТИЧКИ ОСВРТ

Законски основ коришћења посебних истражних радњи прописан је кривичнопроцесним законима у Босни и Херцеговини.⁴ Тако су посебне истражне радње предвиђене у: Глави IX (члан 116-122) Закона о кривичном поступку БиХ⁵, Глави XIX (члан 234-240) Закона о кривичном поступку Републике

⁴ У кривичнопроцесном законодавству БиХ, у складу са међународним стандардима, вриједе одређена начела која морају бити уважена и приликом одобравања и примјене посебних истражних радњи, укључујући: *начелно легалитета* (посебне истражне радње морају увијек бити предвиђене законским прописима за кривична дјела прописана законом); *начело сразмјерности* (постојање одређеног степена сумње да је лице извршило кривично дјело прописане тежине, односно да је заједно са другим лицем, или лицима, учествовало у извршењу таквог кривичног дјела); *начело супсидијаритета* (постојање несразмјерне тешкоће у прикупљању доказа, односно да не постоји могућност да се на други начин прикупе докази); и *начело судског надзора* (искључива надлежност судске инстанце за одређивање посебних истражних радњи, као и судска контрола законитости поступка примјене истих). Поред наведених начела, уз мјере прикривеног истраживања веже се и упозорење да трајање мјера мора бити *временски ограничено*, као и да морају постојати посебно оправдани разлози за продужење наложене мјере, као и *процесна санкција* о неупотребљивости прикупљеног материјала у доказне сврхе током кривичног поступка. Види детаљније: Сијерчић-Чолић, Х. (2005). *Кривично процесно право*. Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву, стр. 348-350; Сијерчић-Чолић, Х. (2006): *Реформа кривичног поступка у Босни и Херцеговини, Људска права-часопис за све правно политичке проблеме*, Година 7, број 1-2, Сарајево, стр. 103-104.

⁵ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени Гласник број: 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 63/04, 13/05, 46/05, 48/05, 76/06, 27/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09.

Српске⁶, Глави IX (члан 130-136) Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине⁷ и Глави IX (члан 116-122) Закона о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине⁸.

С обзиром да се ради о сличним (готово идентичним) законски квалификацијама, за потребе овог рада (критичке анализе) користиће се одређење посебних истражних радњи у Закону о кривичном поступку Републике Српске. Наиме, Законом о кривичном поступку Републике Српске у Глави XIX (члан 234–240), *Посебне истражне радње*, одређују се врсте посебних истражних радњи, кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње, надлежност за одређивање и трајање посебних истражних радњи, материјали добијени предузимањем посебних истражних радњи и обавјештења о предузетим радњама, случајни налаз, поступање без судског налога или изван њеног оквира и коришћење доказа прибављених посебним радњама. У смислу законског одређења (члан 234. став 2.), посебне истражне радње су: а) надзор и техничко снимање телекомуникација, б) приступ компјутерским системима и компјутерско сравњење података, в) надзор и техничко снимање просторија, г) тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који су у вези са њима, д) коришћење прикривених истражитеља и коришћење информатора, ђ) симуловани и контролисани откуп предмета и симуловано давање поткупнине, е) надзирани превоз и испорука предмета. Оне се могу одредити за сљедећа кривична дјела (члан. 235): а) против Републике Српске, б) против човјечности и међународног права, в) тероризма, г) за која се према Кривичном закону може изрећи казна затвора од три године или тежа казна.

Не упуштајући се у детаљну анализу конкретних законских рјешења, указаћемо на одређене нејасноће, недоречености и непотпуности које су и даље присутне у законском дијелу текста, а које се негативно одражавају на коришћење посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела. С тим у вези, даћемо и конкретне приједлоге *de lege ferenda*, који по нашем мишљењу могу допринијети прецизнијем, јаснијем и потпунијем регулисању овог изузетно осјетљивог питања.

Прво, полазећи од самог назива ових мјера и радњи, као посебних истражних радњи, не одражава се потпуно прецизно њихова сврха – прикупљање доказа. Због тога би прецизнији назив ових радњи био - *посебне доказне радње*, чиме би се несумњиво и из самог назива уочила њихова коначна сврха - доказивање учињеног кривичног дјела.

⁶ Закон о кривичном поступку Републике Српске – пречишћени текст, Службени гласник Републике Српске, број 100/09.

⁷ Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине Федерације БиХ, број 35/03, 53/07, 12/10.

⁸ Закона о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, Службени гласник Брчко Дистрикта, број 10/03, 48/04, 06/05, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07.

Друго, у смислу набрајања посебних истражних радњи, иако су вршене одређене корекције законског текста, и даље постоје одређене нејасноће и непрецизности, односно доста екстензивна законска рјешења, што даје могућност широког тумачења појединих законских одредби у смислу шта се све сматра под једном посебном истражном радњом. Тако је и даље прописана посебна истражна радња Надзор и техничко снимање телекомуникација (члан 234. став 2. тачка а.) која се састоји у тајном надзирању и техничком снимању телефонских разговора лица и других облика електронске комуникације лица на даљину, што, свакако, обухвата и електронску пошту (e-mail), као и друге облике комуницирања који се одвијају преко компјутерских уређаја и других система информацијске технологије. Дакле, ”сматра се” исправним став да се надзор и техничко снимање телекомуникација односи и на надзор комуникација које се преносе путем рачунара.⁹ Ипак, будући да се компјутерска технологија и комуникација свакодневно све више мијења и развија, ради постизања све веће могућности у доступности и размјени података, те да се као таква све више користи за вршење кривичних дјела, сматрамо да је потребно отићи корак даље у прецизирању могућности законитог надзирања телекомуникација, укључујући и електронске комуникације, као и комуникације на даљину.¹⁰ У том смислу могли би говорити о двије посебне истражне радње и то: прва, *надзор и техничко снимање телефонских разговора и других комуникација на даљину*, и друга, *надзор, прикупљање и техничко снимање рачунарских података*. Исто тако, остао је непромијењен назив посебне истражне радње, Надзор и техничко снимање просторија (члан 234. став 2. тачка в.), која подразумијева оптичко и акустично снимање одређеног простора, односно активности које се у надзираном простору одвијају. ”Подразумијева се” да примјена посебне истражне радње надзора и техничког снимања просторија обухвата и овлашћење за тајно улажење полицијских службеника у туђи стан или просторије са сврхом тајног ”уграђивања” техничких уређаја за оптичко и акустичко снимање просторија, те након истека рока примјене те посебне мјере – ради ”демонтирања” тих техничких (оптичких и акустичких) средстава.¹¹ Будући да се ради о изузетно осјетљивој посебној истражној радњи, којом се захватају лични животи других лица, не само осумњичених против којих је омогућна примјена надзора и техничког симања просторија, јер се приликом примјене ове посебне истражне радње, односно приликом оптичког и акустичког снимања просторија, надзиру (оптички и акустички снимају) разговори између свих лица која су се у тој просторији затекла, без обзира на то што према неким од тих лица

⁹ Симовић, М. (2005). *Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, стр. 389-404.

¹⁰ Упореди: Љубановић, В., Краљ, Т., Глушчић, С. (2008). Доказне радње: новине при утврђивању чињеница у претходном поступку, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол. 15, број 2/2008, стр. 859-877.

¹¹ Симовић, М. (2003). *Кривични поступци у Босни и Херцеговини*, Сарајево: Привредна штампа, 2003. стр. 69.

није поименично издата наредба за надзор, сматрамо неопходним прецизирање и њеног законског одређења којим би се експлицитно дала могућност уласка у туђи стан. Тако, назив ове посебне истражне радње могао би да гласи: *Тајни улазак у просторије ради спровођења надзора и техничког снимања просторија*. Такође, сматрамо да постоји потреба потпунијег регулисања посебне истражне радње, Симуловани и контролисани откуп предмета и симуловано давање поткупнине (члан 234. став 2. тачка њ.), односно њеног проширивања и на садржаје *симуловане продаје предмета*, као и *пружања симулованих пословних услуга и склапања симулованих правних послова*. Симуловани откуп предмета и симуловано давање откупнине је важно код специфичних кривичних дела, чије је откривање повезано са тешкоћама, као што су кривична дела организованог криминалитета везана за недозвољену трговину дрогама, недозвољену трговину људским органима, оружјем, аутомобилима, итд., али исто тако и код других кривичних дела, нпр., корупцијских кривичних дела. Поред тога, симулована продаја предмета (обрнута полицијска клопка) би омогућила проактивнији истражни приступ, чиме би се још ефикасније прикупљали докази, а истовремено смањивала могућност навођења на дјело, односно заснивања одбране по том основу. Такође, симулованим правним пословима омогућиле би се симуловане пословне услуге које подразумевају услужне делатности које државни органи, под одговарајућом камуфлажом предузимају на основу уговора (споразума, договора) са осумњиченим лицима или криминалним удружењима, и које се првенствено састоје у транспортним услугама и услугама складиштења одређене робе која се доводи у везу са криминалном активношћу, као и њеним пласманом на илегалном или легалном тржишту. Исто тако, склапање симулованих правних послова подразумијевало би изјаву воље физичког или правног лица, која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измјене постојећих субјективних права, при чему такве послове морају реализовати двије уговорне стране: са једне стране то су представници државних органа под легендом, а са друге осумњичена лица која су «мета истраге» и чију незакониту дјелатност треба доказати.

Поред тога, потребно је напоменути да ни осам година након доношења важећег ЗКП-а нема подзаконских аката којима би се прецизније уредила примјена посебних истражних радњи у пракси. Ако истакнемо податак да су посебне истражне радње у важећем ЗКП-у прописане са укупно 5 чланова ЗКП-а, а ”традиционалне” радње доказивања у преко 70 чланова, сматрамо оправданим доношење подзаконских аката, а исто тако и измјене и допуне ЗКП-а, како би се и формално-правно уредиле поједине ситуације које намеће пракса.¹²

¹² Антонић, В., Шикман, М., Кулић, Д., Пелеш, Р. (2009). *Предузимање радњи доказивања у истрази под надзором тужиоца и законитост прибављених доказа – Модул 3*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ, стр. 89-92.

КОРИШЋЕЊЕ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ У ИСТРАГАМА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА – КРИТИЧКИ ОСВРТ

Као што је већ наведено, посебне истражне радње у Републици Српској и БиХ примјењују се од 2003. године. Коришћење посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела подразумијева, прије свега тајно дјеловање. Због тога се њихово практично примјењивање описује као тајне операције или прикривене операције. Будући да су ово термини који су преузети од појединих аутора из западних земаља, код нас се све више користи термин ”посебне истраге”. У наведеном контексту можемо говорити и о одређеним практичним импликацијама коришћења посебних истражних радњи. Наиме, нема дилеме да је остварена сврха њиховог коришћења – ефикасније откривање и доказивање кривичних дјела организованог криминалитета. Ипак, уочени су и одређени проблеми у вези са практичним коришћењем посебних истражних радњи. Прије свега, мисли се на предимензионирано коришћење појединих посебних истражних радњи, (нпр. тајни надзор и техничко снимање телекомуникација), уз истовремено некоришћење других мјера и радњи које могу бити врло корисне, као што је нпр. рачунарско сравање података. Слично томе, поређење се може направити код коришћења прикривеног истражитеља и информатора¹³, при чему се прикривени истражитељ чешће користи у односу на информатора као посебне истражне радње, што нема ни логике нити оправдања, будући да коришћење информатора представља далеко једноставнију радњу за примјену, при чему су наша искуства далеко већа у раду са информаторима, него са прикривеним истражитељима. Без обзира на законску могућност коришћења информатора као посебне истражне радње¹⁴, до сада се ова мјера користила врло скромно (скоро никако). С друге стране, наводе се практични разлози за некоришћење информатора као посебне истраж-

¹³ Коришћење информатора у сузбијању криминалитету можемо посматрати на два начина: прво, као оперативно-тактичку мјеру и радњу, и друго, као посебну истражну радњу. У првом случају коришћење информатора има неформални, оперативни карактер, при чему се информације прикупљене на тај начин не могу користити као докази у кривичном поступку. С друге стране, коришћење информатора као посебне истражне радње има формални карактер, регулисано је Законом о кривичном поступку, а информације и материјали прикупљени на тај начин представљају доказе (личне и материјалне) у кривичном поступку и на њима се може заснивати судска пресуда. Дакле, нужно је правити и разлику када се информатор користи као извор оперативних информација, а када као посебна истражна радња којом се обезбјеђују докази (лични и материјални) у кривичном поступку.

¹⁴ Неспорно је постојање законског основа за коришћења информатора као посебне истражне радње (члан 234. став 1. тачка д.). Иако би требао бити прецизнији и јаснији, сматрамо да је и овакав законски основ довољан. Прије свега, било би нужно дефинисати појам информатора, разграничити овај појам од других сличних појмова, као што су сарадник, информант, и др. Такође, требало би дефинисати и друга питања важна приликом коришћења информатора као посебне истражне радње, као што су права и обавезе информатора, формализовање сарадничког односа, управљање и контрола рада информатора, престанак сарадничког односа, итд. Поједина од ових питања могу се регулисати и подзаконским прописима, а не искључиво законом.

не радње, који полазе од тумачења закона да се информатор може искључиво користити само заједно са прикривеним истражитељем, да се коришћењем информатора не би могли обезбиједити законити докази, да је информатор нестручно лице итд. Са научног аспекта, али и компаративно посматрано, не постоје рационални разлози за некоришћење информатора као посебне истражне радње. Наиме, уколико се другим мјерама и радњама не могу обезбиједити докази (начело супсидијаритета), а постоји законски основ за њено одређивање (начело законитости), укључујући и обезбјеђење судског надзора (наредба судије за претходни поступак и др.), неопходно је само искористити постојећа знања и искуства у погледу коришћења информатора, да ефикасно примијенимо ову радњу. Исто тако, ова посебна истражна радња је далеко једноставнија и практичнија за примјену од многих других (већ споменутих: прикривени истражитељ, надзор телокомуникација и др.), захтијева ангажовање мањих капацитета (људских и материјалних), а њоме се знатно мање ограничавају права и слободе осумњичених лица (начело сразмјерности)¹⁵. Заправо, коришћење информатора у сузбијању организованог криминалитета може да представља најефикаснију и најјефтинију истражну методу.¹⁶ Уколико се обезбиједи законитост материјали и информације до којих дође информатор могу послужити као доказ у кривичном поступку – коришћење информатора као посебне истражне радње. Дакле, улога информатора у заштити друштва од организованог криминалитета је нужна и оправдана, нарочито у оним његовим сегментима који спадају у тзв. консенсуални криминалитет. Јавни интерес и сигурност грађана захтијевају да се храброст и спремност на сарадњу ових лица, без обзира на мотив, поштује и максимално штити.¹⁷ Ипак, коришћење информатора у сузбијању организованог криминалитета мора бити строго контролисано и пажљиво предузето.¹⁸

¹⁵ Шикман, М. (2011). Коришћење информатора као посебне истражне радње у сузбијању криминалитета. *Безбједност, полиција, грађани, број 1-2/11*, Бања Лука: Министарство унутрашњих послова Републике Српске, стр. 1-27.

¹⁶ Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Cincinnati: Anderson Publishing Co, 241.

¹⁷ Наиме, врло често су о информаторима присутни негативно мишљење и ставови. С једне стране, стране криминалних кругова, што је и очекивано, информатори су означени као најнегативнији дио криминалног миљеа, те су изложени најгорем могућем третману људи из свијета криминала. С друге стране, ни припадници агенција за спровођење закона о њима немају “високо” мишљење, а и научни и стручни радови посвећени овој проблематици, иначе ријетки, готово да и не садрже афирмативне ставове о њима. Можда је један од разлога за својеврсно „ћутање о информаторима“ садржан у схватању да превише приче штети и умањује њихову вриједност, односно да је неопходно да они, по дефиницији, буду обавијени велом тајне. Међутим, такав приступ можда управо има за последицу „поплаву“ примједби, пуних презира, на коришћење информатора у сузбијању злочина, због чега би у научној и стручној јавности требало што више истицати оправданост и неопходност примјене овог криминалистичког тактичког института. У. Маринковић, Д. (2010). *Сузбијање организованог криминала*, Нови Сад: Прометеј, стр. 400.

¹⁸ Једноставно, информатори, својим информацијама, посебно када се ради о криминалним активностима које доносе огроман профит (нпр. трговина дрогом), могу лако истражитеља (агенцију за спровођење закона) да обману, односно доведу у замку. У. Berg, L. B. (2008). *Criminal Investigation*, Fourth Edition, New York: McGraw Hill, p. 457.

Такође, на основу досадашњег коришћења посебних истражних радњи као нарочите практичне импликације односе се на постојање одређених елемената навођења (подстрекавања) на кривично дјело, приликом предузимања појединих посебних истражних радњи, као што су коришћење прикривеног истражитеља и симуловани послови. Наиме, очигледно је да сузбијање појединих облика криминалитета, посебно организованог и других тешких облика криминалитета, захтијева проактиван приступ приликом њиховог откривања и истраге. Једна од значајних особености проактивног рада јесте конспиративност и креативност полицијских активности (прикривених операција) на доказивању кривичних дјела. Актуелно процесно законодавство у БиХ, Републици Српској и земаља у региону, даје могућност агенцијама за спровођење закона да примјењују истражне мјере проактивног карактера (нпр. ангажовања прикривеног истражитеља и информатора, склапања симулованих правних послова и др.). Уопштен је став да нема разлике у куповању или продаји кријумчарене робе, те да је прикривеном истражитељу дозвољено убаци се у криминалну организацију, било као продавац или као купац незаконите робе. Постоји стварна могућност да прикривени истражитељ наведе особу на извршење кривичног дјела, било да се ради о куповини или о продаји робе. Поред тога, у појединим случајевима чак и утврђено постојање подстрекавања, биће оправдано криминално-политичким разлозима, односно немогућности на други начин доказивања одређеног кривичног дјела. С друге стране неспорна је изричита законска забрана предузимања активности које представљају подстрекавање на извршење кривичног дјела (члан 234. став 5.), при чему прикривени истражитељи морају показати да нису подстицали лице на извршење кривичног дјела које осумњичени не би учинио у уобичајеним условима. Дакле неопходно је утврдити границе дозвољеног дјеловања прикривеног истражитеља (као и поступања у предузимању других посебних истражних радњи) како њихове активности не би представљале околности које искључује кривично гоњење подстрекаваног лица за кривично дјело учињено у вези с овим радњама (посебне истражне радње)¹⁹. Судска пракса у БиХ и

¹⁹ Кад је ријеч о радњама подстрекавања, односно навођења на дјело ради његовог откривања, може се закључити да се оне, зависно од садржине, односно начина и степена умјешаности прикривених истражитеља у њима, генерално могу подијелити у двије категорије: *активна* и *пасивна* провокација на кривично дјело. Активна провокација подразумијевала би директно учешће представника закона у остварење акта који представља незаконито понашање. Узимајући одређену криминалну улогу, он ступа у извјестан однос са осумњиченим, преговара о извршењу деликта, конкретизује прилике и околности његовог остварења попут мјеста и времена предузимања радње извршења, средстава извршења и сл. За разлику од активне, пасивна провокација се састоји у осмишљавању и стварању од стране представника закона таквих прилика и околности које погодују извршењу кривичног дела везано за одређену проблемску ситуацију, при чему они сами не узимају активно учешће у таквим операцијама. У овом случају полиција само конструише објективне услове за настанак деликта у одређеном времену и простору, који би у реалним, сличним приликама и околностима такође био извршен од стране тог осумњиченог на другом мјесту и у друго вријеме. Према: Маринковић, Д. (2004). Прикривене операције навођења на кривично дело, *НБП – Београд*, Vol. IX, No. 2-3, стр. 159-160

Републици Српској, по овом питању, дефинисала је одређен став у односу на коришћење прикривеног истражитеља и његово дјеловање у смислу навођења на кривично дјело. Тако, подстрекавање треба посматрати у кривичноправном смислу, што значи да овлаштена службена лица својим радњама не смију утицати да се код извршиоца кривичног дјела створи или учврсти одлука за извршење кривичног дјела. Наведено значи да се прикривеном истражитељу не може наметнути захтјев апсолутне пасивности приликом извршења ове радње, него се његова активност у односу на извршиоце мора кретати у границама већ створене и учврћене одлуке извршиоца кривичног дјела. Дакле, уколико је код извршиоца донесена дефинитивна одлука о извршењу кривичног дјела и уколико иста није колебљива, те је извршење кривичног дјела само ствар прилике и времена, онда не постоје радње подстрекавања²⁰. Значи, постојање полицијске провокације, односно подстрекавање од стране прикривеног истражитеља се не претпоставља, већ оптужени мора да изнесе доказе који дају основа за сумњу да је био подстрекнут на извршење кривичног дјела које сам не би учинио. Акценат је на вољном процесу који је непосредно претходио извршењу кривичног дјела и оцјени да ли је активност полицијских органа створила или конкретизовала код оптуженог одлуку о извршењу кривичног дела.²¹

Поред наведеног, у теорији је доста спорно питање одговорности подстрекача чија је радња подстрекавања управљена на то да подстрекнути само започне вршење кривичног дјела, како би био ухваћен у његовом вршењу прије него га доврши, због лакшег доказивања извршења дјела и његове одговорности. Ријеч је о коришћењу установе под називом агент провокатор²², коју већ неко вријеме користе неки кривичноправни системи у сузбијању одређених

²⁰ У конкретном случају одбрана наводи да су прикривени истражитељи тражили још робе и у већим количинама, те да у томе види подстрекавање на чињење кривичног дјела. Међутим, Суд закључује да то што су истражитељи тражили већу количину забрањене робе, није ни случајно утицало да се код оптуженог створи или учврсти одлука да настави са растурањем кривотвореног новца. С обзиром да је очигледно да је одраније постојала чврста одлука оптуженог за прављење и растурање кривотвореног новца, апсолутно је засигурно да би и у будућности било настављено извршење ових кривичних дјела и то у још већем обиму, да није извршено хапшење оптужених лица. Стога је Суд закључио да нису предузимане активности које би представљале подстрекавање од стране прикривених истражитеља. Пресуда Суда БиХ број Х-КЖ-07/329 од 10.07.2008. године

(http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/presude/2008/Ramic_Sinisa_Drugostepena_presuda.pdf)

²¹ Пресуда Врховног суда Републике Српске број 118-0-Кжж-07-000 105 од 26.06.2007. године и пресуда Врховног суда Републике Српске број 118-0-Кжж-07-000 007 од 27.09.2007. године

²² Агенти провокатори су лица која најчешће припадају полицији и чији је циљ хапшење организованих тешких криминалаца (препродаваца дроге, оружја, чланова терористичких организација). Они ступају у контакт са делинквентима и представљају се само као криминалци. Види шире: Водинелић, В. (1994). Проблематика криминалистичко-тактичких института – информант, информатор и прикривени полицијски извиђач у демократској држави, *Безбедност*, бр. 1/1994, стр. 65-75.

опасних видова криминалитета, као што су различити облици организованог криминалитета, тероризам, и др. Наиме, поред већ наведених разлога за примјену посебних истражних радњи, постоји још ситуација у којима је потребно примјењивати проактивне технике како би се обезбиједили докази, а које се могу састојати у евентуалном навођењу на започињање радње извршења кривичног дјела. Заправо у случајевима постојања одређених кривичних дјела у којима не постоји жртва (*consensual offence*) или кривичних дјела која су извршена уз сагласност (пристанак) жртве, прикупљање доказа је знатно отежано. Управо због природе ових кривичних дјела или немамо оштећену страну или жртва није спремана да пријави кривично дело (због пристанка, сагласности). Такође и потенцијални свједоци често не желе да иступе поводом ових кривичних дјела, док су, с друге стране, понекада једини свједоци они који нису спремни да окриве оптуженог или се плаше да ће усмјерити пажњу полиције на своје сопствене илегалне радње.²³ Оваква разматрања наводе на став да је у одређеним условима потребно користити проактивне технике да би се открила кривична дјела у којима не постоје жртве. Проактивне технике подразумијевају “начин истраге у којима сами полицајци могу бити они који пријављују, посматрају и свједоче о кривичном дјелу”. Када говоримо у контексту проактивних техника за спровођење закона обично се наводи подстрекавање или провокација на кривично дјело.²⁴

Према једнима, овдје се ради о подстрекавању и такво лице треба учинити одговорним²⁵, док су други мишљења да се не ради о подстрекавању, јер нема навођења на довршење дјела или стварања воље код другог, већ констатовање постојања постојеће воље за извршење кривичног дјела²⁶ (владајуће мишљење у њемачкој кривичноправној теорији и искуства у практичној примјени у САД-у). У прилог првог става може се навести тумачење професора Стојановића: “Спорна је ситуација када је умишљај лица које врши радњу подстрекавања управљен на то да извршилац само започне радњу извршења с циљем његовог хватања на делу пре него што га доврши, због лакшег доказивања дела. Реч је наиме, о коришћењу тзв. агената провокатора у сузбијању одређених посебно

²³ Heydon, D. J. (1971). The Problems of Entrapment. *Cambridge Law Journal*, 268, 269.

²⁴ Види детаљније: Dworkin, G. (1985). The Serpent Beguiled Me and I Did Eat; Entrapment, And the Creation of Crime, *Law and Philosophy*, 4, 17, 18; Skolnick, H. J. (1971). *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society* (2nd edn), 120-4; Barlow, A. L. (1976). Recent Developments in New Zealand in the Law Relating to Entrapment, *New Zealand Law Journal*, 1, 304-309. У: Choo, L.-T. A. (1993). *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 149-150.

²⁵ У том смислу нпр. Таховић, стр. 127., Бачић И, стр. 336., шире Бачић И, стр. 378. У: *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*. (2005). Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, Сарајево, стр. 184-185.

²⁶ Водинелић, В. (1994). Проблематика криминалистичко-тактичких института – информант, информатор и прикривени полицајски извиђач у демократској држави, *Безбедност*, 1/1994, 65-75; бр. 2/1994, 177-178; бр. 3/1994, 285-300 и бр. 4/1994, стр. 421-433.

опасних облика криминалитета (нпр. тероризам, илегални промет дрогом и др.), што је у неким земљама, под одређеним условима, дозвољено. Остављајући по страни питање колико је овај облик борбе против криминалитета прихватљив са аспекта слобода и права грађана, полазећи од одредаба о саучесништву и подстрекавању, аргумент да агент провокатор није хтео да извршилац проузрокује последицу не искључује његову кривичну одговорност као подстрекача, нарочито у случају ако дође до довршења дела. Ни чињеница да мотив агента провокатора није криминалан не може искључити његову кривичну одговорност, већ се може узети у обзир само приликом одмеравања казне²⁷. Констатација је, да у сваком случају агент провокатор јесте подстрекач *sui generis*, да се ради о својеврсном методу подстрекавања, и тиме провокатор подлијеже кривичној одговорности.²⁸ Подстрекач у улози агента провокатора остварује препознатљив ”духовни контакт” са подстрекнутим, којег је конкретизовао и уједно према њему конкретизовао извршење кривичног дјела. Он је својим управљајућим дејством довео починиоца до могућности остварења кривичног дјела и сопствене власти над дјелом.²⁹ Према томе, у овом случају је лако препознати и разграничити провокатора и непосредног извршиоца. И један и други потпадају под кривичну одговорност, са свим специфичностима које се односе на одговорност и кажњивост саучесника, при чему мотиви који су усмјерени у правцу хватања извршиоца на дјелу не мијењају статус подстрекача – провокатора.³⁰ Према другим мишљењима, употребом агента провокатора не провоцира се одлука за вршење кривичног дјела код учиниоца, зато што је одлука код њега већ формирана. Дјеловање агента провокатора на криминалце (нарочито код организованих и професионалних криминалаца), односно на њихову вољу, није ”конститутивно” јер код њих већ постоји воља за извршење кривично дјела, већ је ”констатујуће”³¹. Према томе, код подстрекаваног већ постоји одлука да се бави неком криминалном дјелатности, нпр. нелегалном продајом дроге, јер се тиме професионално баве. Радња агента провокатора је само усмјерена на доказивање те воље. На овај начин, коришћењем агента провокатора, организовани или професионални криминалци су само разоткривени. Значи, радња агента провокатора није усмјерена на подстрекавања на вршење кривичног дјела, стварањем одлуке код учиниоца, јер она већ постоји код учесника у организованом криминалитету.

²⁷ Стојановић, З. (1999). *Коментар КЗ СРЈ*, Београд: Савремена администрација, стр. 52.

²⁸ Стојановић, З. (2003). *Кривично право*, Београд: Савремена администрација, стр. 273

²⁹ Maurach /Gössel/ Zipf., (1984). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 2., 6 Auflage, Heidelberg, 301. У: Јованчевић, Н. (2008). *Подстрекавање – облик саучесништва и самостално кривично дело*, Београд: Службени гласник, стр. 362

³⁰ Јованчевић, Н. (2008). *Подстрекавање – облик саучесништва и самостално кривично дело*, Београд: Службени гласник, стр. 362

³¹ Водинелић, В. (1994). Проблематика криминалистичко-тактичких института – информант, информатор и прикривени полицијски извиђач у демократској држави, *Безбедност*, бр. 3/1994, стр. 297.

Напротив, радња агента провокатора усмјерена је само на констатовање постојања одређености за вршење кривичних дјела, односно обезбјеђење доказа. Има и мишљења да је агент провокатор некажњив чак и када је његов умишљај управљен на довршење, јер његов мотив није криминалан, будући да он настоји спријечити повреду заштићеног добра.³²

Наведено указује на специфичности ове установе и сложености одређивања основа кажњивости или некажњивости. С једне стране, у контексту заштите људских права, основано се указује на опасност и неприхватљивост од њене неконтролисаних и масовне употребе у навођењу на извршење кривичних дјела и оних лица која прије тога нису била спремна за извршење кривичног дјела, док, с друге стране, у основи некажњивости стоји криминално политичка оправданост ове институције у сузбијању најопаснијег криминалитета. Управо, уважавајући постојање јасних криминално-политичких разлога и феноменолошких одлика одређених облика криминалитета, као и употребу овог института у упоредним законодавствима, те његову везу са дјелатношћу прикривеног истражитеља, информатора и сличних форми проактивног полицијског дјеловања, али и чињеницу да употреба института агента провокатора на овим просторима (Република Српска, БиХ, Србија) није законски дозвољена залажемо се за стварање законске регулативе³³ која би се односила на могуће провоцирање извршења одређеног кривичног дјела, односно прецизно регулисање употребе агента провокатора (услови и начини употребе, контрола, одређење каталога кривичних дјела, итд.) и то прије свега према кривичним дјелима која готово није могуће ефикасно откривати и доказивати без његовог коришћења, као што су разни облици корупције, деликти везани за трговину дрогом и сличних кривичних дјела, укључујући нелегалну трговину оружјем, културним добрима, те уопште кривичних дјела из сфере организованог криминалитета, али такође и тероризма.³⁴ Сходно томе, коришћење доказног материјала прикупљеног уз

³² Queens, T. J. (1978). *The Investigators*, New York: Basic Books, p. 43.

³³ Професор Шкулић у прилогу овом залагању наводи следеће: "Основни аргумент за регулисање овог питања се не заснива само на констатацији да такви облици 'провокације' на извршење кривичног дела постоје у многим страним законодавствима, већ на неспорној чињеници да се такве форме поступања већ годинама појављују и у нашој пракси, али се то питање при том решава, кроз одређено врло широко тумачење такве кривичноправне ситуације, на темељу констатовања да лице које је подстрекавало на извршење кривичног дела, то није чинило у циљу извршења кривичног дела, односно његов умишљај није био управљен на извршење кривичног дела, већ је својом радњом, а по правилу у договору са полицијом, само омогућило доказивање другог кривичног дела. Овакво резонување ни у теоријском, али ни у практичном смислу не представља 'чисто', па ни у кривичноправном, али ни у криминално-политичком смислу адекватно решење, односно ради се о решењу које изазива веома озбиљне дилеме, па то представља и додатни разлог да се то питање ипак стриктно регулише у самом Законику о кривичном поступку и то уз његово правно-техничко повезивање са нормативном регулативом која се односи на прикривеног иследника". Шкулић, М. (2005). Прикривени иследник - законско решење и нека спорна питања, *Безбедност* 3/05, стр. 396.

³⁴ Упореди: Симоновић, Б. (2004). *Криминалистика*, Правни факултет у Крагујевцу, 27; Шкулић, М. (2005). Прикривени иследник - законско решење и нека спорна питања, *Безбедност* 3/05, стр. 390.

помоћ провокација на кривично дјело, не би било, уз испуњеност одређених услова, противно стандардима правичног суђења.³⁵ Такође прихватамо ставове, појединих аутора³⁶, да је потребно подстрекавање и провокацију на кривично дјело посматрати као двије различите врсте дјелатности, при чему подстрекавање представља законом кажњиву дјелатност, док провокација на кривично дјело може бити кажњива и недопустива, али исто тако и дозвољена као легитиман метод доказивања кривичних дјела.³⁷ Друго је питање, исто тако важно, које су границе дјеловања агента провокатора да би се остало у сфери дозвољене употребе овог криминалистичког и процесног инсититута, као и да се не би остварила кривичноправна обиљежја подстрекавања, као облика саучесништва. Због тога је, укључујући напред наведено (потреба законског регулисања) изузетно важно дефинисање критеријума у којим случајевима и према којим лицима би требало омогућити провокацију на кривично дјело, како би исто било откривено и обезбијеђени ваљани докази. Критеријуми који се односе на осумњичено лице треба да дају одговор у односу на утврђивање постојања намјере код њега за извршење конкретног кривичног дјела. Значи, код осумњиченог лица би требала постојати јасна и недвосмислена намјера и воља за извршење кривичног дјела. Ова намјера може се манифестовати на више начина (пристанак на извршење, спремност, итд.), али и склоност осумњиченог лица може дјеловати одређујуће у том правцу. Исто тако, један од критеријума који би се односио на осумњичено лице, може да буде и тип криминалца којем припада. Наиме, уколико се ради о професионалном криминалцу (припадници организованих криминалних група) онда нема сумње у погледу постојања намјере и воље за извршењем дјела, будући да вршење кривичних дјела код ове категорије криминалаца представља њихово занимање, стил живота, извор прихода, тј. њихову карактеристику личности. У овим случајевима тешко је говорити о навођењу на дјело у смислу стварања

³⁵ Илић, Г. (2005). Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси, *Билтен бр. 68*, Београд, стр. 13

³⁶ Маринковић, Д. (2005). Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело, *Безбедност, бр. 2/05*, стр. 219-220

³⁷ У заступању наведене тезе, као оправдане и основане, полази се од умишљаја, као кључног елемента који диференцира класично подстрекавање од провокације. Под подстрекавањем се подразумева умишљајно подстицање (навођење) другог лица на извршење одређеног кривичног дјела, тј. формирање одлуке код подстрекаваног да изврши кривично дјело. Значи, код подстрекавања је важно да код извршиоца у вријеме предузимања радње подстрекавања није била донесена чвста одлука о извршењу кривичног дјела, односно да је постојала свијест и воља подстрекача која је управљена на изазивање код подстрекаваног лица одлуке да изврши одређено кривично дјело. С друге стране, умишљај агента провокатора није усмјерен на извршење кривично дјела, већ искључиво на започињање радње извршења од стране провоцираног, чиме би били испуњени услови за процесуирање наведеног лица. Поред тога, у пракси обично код извршиоца таква одлука већ постоји (тзв. *omnimodo factus*), што истовремено искључује подстрекавање и своди се на констатовање постојеће воље за извршење кривичног дјела. Упореди: Маринковић, Д. (2005). Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело, *Безбедност, бр. 2/05*, стр. 219-220

свијести за извршење дјела, будући да је код, нпр. нарко-дилера, та свијест одавно створена и вишеструко манифестована. Поред тога, постојање намјере за извршење кривичног дјела, треба конкретизовати и постојањем јасних основа сумње који поткрепљују такву намјеру. Критеријуми везани за конкретан случај треба да се односе на врсту и тежину кривичног дјела. Свакако, провокација на дјело не треба да буде правило и уобичајен метод. Методе које садрже провокацију на дјело треба ограничити на тешка кривична дјела, укључујући кривична дјела организованог криминалитета, и то ако претходно није могуће прикупити доказе на други начин. Такође, нужно је водити рачуна и о начину провокације на дјело, при чему она свакако не би смјела да буде врло високог интензитета, већ онолико колико је потребно да би осумњичени испољио своју намјеру за извршење кривичног дјела. Наведени критеријуми, требали би бити прецизније дефинисани на основу анализе судске и криминалистичке праксе, чиме би се отклонила свака сумња у погледу услова и начина провокације на кривично дјело.³⁸

КОРИШЋЕЊЕ ДОКАЗА ПРИБАВЉЕНИХ ПРИМЈЕНОМ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ – КРИТИЧКИ ОСВРТ

Основна сврха коришћења посебних истражних радњи јесте обезбјеђење доказа, који се на други начин не могу прибавити или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама (члан 234. став 1.). Посебне истражне радње се у том контексту предузимају ради откривања, прикупљања, обраде, оцјене, и коришћења кривичноправно (материјално и процесно) релевантних информација, на темељу којих се стварају услови за откривање, разјашњавање, доказивање и спречавање кривичних дјела. Релевантне информације које у различитим модалитетима (прикупљање, обрада, оцјена, кориштење, итд.) представљају непосредну сврху активности службених актера кривичног поступка могу да имају карактер доказа који начелно посједују потпун степен доказног кредибилитета у смислу захтјева кривичног процесног права (када су те информације исход посебних истражних радњи). Ипак, у пракси су присутни и одређени проблеми у погледу коришћења доказа прибављених посебним истражним радњама. Тако, проблеме у вези са коришћењем доказа прибављених посебним истражним радњама, условно, можемо посматрати као: доказе прибављене на незаконит начин (члан 10. став 2. и 3.) и заснивање пресуде на на коме се по одредбама закона не може заснивати пресуда - битна повреда одредаба кривичног поступка (члан 311. став 1. тачка з.). Дакле, у пракси су могуће двије ситуације и то када су докази прикупљени посебним истражним радњама прибављени повредама људских права и слобода прописаних Уставом

³⁸ Шикман, М. (2010). *Организовани криминалитет – кривични, процесни, криминалистички аспекти*, Бања Лука: Дефендологија центар за безбједносна истраживања, стр. 132-133.

и међународним уговорима, које је ратификовала Босна и Херцеговина, или су прибављени битним повредама закона, као и докази који су прибављени на основу горе наведених доказа (плод труле воћке). Друга ситуација је могућа када је евентуална првостепена пресуда заснована на доказима прибављеним коришћењем посебних истражних радњи, на којима се није могла заснивати, тј. када постоји битна повреда одредаба кривичног поступка. Међутим, у таквим случајевима, потребно је разликовати апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, које ће постојати уколико се пресуда заснива на неком од доказа за које је одредбама ЗКП-а прописано да се на истима не може заснивати пресуда, од релативно битних повреда одредаба кривичног поступка, које постоје уколико се ради о доказу за који није изричито прописано да се на њему не може заснивати судска одлука, али је тај доказ прибављен уз повреде одредаба ЗКП-а. Заснивање пресуде на таквом доказу, не води њеном укидању по сили закона.

Докази који су прибављени преузимањем посебних истражних радњи могу се користити у кривичном поступку под условом да се предузимају на законит начин који је одређен судском наредбом. Дакле, судска наредба и њен оквир представља *conditi sine qua non* за законитост доказа прибављених предузимањем посебних истражних радњи, а у супротном представљају апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка. Основни елемент оцјенивања законитости у издавању наредбе и законитости у материјалном смислу чињеница које су прибављене у смислу доказа, извршавањем наредби, своди се на одредбу члана 10. ЗКП Републике Српске, која је својим наднасловом (законитост доказа) изричито определијелила обавезу суда да своју одлуку не може заснивати на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних Уставом и Међународним уговорима, које је ратификовала Босна и Херцеговина, нити на доказима који су прибављени повредама овог закона. Докази који се не могу користити противно овој одредби, нису само докази који проистичу из повреда људских права и слобода и/или повреда овог закона, већ и докази који су прибављени на законит начин, али је доказ посебним путем (сазнањем о доказу, извор доказа) проистекао из незаконито прибављеног доказа - плодови отровне воћке. Јасно је, да ова разлика поред степеновања које повреде су битне, а које не, истовремено ствара разлику у праву на одлучивање суда да ли ће се или не примјенити доказ прибављен противно закону. Наиме, поред ограничења да суд не може своју пресуду засновати на оваквом доказу, поставља се питање, не само судске праксе, већ тумачење закона, који дио је незаконитости битан, а који не, а што опет, закономјерно ствара различитост у конкретним случајевима.³⁹

³⁹ Антонић, В., Шикман, М., Кулић, Д., Пелеш, Р. (2009). *Предузимање радњи доказивања у истрази под надзором тужиоца и законитост прибављених доказа – Модул 3*. Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ, стр. 89-92

Сходно наведеном, није риједак случај да се полицијски службеници касније предлажу као свједоци, те да у том својству буду и испитани. У односу на њихово испитивање најчешће долази до изражаја примјена доктрине плодова отровне воћке. Наиме, иако се ради о лицима која имају сазнања о чињеницама важним за кривични поступак, судови су дужни водити рачуна јесу ли они који се испитују као свједоци да ових сазнања дошли обављањем своје службене дужности, о чему би и иначе били дужни сачинити посебне забиљешке о обављеним разговорима са грађанима, или њихова сазнања о тим чињеницама нису повезана са обављањем њихове службене дужности. Судска пракса у томе заузела је јасан став да се припадници полиције не смију испитивати на начин да се њиховим исказом у спис предмета инволвира њихово сазнање које су добили, извршавајући своје дужности у смислу истраге кривичног дјела, обављањем разговора са грађанима. Уколико се у спису предмета ипак нађе такав дио исказа, он представља незаконити доказ, али не као цјелина, већ само у том дијелу у коме се у спис предмета инволвира садржај сазнања из изvida казненог дјела.⁴⁰ Другачији је случај међутим, ако се ради о испитивању полицијских службеника који је проводио посебне истражне радње којима се привремено ограничавају уставна права и слободе, а која мјера је одређена одлуком суда и повјерена управо полицији. У пракси, најчешћи случај потребе испитивања полицијских службеника који су проводили ове мјере представља потреба испитивања прикривеног истражитеља. Прецизније речено, законодавац се ограничава на могућност његовог испитивања у својству свједока само у односу на ток провођења такве посебне истражне радње, која је одређена судском одлуком. У принципу, они су свједоци по чувењу, али о оном што су сазнали из разговора од особе која је у кривичном поступку, гдје ће бити испитивани као свједоци или сам окривљеник или свједок. С обзиром да својство прикривеног истражитеља може имати само полицијски службеник, судска пракса граматичким тумачењем закона заузела је изричит став да се прикривеног истражитеља може испитати као свједока и да то представља законити доказ само у дијелу у којем ће он исказивати о току провођења саме мјере, а његов исказ односи се на опажања која нису резултат његовог разговора са осумњиченим или неком другом особом. Дакле, његово испитивање о садржају разговора које је водио са особама у чији миље се инфилтрирао представљало би незаконити доказ⁴¹. Наиме, ЗКП прописује

⁴⁰ Кос, Д. (2004). Незаконити докази у казненом поступковном праву Републике Хрватске, *Хрватска правна ревија*, 1/2004, Загреб.

⁴¹ Овакав став изреком је изражен у одлуци Врховног суда Републике Хрватске број И Кж-529/04: “Поузданик као и прикривени истражитељ, у односу на које закон не прави посебну разлику, су особе које су провеле посебне извиде и могу се у поступку испитати као свједоци само о току провођења мјера, али не и о томе што им је осумњиченик саопштио. Допуштеношћу таквог испитивања би се тако на заобилазан начин у доказни материјал уносио исказ осумњиченика који је дан без упозорења и без присуства бранитеља (чл. 177. ст. 4. Закона о казненом поступку). Сазнања добијена кориштењем посебних изvida из чл. 180. Закона о казненом поступку

начине испитивања грађана као осумњичених, окривљених, свједока и вјештаке, због чега се оно што су прикривени истражитељи (који су полицијски службеници) сазнали од грађана (па тако и осумњичених) не може уносити у доказни материјал, било преко извјештаја прикривеног истражитеља, било посредно, у облику свједочког исказа прикривеног истражитеља. То, надаље, значи да таква сазнања прикривених истражитеља правно могу имати само значење неформалних обавјештења, тј. забиљешке које се на крају истраге морају издвојити из списка, ако се односе на изјаве грађана. Посљедњим измјенама ЗКП-а омогућено је његово саслушање и о другим важним околностима. Тако подаци о непосредном опажању прикривеног истражитеља (дакле, о оном што је прикривени истражитељ осјетилима вида, њуха, опипа и сл. запазио) приликом провођења мјере којом се привремено ограничавају уставна права окривљеника, могу бити кроз његов свједочки исказ кориштени као доказ у кривичном поступку, а што је у складу и стајалишту да полицијски службеници могу свједочити о ономе што им је познато из таквог непосредног опажања, јер се тиме не доводи у питање законитост доказа, а посредно треба рећи да тако прикривени истражитељ нема ни улогу “свједока по чувењу”.

Исто тако, докази који се добију преузимањем посебних истражних радњи, али који се односе на друго кривично дјело „случајни налаз“ се такође могу користити за кривично гоњење и у односу на случајно откривено кривично дјело, само под условом ако се ради о кривичном дјелу за које би се иначе могла наредити посебна истражна радња. У таквим случајевима исправан је став да у погледу „случајног налаза“ треба одмах затражити нову или додатну наредбу судије за претходни поступак за подузимање посебне истражне радње. Тако, ако се примјеном посебних истражних радњи надзор и техничко снимање телекомуникација и тајно праћење и техничко снимање лица и предмета у односу на једног осумњиченог, дође до информација да је друго лице основано

имају само спознајну, али не и доказну вриједност. Мјере ограничења уставних права грађана из чл. 180. Закона о казненом поступку посебни су облици изvida казних дјела из чл. 177. Закона о казненом поступку, како то произлази већ и из подналова, и то су радње које имају криминалистички значај, а не формалне истражне радње, којима се прикупљају докази. Резултати изvida имају снагу доказа само ако то закон изричито пропише, али и тада, као и сви други докази, морају бити у складу с правилом из чл. 9. Закона о казненом поступку. Могућност испитивања тих особа као свједока односи се само на тијек провођења мјера, тј. на дјеловање тих особа у вези с издавањем налога и provedбе мјера. Наиме, према правном стајалишту Врховног суда Републике Хрватске, досадашњој судској пракси и правној теорији, није спорно да прикривени истражитељи као полицијски службеници, а у односу на којег закон не прави разлику према поузданику, не обављају испитивање грађана према одредбама Закона о казненом поступку. Препричавањем садржаја разговора с осумњичеником у његовом свједочком исказу на суду, на заобилазан начин уносили би се у доказни материјал они елементи који не могу бити основом доношења пресуде. Поузданик и прикривени истражитељ може се саслушати као свједок, углавном заштићени, и то на околност његових особних запажања и непосредних сазнања о тијеку провођења мјера, али не на околност што би им осумњиченик рекао у неформалном разговору.” У: Кос, Д. (2004). Незаконити докази у казненом поступковном праву Републике Хрватске, *Хрватска правна ревија*, 1/2004, Загреб.

сумњив извршилац кривичног дјела, за које се према закону може одредити посебна истражна радња. На основу тог „случајног налаза“ може се проширити истрага и против тог лица, а информације и подаци добијени законитим провођењем одређених истражних радњи у односу на првобитно осумњиченог су коришћени и могу се користити за кривично гоњење и за случајно откривено кривично дјело, јер би се и иначе према закону могла наредити примјена посебних истражних радњи и за то друго, случајно откривено кривично дјело. Слиједом тога, Суд закључује да је исправан став тужиоца када је по сазнању за информације и податке, односно „случајног налаза“ затражио наредбу судије за претходни поступак за предузимање посебне истражне радње и према том другом лицу, при чему се случајно откривени докази могу користити за одређивање основа сумње да је извршено или да се врши кривично дјело обухваћено чланом 227. тачка г) ЗКП-а. Са подацима и информацијама, односно „случајним налазом“, тужилац поступа на исти начин као и са материјалом добијеним наређеном мјером, а ово правило вриједи и за даљи ток поступка, дакле и за извођење доказа на главном претресу.⁴²

Поред наведеног, докази прибављени посебним истражним радњама се врло често оспоравају у току главног поступка, при чему се одбрана позива на битне повреде одредаба кривичног поступка, у погледу заснивања првостепене пресуде на овим доказима. Тако, одбрана често наводи повреду права на одбрану оптужених, коју бранилац налази у чињеници што у току првостепеног поступка нису саслушани прикривени истражитељи, чији извјештаји су прихваћени као докази у судски спис и на којим извјештајима се побијана пресуда темељи. Наиме, обично се истиче, собзиром да одбрани није омогућено унакрсно испитивање прикривених истражитеља, њихови извјештаји, које је првостепено вијеће прихватило као доказе, не могу бити темељ осуђујуће пресуде против оптужених. Међутим судска пракса по овом питању је јасна: Повреда права на одбрану, на коју повреду бранилац жалбом указује, како то прописује одредба члана 297. став 1. тачка д) ЗКП БиХ, постоји уколико нису примијењена или су неправилно примијењена правила поступка на штету оптуженог.⁴³ Исто тако, као битне повреде одредаба кривичног поступка, одбрана наводи и случајеве када су пресуде засноване на доказима које су прибављене посебним истражним радњама у другој земљи и према другим законима. Тако, жалиоци незаконитост наведених доказа налазе у чињеници што је посебна истражна радња надзора и техничког снимања телекомуникација, на темељу које су и сачињени предметни снимци и транскрипти, предузета од стране надлежних органа Републике Хрватске, на темељу наредбе судије Жупанијског суда у Ријечи, а тај суд нема правну јурисдикцију у Босни и Херцеговини.⁴⁴ Судска

⁴² Пресуда Врховног суда Републике Српске број 018-0-Кж-07-000 102 од 30.10.2007. године.

⁴³ Пресуда Суда Босне и Херцеговине, број: Х-КЖ-07/436, од 16.12.2010. године.

⁴⁴ Првостепено вијеће је у току првостепеног поступка, као доказ прихватило 17 ЦД-ова са снимцима пресретнутих телефонских разговора које су органи Републике Хрватске снимили на темељу посебних истражних радњи, предузетих по наредбама истражног судије Жупанијског суда у Ријечи.

пракса је и по овом питању става да су снимци пресретнутих телефонских разговора, докази који су прибављени на законит начин, у складу са законом прописаним процедурама за њихово прибављање у Републици Хрватској, те ни њихово кориштење у кривичном поступку у Босни и Херцеговини, није у супротности са важећим одредбама домаћег процесног закона. Наиме, тачно је да снимци пресретнутих телефонских разговора, садржани на 17 ЦД-ова, а чију законитост одбрана доводи у питање, нису прибављени на темељу наредби Суда Босне и Херцеговине. Међутим, ти докази нису прибављени ни без наредбе суда или противно његовој наредби, да би се могло говорити о доказима на којима се не може заснивати судска одлука, јер је за обављање оспораваних посебних истражних радњи, у вријеме њиховог предузимања, постојала наредба истражног судије Жупанијског суда у Ријечи. Увидом у документацију уложу у судски спис, те анализирајући исказе саслушаних свједока, првостепено вијеће је, по оцјени другостепеног вијећа, правилно утврдило, да су посебне истражне радње, а на темељу којих су сачињени и предметни докази - снимци пресретнутих телефонских разговора, проведене на законит начин од стране надлежних органа Републике Хрватске, тачније проведене у складу са тада важећом законском регулативом Републике Хрватске. Стога, иако Жупанијски суд из Ријеке нема правну јурисдикцију у Босни и Херцеговини, како се то жалбама истиче, ово вијеће цијени да не постоје сметње за кориштење доказа прибављених од стране наведеног суда, за потребе кривичног предмета против Салиха Алибашића и др., који је у току у Босни и Херцеговини. Дакле, не постоји ниједна одредба ЗКП БиХ, која би забрањивала кориштење доказног материјала прибављеног у другој земљи и по другим законима, све док такав доказни материјал, у земљи у којој је прибављен, није прибављен на незаконит начин.⁴⁵

УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

Поред наведених кључних проблема у коришћењу посебних истражних радњу у истрази, могу се још поменути и питања која се односе на међународну сарадњу по питању примјене посебних истражних радњи, организацији примјене посебних истражних радњи, питања заштите свједока, итд. Дилеме су да ли је потребна тзв. судска, тужилачка или полицијска специјализација, или је потребно формирање посебних агенција за спровођење посебних истражних радњи. Даље, расправе су усмјерене на питања да сарадњу на међународном нивоу у примјени специјалних истражних техника треба уређивати кроз билатералне или мултилатералне споразуме, или путем формирања заједничких истражних органа више земаља. Посебан проблем представљају питања која се односе на институт заштите свједока, с обзиром да ова питања представљају најосјетљивија и уједно најсложенија питања.

⁴⁵ Пресуда Суда Босне и Херцеговине, број: X-KŽ-07/436, од 16.12.2010. године.

С тим у вези, потребно је радити на даљем унапређењу законског оквира и усавршавању практичних аспеката коришћења посебних истражних радњи у сузбијању криминалитета, како би се максимализовали ефекти њихове примјене, а, са друге стране, ограничиле могућности негативних конотација коришћења посебних истражних радњи.

Summary

The use of special investigative activities in criminal investigations represents the significant contribution to fight against criminality, especially its most severe forms such as organised crime, terrorism etc. However, even though applied since 2003 in Republic of Srpska and BiH, there are still many theoretical and practical dilemmas, as well as some unresolved issues extremely significant for the application of special investigative activities. Especially worrying is the fact that these problems may influence the efficiency of using special investigative activities in investigation, but may also have other consequences reference its use in suppressing the criminality (for example limited use of certain activities). Generally speaking, we may speak of three groups of problems that are especially expressed in the application of special investigative activities in criminal investigations: firstly, there is a legal framework of regulating special investigative activities, since some legal solutions are insufficiently precisely defined and there are still certain doubts and lacks. Besides that, the bylaw framework regulating the use of special investigative activities is rather limited or non-existent, (regulation books, procedures, instructions, etc.) what significantly contributes to this problem; secondly, overuse of certain special investigative activities (for example secret surveillance and technical telecommunications recording), with simultaneous neglected use of some other measures and activities that may be very useful, such as computer data sorting. Similarly, the comparison may be made with use of undercover investigator and informer, where the undercover investigator is more often used than an informer, speaking of special investigative activities, thus making no real sense and having no justification, since the use of informer is far more simple activity for application and our experiences are far greater in working with informers than with undercover investigators. The issue emphasised with this group of problems is that of leading to commit crime during overtaking certain special investigative activities (for example undercover investigator; simulated legal affairs), i.e. protection from leading to commit crime: thirdly, possibility of using evidence obtained in the process of applying special investigative activities is very often burdened with the doubt of significant violations of criminal procedure provisions, regardless of how the evidence was obtained, illegally or evidence arising from illegal evidence (rotten fruit). Besides these key problems in using special investigative activities in an investigation, there may be issues regarding interna-

tional cooperation mentioned, issues regarding application of special investigative activities, organisation of implementation of special investigative activities, witness protection issues, etc. The dilemma is whether judicial, prosecutors' or police specialisation is needed, or if the formation of special agencies for conducting special investigation activities is needed. Further on, there is a discussion directed towards the issue that cooperation on international level in the implementation of special investigative techniques should be planned through bilateral and multilateral agreements, or by forming joint investigative bodies in more countries. Special problems are the issues that refer to the witness protection institute, since these issues are the most sensitive and, at the same time, the most complex.

Key words: *special investigative activities, investigation, evidences, law on criminal procedure.*

MAGISTRATI U BORBI ZA SVOJU NEZAVISNOST

Dr Jovan Ćirić

Apstrakt: U ovom radu, autor analizira položaj magistrata - sudija i tužilaca u savremenim prilikama, odnosima sa izvršnom vlašću, kako u Francuskoj, tako i u Italiji i Španiji. Pojavljuju se danas, naime, izazovi nezavisnosti pravosuđa, pre svega kroz sve češće komentare koje visoki predstavnici izvršne vlasti upućuju na račun rada organa pravosuđa. Radi se o tome da predstavnici najviših izvršnih organa vlasti, predsednici država i predsednici vlada za rad jeftinih demagoško-populističkih poena javno kritikuju rad pravosudnih organa, čime vrlo izrazito dovode u pitanje njihovu nezavisnost. Osim toga, radi se i o ekonomskim problemima današnjice, te potrebama za racionalizaciju pravosudnog sektora, a što takođe može imati nepovoljne posledice po nezavisnost pravosudnih organa – magistrata, čak i u zemljama koje se, inače po svemu mogu smatrati uzorom demokratije i vladavine prava. Autor ovog članka smatra da i mi u Srbiji, odnosno na prostorima bivše SFRJ, sve ovo možemo i moramo imati u vidu kada govorimo o naporima za uspostavljanje vladavine prava.

Ključne reči: pravosuđe; nezavisnost; izvršna vlast; Francuska; Italija; Španija.

* * *

Naslov ovog rada mogao bi glasiti „Magistrati na meti izvršne vlasti“. Naime, upravo pod tim naslovom na internetu se nedavno pojavio jedan članak koji analizira aktuelne trendove reforme pravosuđa, odnosno ono što se dešava u pravosuđu u Francuskoj, Italiji i Španiji.¹ I u tim zemljama govori se o potrebi da se sa jedne strane

* Др Јован Ћирић, Институт за упоредно право, Београд

¹ Članak pod naslovom „Governments target magistrates in reform of european justice system“ – dostupno na internet sajtu www.cafebabel.co.uk/article/29540/europe-reform-legal-france-italy-spain.html.

smanje izdaci za pravosudni sistem, da se sprovedu izvesne uštede, a da se, sa druge strane, poveća efikasnost tog istog sistema, te se u tom smislu i u dotičnim zemljama govori i o potrebi uvođenja tužilačke istrage, odnosno zamene tzv. istražnih sudija², kao i o još nekim drugim merama i aktivnostima koje po mnogo čemu podsećaju na situaciju u Srbiji, na aktuelne reforme u Srbiji. Zaista se, u tom smislu, mogu praviti zanimljiva poređenja između Srbije i dotičnih zemalja, različita uporednopravna istraživanja, te mi zbog toga i mislimo da sve ovo što se događa u dotičnim zemljama zavređuje pažnju.

Komparativne studije, uporedna istraživanja uopšte, imaju uglavnom za cilj da nam pokažu kako „to izgleda kod drugih“, a kada je pravo u pitanju, pre svega - kakva su rešenja u zakonodavstvu i praksi drugih zemalja, jednom rečju, šta treba poboljšati kod nas samih. Ali, upravo se tu mogu skrivati i brojni problemi, izazovi, nerazumevanja, nevolje.³ Ponekad, komparativna istraživanja imaju za cilj da nam pokažu i kako ne treba raditi da ne bismo i sami došli u iste, ili slične probleme. Ponekad opet da nam ukažu na odgovarajuće standarde i međunarodna dokumenta koja treba ispoštovati.⁴ Odnosno, ponekad je potrebno videti da i drugi imaju iste, ili slične probleme sa kojima se i mi suočavamo, te da ma koliko nam se činilo da „ovo kod nas“ „nigde ne postoji“, da to baš i nije tako, te da slični problemi muče i druge, tj. da se sa sličnim izazovima suočavaju i drugi.

Ponekad smo u tom smislu skloni da prema samima sebi budemo prestrog, ponekad smo skloni da poverujemo kako se neke vrste problema pojavljuju samo kod nas, bilo zato što se nalazimo u tranziciji, bilo zato što su i naša tradicija i mentalitet takvi kakvi su. Ovo se odnosi na mnoge stvari, pa i na probleme vezane za ugrožavanje demokratije, ljudskih prava i nezavisnosti sudstva, probleme koji, međutim, izgleda ipak nisu karakteristični samo za Srbiju danas, za koju se s pravom može reći da postoje problemi i zabrinutost zbog načina na koji su sprovedene nedavne pravosudne reforme, naročito reizbor sudija i tužilaca.⁵ Ta zabrinutost za demokratiju, za vladavinu prava i za nezavisnost pravosuđa, nije bez osnova, ali, nije netačno ni ako se kaže i to da neki slični problemi muče i neke druge, razvijenije i demokratskije zemlje, kao što su, na primer, Francuska, Italija, ili Španija. O tome želimo ovde da kažemo nekoliko reči.

No, najpre bi možda trebalo reći nešto o samom pojmu magistrata, karakterističnom za zapadnoevropske zemlje. Naime, sam pojam „magistrata“ potiče od latinskog pojma koji se odnosio na sve izabrane funkcionere starorimske države.⁶ On je obuhvatao i pravosudne i ne samo pravosudne funkcionere, a danas obuhvata

² Ibidem

³ Jovan Ćirić; - Nevolje sa uporednim pravom; - „Strani pravni život“ 1/2008, str. 7-31

⁴ Na primer, kada je reč o položaju sudija, o čemu mi ovde hoćemo da govorimo: Ana Knežević-Bojović; - Građanska, krivična i disciplinska odgovornost sudija – međunarodni dokumenti i Srbija; - „Strani pravni život“ 3/2008, str. 122-138.

⁵ „Izveštaj Evropske komisije“ – „Tužilačka reč“ Decembar 2010. br. 16, str. 94.

⁶ http://sh.wikipedia.org/wiki/Rimski_magistrati

podjednako i sudije i tužioce i sudije za prekršaje. Smatra se da on dolazi od latinskog izraza „magnus“ – „veliki“, što bi trebalo da podrazumeva, da simboliše veliku vlast koju magistrati (sudije, tužioc, sudije za prekršaje) imaju.⁷ To je uostalom na tragu onog uobičajenog poimanja o trećoj, sa drugima ravnopravnoj grani vlasti, o čemu se stalno govori – pored zakonodavne, izvršne i sudska vlast. Pokazuje se međutim da u realnosti i nije baš tako, te da veliki, pravi „magnusi“, danas više nisu ni sudije ni tužioc, nego neki drugi i to čak i u zemlji Šarla Monteskeja, odakle i od koga je i potekla ta ideja o trećoj, ravnopravnoj grani vlasti.⁸ Ono što se sasvim nedavno događalo u Francuskoj, a u vezi sa francuskim magistratima, pokazuje nam da izazovi sudskoj nezavisnosti i te kako postoje i da se oni manifestuju u danas nešto izmenjenim oblicima. Ipak, makar samo u jednom terminološkom smislu, izraz „magistrat“, izraz „magnus“ od čega potiče „magistrat“, podrazumeva nešto uzvišeno, veliko, nešto što samo po sebi treba da izazove (izvesno) strahopoštovanje. No, izgleda da čak i u Francuskoj, odakle u dobroj meri potiče ideja o „magistratskoj uzvišenosti“, te magistratske uzvišenosti je sve manje, a ugrožavanja i „unižavanja“ poštovanja i nedodirljivosti magistrata sve je više. To je, naravno, moralo proizvesti odgovarajuće reakcije na strani magistrata, koji su uzvratili izvršnoj (političkoj) vlasti, direktno je i otvoreno kritikujući.

Naime, sudije i tužioc, tj. magistrati, nedavno su izašli na ulice francuskih gradova, organizujući proteste, pre svega protiv predsednika Sarkozija i njegovog negativnog komentara na račun rada pravosuđa u Francuskoj. U tom smislu danima su francuski sudovi postupali samo u urgentnim slučajevima koji ne trpe odlaganje. Demonstracije su bile organizovane u Marselju, Parizu, Lionu, Bordou, Nantu, Mecu, itd. Dogodilo se naime to da je izvesna Leticija Pere, 18-godišnja konobarica, nestala, tj. ubijena je u januaru 2011. u jednom malom mestu u unutrašnjosti Francuske. Nedugo nakon toga, policija je kao glavno-osumnjičenog uhapsila izvesnog 31-godišnjeg Tonija Mejona, za kojeg se ispostavilo da ima „debeo“ kriminalni dosije, da je već ranije osuđivan i to upravo baš za silovanje.⁹ On je za to delo silovanja, izvesno vreme pre slučaja Leticije Pere, bio pušten iz zatvora i to pušten na uslovni otpust, a bez da mu je bio određen, dodeljen službenik za uslovni otpust tzv. „Probation officer“, koji bi ga pratio, nadgledao na slobodi, na uslovnom otpustu, što je inače praksa u Francuskoj. Ovo je Sarkozy okvalifikovao kao očiglednu grešku pravosuđa. Predsednik Sarkozy je bio veoma oštar u kvalifikacijama rada francuskih pravosudnih organa, koristeći se, naravno, demagoško-populističko-emotivnim frazama i nabojem koji je vladao u čitavoj francuskoj javnosti, a povodom gnusnog zločina.¹⁰ Takav nastup predsednika države iritirao je same francuske magistratske,

⁷ Aleksandra Čavoški; Jovan Ćirić; - Strukovna udruženja; - izdavač Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije; - Beograd, 2011.

⁸ Šarl Monteske; - O duhu zakona; - prevod sa francuskog - Beograd, 1989.

⁹ O čitavom događaju, može se pročitati u tekstu pod naslovom „Angry French Judges Strike over Sarkozy comments“ na adresi: www.bbc.co.uk/news/world-europe-1241440

¹⁰ www.youtube.com/watch?v=JN107d4M-pE

koji su isticali nedopustivost takve vrste političkih borbi i jeftine demagogije, kojoj je pribegao šef države.¹¹ Organizovani su javni protesti, demonstracije magistrata u francuskim gradovima.

Na protestima sudija, tužilaca, magistrata, tom prilikom je rečeno da pravosuđe u Francuskoj kuburi sa znatnim ekonomskim problemima, da pre svega nema dovoljno tehničkih, kadrovskih kapaciteta, da bi se svi neophodni poslovi odradili na najbolji mogući način. Istaknuto je tom prilikom da u Nantu, na primer, svega 17 službenika za uslovni otpust („probation officeri“) ima za zadatak da prati čak 3.300 lica na uslovnom otpustu, te da je u takvim uslovima nemoguće raditi na zadovoljavajući, kvalitetan način. Francuske sudije i magistrati, istakli su tom prilikom da komentari koji dolaze od strane visokih političkih zvaničnika, a na račun pravosuđa, komentari od strane predsednika Sarkozyja na račun rada magistrata, uvek mogu imati izrazito negativnog efekta na poverenje građana u rad sudova, a što opet vrlo nepovoljno utiče na samu nezavisnost magistrata – pravosuđa.¹²

Ispostavlja se, međutim, da je praksa neprimerenog, neprincipijelnog komentaranja rada pravosuđa u pojedinačnom i opštem smislu, nešto što je karakteristično za današnje medije i političare i u Srbiji i u Francuskoj i u mnogim drugim zemljama. Tako je, na primer, 1992. godine budimpeštanska advokatska komora donela jednu etičku preporuku svojim članovima da se uzdrže od komentaranja naročito nepravosnažnih sudskih odluka, jer to može imati vrlo nepovoljnog dejstva na rad sudova, na uspostavljanje nezavisnosti sudova, na poverenje građana u pravosuđe.¹³ Jer, nezavisnost sudija se u dobroj meri zasniva na poverenju građana u pravosuđe, prtaktično na tome kako građani percepiraju pravosuđe, da li ga i koliko percepiraju kao nezavisno, ili ne. Ako građani pravosuđe percepiraju kao korumpirano i zavisno, onda čak i kada je takva percepcija pogrešna, ona ima znatnog negativnog uticaja na stvarnu nezavisnost sudstva.¹⁴ Francuski magistrati su upravo to imali u vidu kada su organizovali proteste protiv Sarkozyja i njegovih negativnih komentara, odnosno njegovog demagoškog širenja nepoverenja u rad pravosuđa.

Osim toga, magistrati u Francuskoj su istakli na svojim protestima da Francuska znatno više sredstava izdvaja i za zdravstvo i za obrazovanje i za kulturu, nego za pravosuđe i pravosudni sistem, te da se, imajući to u vidu ni ne mogu očekivati neki spektakularni rezultati francuskog pravosuđa.¹⁵

¹¹ Ibidem

¹² Aleksandra Čavoški; Jovan Ćirić; - op.cit.

¹³ Jovan Ćirić; - Pravosuđe i mediji; - u zborniku radova „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“; - izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja – Beograd, 2007. str. 219-238.

¹⁴ Slobodan Vuković; - Problemi poverenja u pravosuđe; - „Sociološki pregled“ 4/2007.

¹⁵ U tekstu pod naslovom „Nicolas Sarkozy, stop judging the judges“, dostupno na internet adresi www.guardian.co.uk/commentsfree/2011/feb/09/nicolas-sarkozy-judges-magistrates

Bar tri stvari u čitavoj ovoj priči dolaze do posebnog izražaja. I francusko pravosuđe se, poput našeg, suočava sa kadrovsko-ekonomskim problemima, tj. nedovoljnim kadrovskim i ostalim neophodnim kapacitetima, resursima.¹⁶ S druge strane, i francusko pravosuđe suočava se sa problemom neprincipijelnih komentara od strane političara. S treće strane, međutim, za razliku od situacije u Srbiji, u Francuskoj, kako nam pokazuje upravo ova situacija, štrajk sudija nije nezamisliv, a sudijske strukovne organizacije su u stanju da organizuju štrajk baš kao i bilo koja druga sindikalna organizacija, te to i ne predstavlja nešto povodom čega bi se javnost i političari posebno uznemirili. Uostalom, već sam naziv strukovne organizacije francuskih magistrata, asocira na (klasičan) sindikat, a to će reći i metode sindikalnih borbi. U tom smislu, udruženje nosilaca pravosudne funkcije Francuske naziva se *Syndicat de la magistrature*¹⁷. Da napravimo jedno malo poređenje sa Srbijom, u Srbiji su takve vrste sindikalno-štrajkačkih borbi i aktivnosti nezamislive kada je reč o sudijama (i tužiocima). Verovatno bi mnogi, kada bi se tako nešto dogodilo u Srbiji, imali izrazito negativan komentar, te ljudima iz srpskog pravosuđa ni ne pada na pamet da sprovedu takvu jednu aktivnost. S druge strane, međutim, svedoci smo i ranije i danas štrajkačko–sindikalnih aktivnosti od strane pripadnika srpske policije, što je po svemu znatno problematičnije, nego kada protestuju sudije (i tužioc).

Na neki način, i Italija je slična Francuskoj. Zaista je više nego simptomatična izjava italijanskog premijera Berlusconija, koji je nedavno, u maju 2011, kada se pojavio na suđenju zbog jednog korupcionaškog skandala, izjavio i to da su magistrati rak-rana italijanske demokratije, jer, u stvari, organizuju politički montirane procese na kojima njega (Berlusconi) progone.¹⁸ Već samo ta jedna izjava bila bi dovoljna da odslika jedno vrlo loše stanje na relaciji pravosudna–izvršna vlast u Italiji, te da nam, u stvari, dočara da u Italiji postoje ozbiljni problemi u vezi sa onim što nazivamo demokratija, ljudska prava, vladavina prava... Pomislimo u tom smislu kako bi to izgledalo kada bi tako nešto izjavio srpski premijer – „Sudije i tužioc su rak-rana demokratije u Srbiji“.¹⁹ Na delu je jedan zaista pravi mali rat između sudija i tužilaca, sa jedne strane, te Berlusconi i njegove administracije, sa druge strane. S tim u vezi, strukovno udruženje italijanskih magistrata tradicionalno izdaje i jedan tromesečni časopis „La Magistratura“, u kojem se govori, i uopšteno i pojedinačno o mnogim od ovih problema sa kojima se suočavaju italijanski magistrati, odnosno koji mogu predstavljati izazov za njihovu nezavisnost. U svojevrsnom „ratu“ sa Berlus-

¹⁶ Generalno uzev, na osnovu nekih komparativnih istraživanja, ne bi se moglo reći da je srpsko pravosuđe bitno lošije i neefikasnije od evropskih proseka (O tome Aleksandra Rabrenović; - Stanje u srpskom pravosuđu u poređenju sa drugim evropskim zemljama; - „Strani pravni život“ 2/2010).

¹⁷ <http://www.syndicat-magistrature.org/Qu-est-ce-que-le-Syndicat-de-la.html>

¹⁸ www.anhourago.us/show.aspx?!=8420948

¹⁹ Istina je međutim i sledeća – srpski političari su, naročito u periodu nakon 2000. godine, izjavljivali takođe brojne ružne prekore upućene pravosuđu, upotrebljavajući termine kao što su „korumpirani“, „nesposobni“, „Miloševići“ itd. Pravu malu zbirku takvih ružnih opaski na račun srpskih sudija izrečenih od strane Dinkića, Batića, Čanka i ostalih političara, sačinio je i Slobodan Vuković u svojoj knjizi „Korupcija i vladavina prava“, Beograd, 2002.

konijem, odnosno sa pokušajem reforme pravosuđa, te ograničavanjem nadležnosti i vlasti pravosudnog saveta, italijansko udruženje je decembra 2008. godine animiralo brojne međunarodne organizacije, čak i UN, te time, makar za trenutak odložilo početak najavljivanih reformi.²⁰

Pokušava se u Italiji, između ostalog reformisati i sistem advokature, te, između ostalog, postoje zalaganja i za uvođenje sistema osiguranja od odgovornosti za advokatsku grešku, što, naročito kod mlađe advokatske populacije, odnosno kod advokata početnika, nailazi na neodobravanje.²¹

Berlusconi je, dakle, optužio naročito podružnicu Italijanskog udruženja magistrata iz Milana za neprincipijelne napade na njega i mešanje u politički život Italije, ali je predsednik Nacionalne asocijacije, kao i sekretarijat te asocijacije, Berlusconi prozivao i prigovarao mu zbog poznatog seks-skandala.²²

Bilo je i drugih, vrlo konkretnih slučajeva i primera „ratovanja“ italijanskih magistrata i izvršne vlasti. Tako su u jesen 2009. godine, u najširoj italijanskoj javnosti, „eksplozirale“ diskusije o slučaju sudije Rajmonda Mesijana. Dotični sudija je osudio Berlusconijevu medijsku kompaniju „Finiinvest“, da u jednom slučaju, slučaju „Mondadori“ plati kaznu – odštetu od 750 miliona evra. Nakon toga TV-kompanija „Kanal 5“ započinje medijsko-manipulativnu kampanju protiv dotičnog sudije i njegovog privatnog života. Cela situacija je uzburkala najširu javnost i reagovalo je i italijansko udruženje magistrata, kritikujući sve učestaliju praksu zahteva za privatnost sudija, čime se znatno ugrožava nezavisnost sudija. Sudija je tajno praćen i sniman od strane novinara Kanala 5, iako nije bilo ničeg neobičnog u ponašanju sudije Mesijana, novinari su o njemu govorili kao o vrlo ekstravagantnoj osobi, a takvim ocenama se pridružio i jedan njegov neimenovani kolega pravnik u tekstovima objavljenim u listu „Il Giornale“. Sve je to isprovociralo Italijansko udruženje magistrata da u nekoliko navrata stane u zaštitu privatnosti sudije Mesijana, ali i svih drugih sudija, te prakse, koja ugrožava nezavisnost pravosuđa.²³

Sve nam ovo pokazuje nekoliko stvari. Uprkos možda suprotnim očekivanjima, ni zapadne države sa relativno dugačkom demokratskom tradicijom, nisu i ne moraju biti sasvim imune na moguće izazove i ograničenja nezavisnosti sudstva. Odnosno svaka, pa i najdemokratskija izvršna vlast, a kamoli vlast na našim balkanskim prostorima, po prirodi stvari je sklona da na različite načine ugrožava i ograničava sudijsku nezavisnost, naročito zato što iza pravosuđa po prirodi stvari ne stoji ni finansijska, ni politička ni bilo koja druga izrazita respektabilna moć, kakva stoji iza izvršne

²⁰ http://it.wikipedia.org/wiki/Associazione_Nazionale_Magistrati

²¹ O advokaturi u Italiji videti u članku Giovannija Tamburrinija; - Advocates in Italy, France and Germany – „Strani pravni život“ 1/2011.

²² Tekst pod naslovom „Sudije prigovaraju italijanskom premijeru zbog seks skandala“ - „Judges scold Italian PM for sex scandal“ – dostupno na adresi www.presstv.ir/detail/161176.html

²³ www.nowitaly.com/giornale/6782/mondadori-mesiano-case-explodes-magistrates-association-against-canale.htm?a=comment

vlasti. I upravo je tu i u tome značaj pravosudnih strukovnih udruženja, kao neka svodna, krovna zaštita pred nasrtajima izvršne vlasti. Pravosudna vlast je u odnosu na izvršnu sama po sebi slaba, a pogotovu je slaba, ako nasuprot izvršne vlasti stoji jedan sudija, ili tužilac – pojedinac. Zbog toga je uvek korisno da iza pojedinca stane čitavo jedno udruženje, kakvo je udruženje magistrata.²⁴

Kada je u pitanju Španija, treba reći da su se i španske sudije nedavno odlučile na štrajk. U februaru 2009. godine, nešto manje od polovine španskih sudija stupilo je u jednodnevni štrajk, tokom kojeg su samo najhitniji slučajevi bili rešavani. Sudije su tokom protesta istakli zahtev da sistem treba značajno modernizovati, ali da pre svega treba da bude primljeno još 1.000 novih sudija, kako bi se postojeće sudije rasteretili, a postupci ubrzali. Ministar pravde je na to odgovorio da sudije nemaju pravo da štrajkuju i da dotične sudije, u stvari, predstavljaju manjinu sudija u Španiji, te je ministar zatražio od Visokog saveta sudstva da on preduzme akcije protiv onih koji štrajkuju, no, bar do sada nisu se dogodile nikakve konkretne akcije na tom planu.²⁵ Dakle, kao i u Francuskoj i Italiji, i u Španiji je između predstavnika pravosudne i izvršne vlasti došlo do izvesnog „varničenja“ i razmene političkih udaraca. Odnosi između političara i sudija, ni u Španiji nisu dakle uvek „glatki“, što znamo da jeste karakteristika Srbije, ali, jeste karakteristično, kao što smo videli, i za Francusku i Italiju.

U stvari, i u Španiji se dogodilo nešto slično onome što se dogodilo u Francuskoj. Neposredan povod za štrajk i proteste bile su (neprincipijelne) javne, medijske kritike izrečene na rad pravosuđa i rad i presudu jednog konkretnog sudije. Dogodilo se to da je u Španiji bilo održano suđenje jednom pedofilu, suđenje koje je završeno oslobađajućom presudom, jer je sud smatrao da nije prezentovano dovoljno ubedljivih dokaza. Stvar je završena tako što je dotični pedofil pušten, a ne mnogo nakon toga, taj pedofil je učinio jedno drugo gnusno delo – silovao je i ubio petogodišnju devojčicu, što je uzбудilo i revoltiralo najširu javnost, te su, kako to obično biva, i političari i obični građani iskoristili priliku da čitavo pravosuđe, a posebno tog konkretnog sudiju, postave na „stub srama“ i izlože vrlo oštrim kritikama. Ostale sudije, kolege dotičnog sudije, protestom koji su organizovali, jednodnevnim štrajkom, iskazali su solidarnost sa napadnutim kolegom i kritikama na rad pravosuđa uopšte.²⁶

Pokazuje se da se danas u mnogim, gotovo svim društvima, državama, koriste slični, da ne kažemo isti metodi pritisaka na rad pravosuđa, a to je nešto što bismo mogli da nazovemo „viktimološke zloupotrebe“²⁷, kada se, u stvari, manipuliše strahom najšireg javnog mnjenja, strahom od, tobože narastajućeg kriminaliteta, te se

²⁴ A. Čavoški, J. Ćirić; - op.cit.

²⁵ U tekstu pod naslovom „Spanish Judges on one-day Strike“, dostupno na internet adresi <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/789695.str>

²⁶ U tekstu pod naslovom „Spanish judges strike over poor working conditions“, dostupno na internet adresi www.thaindian.com/newsportal/politics/spanish-judges-strike-over-poor-working-conditions.html.

²⁷ Jovan Ćirić; - Viktimološke zloupotrebe; - „Pravni život“ br. 9/2010.

onda od sudova traži da budu što je moguće stroži i represivniji prema učiniocima (različitih) krivičnih dela. Kriminalitet, strah od kriminaliteta, patnje i stradanja nevinih žrtava, jesu ono što se u demagoško-populističkom vokabularu političara, bilo onih na vlasti, bilo onih iz opozicije, veoma vešto može koristiti, zloupotrebljavati i to, kao što vidimo ne samo u Srbiji, nego i u Španiji, ili na primer, Francuskoj. U tom smislu, česte su i floskule o tome da borba protiv kriminaliteta i korupcije „nema cenu“, ali se, u stvari, vrlo brzo ispostavlja da to uopšte nije tačno, već da je tačno nešto što je upravo obrnuto. Ako hoćete da imate efikasno i delotvorno pravosuđe i uspešnu borbu protiv kriminaliteta, onda morate ulagati više u pravosuđe, pa i policiju, a to automatski znači davati manje za zdravstvo, kulturu, nauku, prosvetu, itd.²⁸ Da podsetimo u tom smislu na ono što su na protestima rekli francuski magistrati, u jednom negativnom kontekstu: da Francuska znatno više izdvaja za obrazovanje, nauku i kulturu, nego za pravosuđe.²⁹ Stvari se međutim mogu sagledavati i na drugi način. Kada ne bi bilo tako, kada bi se više davalo za pravosuđe (a to znači i za penitencijerne sisteme) nego za kulturu, onda bi se državnoj vlasti vrlo lako mogle uputiti brojne kritike u tom smislu da država više brine o zatvorima, nego o pozorištima na primer.

U svakom slučaju, ekonomski problemi kada je reč o pravosuđu i o ostvarivanju nezavisnosti pravosuđa, ne mogu se zanemariti. U stvari, moglo bi se reći da je ekonomska sloboda i nezavisnost u dobroj osnovi svake druge vrste nezavisnosti i slobode, pa i kada je reč o nezavisnosti sudija i tužilaca. U tom smislu, treba uzeti u obzir i pokazatelje iz jednog istraživanja o sudijskim platama.³⁰ Prema rezultatima tog istraživanja, prosečni sudija u Španiji ima 1,83 puta veću platu od prosečnog bruto društvenog proizvoda po glavi stanovnika. Zatim na red dolazi Italija sa odnosom 2,43 puta, Francuska 2,58 i Nemačka sa odnosom 2,62 puta. Na samom vrhu nalazi se Velika Britanija sa odnosom 6,33 puta. Pri svemu tome, uvek treba imati u vidu i izuzetno dugu tradiciju nezavisnosti engleskih sudija, što je danas u Britaniji, postalo deo nečega što se shvata kao pitanje osnovnih kulturno-moralnih vrednosti, odnosno neke vrste bontona, bontona da se ni na koji način ne sme ugrožavati nezavisnost sudija. Pa ipak, i pored toga, britanske sudije su znatno plaćenije nego španske, ili italijanske. Naravno, pitanje plata jeste i pitanje sveukupnog državnog budžeta, sveukupne ekonomije u jednoj zemlji, ali, sa druge strane, može se reći i to da britanska ekonomija nije jača od nemačke, ali, Britanci po tradiciji više cene i „neguju“ nezavisnost svog sudstva, te su zbog toga i plate britanskih sudija veće nego plate nemačkih i svih drugih sudija.

Definitivno, dakle, na pitanje da li su i koliko magistrati u jednoj zemlji nezavisni, veliki značaj ima ekonomija, ali svakako je tu značajno i pitanje tradicije,

²⁸ Boris Begović; - Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja; - „Crimen“ 1/2010, str. 50-64

²⁹ U tekstu pod naslovom „Nicolas Sarkozy, stop judging the judges“, dostupno na internet adresi www.guardian.co.uk/commentsfree/2011/feb/09/nicolas-sarkozy-judges-magistrates

³⁰ www.arrunada.org/en/Teaching-Materials/e258/Judicial-salaries.axd

odnosno pitanje koliko je dugačka tradicija poštovanja sudijske nezavisnosti. Sve to podrazumeva, između ostalog, i pitanje da li i koliko su magistrati u stanju da se sopstvenim samoorganizovanjem odupru i izbore za sopstvenu ekonomsko-socijalnu i političku nezavisnost, da li su i koliko u stanju da se odupru neprincipijelnim kritikama i pritiscima. U tom smislu, ovde treba pomenuti i činjenicu da su udruženja sudija i tužilaca u Srbiji vrlo skorog datuma, a osim toga da su i kada su formirana, ona od strane zvanične vlasti u Srbiji, sve do skora bila doživljavana kao nekakva opoziciona, subverzivna, destruktivna organizacija, organizacija „stranih plaćenika“. Sve to naravno nije slučaj sa strukovnim udruženjima magistrata (sudija i tužilaca) u zapadno-evropskim državama, koja imaju daleko veću, dužu tradiciju postojanja, organizovanja i respektovanja od strane političkih vlasti.

Takve organizacije su u Nemačkoj i Italiji osnovane još 1909. godine, u Velikoj Britaniji 1921, u Francuskoj 1968, a u Španiji, iz svima znanih razloga, tek 1980. godine, kada je osnovano najbrojnije strukovno udruženje - „Asociacion Profesional de la Magistratura“.³¹

Ideje i početne inicijative za osnivanje jedne takve strukovne pravosudne organizacije u Španiji se, inače, vezuju za 1931. godinu. Te ideje i inicijative su naravno osujećene, najpre španskim građanskim ratom, a nakon toga i periodom Frankove diktature. Ideja o profesionalnom strukovnom udruženju, ponovo se javila tek nakon Frankove smrti, u periodu 1976-78. godina. Na kraju je, 1979. godine formiran i inicijativni odbor, koji je pripremio održavanje prvog konstitutivnog kongresa španskih sudija (magistrata), koji se održao u martu 1980. a ubrzo zatim i drugi 1981. godine, kada se definitivno završava period konačnog konstituisanja „Asociacion Profesional de la Magistratura“. Nakon toga, svake druge godine u različitim gradovima Španije održavaju se kongresi, na kojima se raspravlja o različitim temama, zauzimaju različiti stavovi o aktuelnim društveno-političkim i ekonomskim pitanjima, itd. Ovo špansko udruženje objavljuje nekoliko puta godišnje časopis „Deliberacion“, koji tretira i stručne, ali i aktuelno-političke teme, kada je reč o položaju pravosuđa u Španiji. Naravno, statutom same organizacije, predviđeno je da su osnovni ciljevi „Profesionalnog udruženja magistrature“, promovisanje najvažnijih demokratskih principa vladavine prava, kao i zaštita od svih potencijalnih napada, tj. ugrožavanja nezavisnosti sudija, te sveukupna briga za socio-ekonomski položaj sudija. Po tome se, naravno, ova organizacija, kao i po tome što direktno organizuje edukaciju i kurseve za svoje članove³², ne razlikuje bitno od svojih pandana u drugim zapadno-evropskim državama, kao što su Francuska i Italija, itd.

U svakom slučaju, pitanje nezavisnosti magistrata (pravosuđa) je jedno vrlo kompleksno pitanje o kojem su napisani tomovi različitih i vrlo sveobuhvatnih knjiga, a mi smo ovde želeli da kažemo zapravo samo to da Srbija nije jedinstvena i

³¹ www.magistratura.es

³² Tako je, na primer, oktobra 2008. u Valenciji bio održan kurs – savetovanje na temu: „Pravda, telekomunikacije i informatičko društvo“.

specifična zemlja koja se susreće sa problemom pritisaka na pravosuđe, pritisaka koji dolaze od strane političara. Sa tim i takvim izazovom suočavaju se i mnoge druge, znatno razvijenije zemlje, zemlje sa dužom tradicijom, pa kako smo pokazali i Francuska i Italija i Španija. Sa druge strane nezavisnost pravosuđa je poput demokratije, ili ljudskih prava³³, ona se ne može uspostaviti u jednom trenutku, tako što je do juče nije bilo, a od danas je ima. Tako što smo doneli jedan zakon, zakon kojim smo sve probleme razrešili jednom za svagda i uspostavili – proklamovali nezavisnost pravosuđa. Nezavisnost pravosuđa, demokratija, vladavina prava, jesu, u stvari, procesi koji se nikada ne završavaju, nikada ne dovršavaju, te se zbog toga nikada ni ne može reći da u ovoj zemlji postoji nezavisno pravosuđe, a u onoj (drugoj) ne postoji. Izazovi na putu ka cilju koji se nikada ne može sasvim dostići³⁴ su brojni i raznovrsni i što je najvažnije oni se pojavljuju u različitim oblicima, ali su suštinski uvek vrlo slični. Ti izazovi, ta iskušenja, ipak se mogu grupisati u dva najčešća, koja su naročito u poslednje vreme karakteristična i za Francusku i za Španiju i za Italiju, a što je značajno sagledati kada se radi i o Srbiji, i uopšte našim balkanskim prostorima.

Jedno iskušenje, jedan izazov, jeste medijsko-demagoško-populističko manipulisanje strahom od kriminaliteta, te kritikama upućenim pravosuđu za sporost i blagost. Te kritike dolaze od strane političara i one negativno utiču na poverenje građana u pravosuđe, jer impliciraju da su sporost sudova i njihova blaga kaznena politika krivi za to što se, na primer, dogodilo neko ubistvo ili silovanje. Ono što je takođe vrlo karakteristično i tipično i za ove tri zemlje, ali i za Srbiju, jeste priča o nekoj vrsti ekonomske racionalizacije pravosuđa. Radi se o tome da postojeća ekonomska kriza, implicira i smanjenje budžeta za potrebe pravosuđa, a što opet dovodi ili do smanjivanja broja sudija, ili do nekih drugih sličnih pojava, problema, koje možemo različito nazivati, ali koji jesu karakteristični i za Španiju i za Italiju i za Francusku, a kao što znamo i za Srbiju.

U svakom slučaju, smatrali smo da je veoma korisno za države na balkanskim prostorima da uzmu u obzir, makar samo neka najnovija iskustva, čak i negativna iskustva, zemalja kao što su Francuska, Italija i Španija. Prezentirati kako i šta se događa u tim zemljama, te kako i na koji način se sami magistrati u dotičnim zemljama bore za svoju samostalnost – nezavisnost, svakako je vrlo značajno i korisno. Svaki potencijalni čitalac će, čini nam se, moći iz svega ovoga izvući odgovarajuće zaključke i pouke, što je uostalom i osnovni cilj svih, ili bar bajvećeg broja upored-nopravnih istraživanja.

³³ Te tri stvari su sasvim povezane u jednu nerazrešivu celinu.

³⁴ Cilj je naravno apsolutna nezavisnost pravosuđa, ali to je cilj koji je nedostižan, te je u stvari osnovna suština i svrha ne u cilju, nego u putovanju do tog cilja.

MAGISTRATES IN THE FIGHT FOR THEIR INDEPENDENCE**Summary**

At the begining of 2011, one young girl in France was raped and killed. Very fast after that police discovered that the perpetrator of that crime was a man who before that was convicted for a similar offence, but was released from a jail on a probation. That was a situation that provoked politicians to express their negative opinions about judiciary. Presiudent Sarkozy said that the judiciary made a big mistake. Because of those comentaries, the Association of Magistrates in France organized a strike in all big cities in France. On that strike, magistrates pointed out that the President endangered some basic principles of the independence of judiciary. They also said that the econimic conditions for their work are very bad – that for example in the city of Nantes, there are only 17 probation officers for 3.300 persons who are on the probation.

Two years before that in Spain, something similar has happened. The murder of a little girl, negative comentaries (critics) about judiciary, one day-strike of magistrates, who also said that they are overload with the number of cases and that they need 1.000 judges more.

In Italy, magistrates are in a permanent war with the prime minister Berlusconi, who said in one occasion that magistrates are the cancer for the democracy in Italy.

The author of this article presented those situations, problems on the relation government – magistrates in France, Italy and Spain. He wanted to show that challenges for judicial independence are not tipical only for countries in transition like Serbia is.

Key words: *magistrates, indipendence, France, Italy, Spain.*

СРПСКО КАЗНЕНО ЗАКОНОДАВСТВО ИЗМЕЂУ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA¹

Др Златко Николић*

Апстракт: Све државе, од када постоје, свој темељ заснивају на неком од видова закона, обичаја или културних навика, али ти закони, обичаји и културне норме никада нису били имуни на могуће или латентне промене, чак и када су их проглашавали за божје. Те промене, пак, и када су биле воља већине, нису никада биле безболне и без проблема у социјалној средини, јер се људи осећају сигурнијим са оним што већ знају и што већ постоји (*de lege lata*). Зато их је увек плашило оно што су им владајуће структуре наметале пропагандом или голом силом (*de lege ferenda*), иако су и то проглашавали да је по милости божјој или по вољи владајуће већине у парламенту. Српско законодавство, као и сва друга, није могло да буде изузетак од те нормалне појаве, али је проблем за нас и друге у Европи настао огољеном принудом у наметању прецедентног или англосаксонског права, а на штету тзв. континенталног или европског права, дакле права на које смо навикли.

Кључне речи: законодавство, промене, навике, обичаји, *de lege lata*, *de lege ferenda*.

УВОД

Историја развоја људске цивилизације нам казује да су прве државе настале спајањем сродних племена када су она у свом развоју имала потребу да прошире и омеђе своју територију. Предуслов за такву потребу је био да племена више нису била довољна сама себи, дакле, да више нису била глобалне групе људи, већ да им је за размену добара и услуга био потребан и неко други, са другим производима. Тако су од глобалних група људи, каква су били родови

* Др Златко Николић, Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београд

¹ De lege lata = према већ постојећем закону; De lege ferenda = према закону који тек треба донети. (види Енциклопедију лексикографског завода, Загреб, 1956, стр. 244.)

и племена, настале парцијалне групе у виду држава, што значи и међузависне групе. Међузависност је, са своје стране, изазивала потребу наметања својих интереса, вредносног система, културе и норми за понашање, па је тиха или огољена окупација јачих над слабијима кроз ратове², за последицу имала присаједињење неке државе другој, или побуну група или делова неке државе према централној власти. Целокупна историја људске цивилизације је све до данас, како се види, подложна стварању и разарању држава, ницању нових или гашењу старих, па отуда и изрека да су се “на врхунцу своје моћи сва царства распадала”.

Све те државе у историји цивилизације, моћне или мање моћне, имале су своје законе и свој вредносни систем, а он се заснивао на владавини једних (мањине) према другима (већине). Такав однос ствари је оправдаван било божанском вољом, односно, да је одраз божанске идеје ради остваривања правде, по Платону, или само као апсолутна божја воља и владање по милости божјој, у средњовековљу. За Хегела је држава и њено право била оваплоћење апсолутног духа и врхунац друштвеног развоја, кроз који се остварује мисао о слободи, па је зато она нужност којој мора да се покорава сваки грађанин. За Хобса и Русоа држава је резултат друштвеног договора да би се спречио рат свију против свих (Николић, З. 2000., 99), а за Лењина да је она посебан апарат принуде над људима, која је настала само онде и онда када се и где појавила подела друштва на класе, тј. подела на такве групе људи од којих једни могу да стално присвајају рад других, где један експлоатише другог (Лењин, В.И. 1948,10).

Који год да је основ и узрок настанка државе, а очигледно је да је на њену појаву утицала појава приватне својине, како је навео Ж. Ж. Русо, односно, појава класа, по Лењину, све државе су имале своје законе које су поданици морали да поштују. Сви закони или законици су, пак, били поткрепљивани неким ауторитетом, како се у њих не би сумњало, односно, како би се веровало да доносилац закона није то урадио само по својој вољи и својом моћи. Зато је само Мојсије видео “Пламтећи грм” из кога му је издиктирано “Десет божјих заповести”, али бога није видео ни он сам, а Ликург (спартански краљ) је лично од Аполона добио преко Делфских пророчица законик који је наметнуо спартанцима. Нису другачије поступили ни Јустинијан са својим *Corpus Iuris Civilis*, нити Фридрих велики са својим *Allgemeines Landrecht*, али ни Наполеон Бонапарта са својим *Code civil* и други.³ Тако су, од почетка, настајали сви закони и законици (Мојсијев, Хамурабије, Драконов, Душанов и други), па је Бог био ауторитет по себи и за себе, а владари и доносиоци закона само “смерне слуге”. У том (*de lege lata*) стању, према томе, још у зачетку њихове

² На пример, “стогодишњи ратови” између античких држава (Спарта, Атина, Персија и Македонија), али и “стогодишњи рат” између Енглеске и Француске, Француске и Немачке и други.

³ Постоји анегдота по којој је Наполеон Бонапарта изјавио да му је *Code civil* важнији од свих ратова које је добијао или губио.

примене је тражен и наметан будући однос и стање, односно, *de lege ferenda*, пошто је владар, по тој истој милости или надахнућу могао и да промени ту прву заповест.

Однос и релације између *de lege lata* и *de lege ferenda*, према томе, нису непознате у законодавствима људске цивилизације, јер се од нечега увек морало почињати. Обичајне, религиозне и културне норме једног племена и, касније, држава као заједнице више племена, морале су да као *de lege lata* трпе промене у виду *de lege ferenda*, јер је то био једини начин да се племена претворе у народ, а касније више народа у једну нацију. *De lege ferenda*, или према закону који тек треба донети, према томе, настојало се и настоји се да се на постојеће норме наметну нове и да, до јуче један народ у својој држави, постане нација са другим народом у проширеној државној територији или тржишту, како се то еуфемистички данас назива.⁴ Процес је, дакле, неумитан, већ и због дијалектичких закона по којима се развија људска цивилизација, али је питање мере и “тајминга” за које моћни никада нису имали разумевање, било према својим поданицима или према слабијима изван њихових држава. Међутим, то што се такав процес и процеси еуфемистички назива глобализацијом, ради прикривања интересних сфера и неоколонијализма, у било ком виду, не ограничава науку да се тиме као феноменом посебно бави.

De lege lata, или према већ постојећим законима

У бројним теоријама државе и права, односно међу бројним теоретичарима из те области, нема сагласности о томе шта чему претходи: држава праву или право држави. Међутим, шта год да је од ових приступа тачно, јер се ми тиме нећемо посебно бавити, у људским групама и друштвима, од хорди, родова, племена и држава, увек је неко стање било постојеће. Исто тако је увек било и оних који су то стање хтели да задрже онакво какво јесте (доминантни или владајући слојеви и појединци), али и оних који би то стање и вредносни систем мењали у мањој или већој мери. Разлог је, иако се то мало помиње у теоријама државе и права, заправо у људској особености као свесних бића. Код животиња је, наиме, увек исто у начину задовољења њихових потреба, јер животиње само користе спољну природу и изазивају промене у њој самим својим присуством, док је човек приморава променама које у њу уноси да служи његовим циљевима и он влада њоме (Енгелс, Ф. 1979. 1113). Он то чини управо захваљујући својој свести, јер је животињска егзистенција биолошки одређена и оне се прилагођавају природи не превазилазећи је, док је човек као свесно биће превазилази, подређујући својој вољи и свом хтењу чак и своју биолошку репродукцију.

⁴ Тако су настале Сједињене Америчке Државе, а исто тако и Европска унија или различите друге уније и организације држава у свету.

Због тога може и да се говори о човековој историји и човечанству, јер да тога нема, не бисмо могли да схватимо филозофију, уметност, културу и митове ранијих епоха, који су толико различити од наших (Фром, Е. 1984, 48). Човек, дакле, није модел којег по свом хтењу моделују друштво и друштвене структуре, како то наводе функционалисти и структуралисти, већ индивидуа по себи и за себе, која је увек изван и изнад улога које му намеће друштво. Да тога није, онда би једном створена друштвена структура и њене норме били “залеђени”, па не би било промена ни развоја друштва. Отуда, човекова историја није ништа друго него стално савладавање затечених услова, стално савладавање природне и друштвене нужности и све делотворније уздизање слободе човека (Маркс, К. 1979, 310). Затечени услови за сваку нову генерацију су, према томе, само оквир за понашање и њихових родитеља и нове генерације, на коју родитељи (као агенс социјализације) преносе друштвене вредности (културу, религију, морал, вредносни систем). У супротном би свака нова генерација људи започињала свој животни циклус испочетка, као и животиње, а промене би биле само генетске. Тако би, вероватно, у земљама и међу народима где су настали и даље били на снази Хамурабијев, Драконов, Мојсијев и Ликудов законик, а код нас Јустинијанов или Душанов законик.

Историја човека и његове цивилизације је, како се види, “дар” његове свести, а захваљујући њој он стално превазилази пасивност своје егзистенције и затечене оквире за понашање. Зато је за њега затечено нормативно стање за понашање, као *de lege lata*, увек подложно променама, а на то утиче сам његов развој свести и творевине те свести. У те узроке, пре свега, спадају нове људске потребе у самореализацији, као што су: самопотврђивање себе кроз културу, политику и друштвени статус, затим, технологија и економија, међузависност у савременом свету, односно, политички и војно-економски утицаји и нова научно-технолошка сазнања. Једном речју, тај човеков “дар” природе у виду свести јесте, у исто време, и његово “проклетство” (Фром, Е., *op.cit.*), јер га због његових егзистенцијалних, али и историјских противуречности стално плаши и “гура” напред, чак и изван земљине сфере.

Саме по себи су, дакле, све промене у односу на *de lege lata*, нужне и нормалне, и то утолико нормалније уколико су нужне, зато што те и такве промене представљају људски прогрес или регрес у историјском смислу. Стога, чак и када нам се као појединцима или групама неке од промена чине несувислим или непотребним, а оне су нужне било због “већинског” или војно-економског или политичког односа снага, оне су “нормалне” само због тога што су нужне.⁵

⁵ Регресија у средњовековном периоду људске цивилизације у, пре свега, интелектуалној сфери (филозофија, право и друштвене науке уопште), а у односу на антички период (Персија, Грчка, Рим) је, по свему судећи, била нужна и стога нормална, јер без тога не бисмо имали период хуманизма и ренесансе, буржоаске, индустријске и социјалистичке револуције.

Правна теорија и сами правници су, међутим, већ и по својој вокацији, конзервативни у односу на људске потребе за променама, јер правне норме, у суштини, “залеђују” затечене друштвене оквире. Отуда, вероватно, и велики број дебата и дискусија о смислу и суштини правних норми, њиховом тумачењу и њиховом значењу. То, у основи, методолошко питање и проблем није превазиђено ни данас, па отуда и сталне дебате о природном и мета праву, стварном праву, примењеном праву и слично. Најчешће се, иначе, међу правницима поставља питање да ли се воља творца норме може узети као мерило за утврђивање правога значења правне норме, што у основи представља проблем односа између духа и слова закона. Већина теоретичара, с правом, сматра да “слово закона” не одражава вољу творца норме, али да је “дух норме” приближнији тој вољи. Због тога сви закони и законици, поред намераваних, имају и тзв. ненамераване последице, које су, потом, узрок различитих правних спорова пред домаћим и међународним судовима.⁶ У суштини, када се све друго одбаци, у тим споровима доминира тежња оштећеног (тужиоца) да се оспоре нова тумачења неке норме и задржи схватање “правде” према ономе што је већ познато и што је постојало и у културним и обичајним нормама. Само у изузетним случајевима тужиоци покушавају да из постојеће норме “извуку” неко ново тумачење или схватање, а на темељу њене недоречености или лошег језичког исказа.

Језички исказ у законским одредницама које законодавац намеће је, у суштини, познат логички проблем подруштвљавања чињенице, јер ни најбоља чињеница у нечијој глави не вредни ништа ако се језички не формулише тако да је и други разумеју и прихвате. Зато се “језику” закона придавала и придаје посебна пажња⁷, па објективно или субјективно тумачење правних норми такође изазива спорења. Тако се, када је језички исказ закона у питању, у ужем смислу схватања правних норми сматра да је право значење правне норме оно значење које она има по законнику значења, а пошто је законик друштвена творевина, то значење је увек објективно и независно од творца и тумача норме (Благојевић, С. 1997, 101). Закони и законици су, зато, увек само оно што је речено, а не оно шта је неко хтео да каже, па отуда нема ничег чуднијег и, рекло би се, ничег глупљег, него када вам законописци тог истог закона или законика пишу и продају “коментар” тог истог закона.

Међутим, било какве да су жеље и намере творца и тумача закона, законодавци увек желе и настоје да на већ постојеће норме (*de lege lata*) увек

⁶ Многи спорови пред уставним судовима у домаћем законодавству, али све више и пред међународним судовима, као што је суд у Стразбуру за Европу, јесу, заправо, последица спорова о значењу исказа у законима.

⁷ Нажалост, то није случај са нашим савременим законима и законицима, јер од осамдесетих година прошлог века, а нарочито сада када се преписују туђи закони без доброг познавања језика земље у којој су настали, искази у “нашим” законима су све друго него “подруштвљавање чињеница”.

надоместе и будуће норме за понашање. Због тога, вероватно, у свим законима казног законодавства, а и других, увек постоји одредница да “непознавање прописа није пардон за преступ”. На тај начин се, у ствари, законодавац изузима од неприхватања новонаметнутих норми, њиховог прикривеног значења и начина доношења, а све у циљу оправдања потенцијалне принуде над потчињенима. Тако, дијалектички гледано, у сваком већ постојећем стању (*de lege lata*), постоји унапред структурирани потенцијал у виду (*de lege ferenda*). Дијалектика, према томе, и када је познајемо или не, увек подразумева да у једном унапред структурираном и жељеном ефекту, који треба да се постигне неким новим законом, увек постоји и унапред структурирани дефект тог истог закона.

De lege ferenda, или према законима које тек треба донети

Кретање људи у свом историјском развоју, од примитивних оруђа до високотехнолошких творевина, стварало је и нове могућности за њихово испољавање, па су та испољавања људи морала и да се регулишу на одређени начин. На нижим степенима развоја, како је познато, биле су довољне само културне, религиозне и обичајне норме, али са појавом држава и њиховог даљег развоја потреба за писаним нормама у виду закона била је све видљивија. Зато су се и појавили први закони и законици које смо већ поменули, јер без њих, као додатне заштите, неке вредности и, посебно новостворене потребе, нису могле да буду заштићене само са културним, религиозним и обичајним нормама. Зато је даљи развој и умножавања писаних норми или закона, нарочито био убрзан са све већим развојем појединих држава и нација, које су, обједињујући и туђе територије и друге народе у свом оквиру, морале да за све њих наметну иста правила понашања, односно законе. При томе је за последице примене тих закона или норми за понашање сасвим ирелевантно било како су и према коме оне примењиване и колико су оне одражавале стварну потребу за успостављање релативне правде. У сваком случају, после Француске буржоаске револуције и појаве Класичне кривичноправне школе, ништа више није могло да се одређује без закона, а посебно не нечија кривица. Тако је позната сентенца: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”, постала постулат свих савремених законодавстава и савремених друштвених односа.

Закони су тако постали оквир за понашање људи, јер се њима, поред оног што већ знају из своје културе, додатно одређује шта се може и сме, а шта не може и не сме, те забрањене писане санкције и органи власти који су надлежни за то. То ново, а у односу на већ постојеће, представља заправо другу страну медаље коју сваки закон има, а то је наметање нових правила или норми. Те нове норме или правила за понашање се, додуше, и саме по себи намећу кроз људски развој, па су први закони о безбедности саобраћаја, на пример, доношени тек када се развила путна мрежа и када су средства за саобраћај постала

доступна већини. Зато су морала да се донесу правила о томе, па и данас једни или већина у саобраћају примењује правило десне стране, а други леве, али са истим или сличним консеквенцама за њихове прекршаје. То *de lege ferenda*, или како се мора према предстојећем закону је, како се види, увек реактивна реакција друштва на неку појаву, тј. реакција на нешто што је већ почело да угрожава “општи поредак” и права других у некој области живота.

Сама по себи, међутим, та страна медаље свих закона не би била спорна, када све друштвене структуре до сада не би биле класне, односно, када те законе и правила за понашање не би наметала мањина над већином. При томе, не мења на значају декларативно изјашњавање и легитимисање свих владајућих да се то чини у име свих, било по милости божјој или у име парламентарне већине. Та већина због свог положаја и статуса, наиме, те нове законе доживљава као принуду, а поготово онда када се они косе са неким основним људским потребама или културним, религиозним и обичајним нормама. Исти проблем је и са наметањем тзв. међународних закона и правила, почев од привредних и трговинских, па све до кривичних⁸, јер је однос владавине мањине над већином, односно јачих и слабијих, скоро једнак. Због тога је доживљавање ефеката *de lege ferenda* у свим земљама света све негативније, са једне стране, а са друге, све видљивији притисак домаће и светске бирократије за подвођење целокупног људског живота и његових потреба под тзв. перфекционистички правни логизам.

Бирократија, иначе, како јој и само име каже, као своју унутрашњу законитост функционисања има настојање да све и за све уведе унапред позната правила, од закона до подзаконских аката. За бирократију је, како је такође познато, једино важно то како се и по којим правилима нешто ради, а не и шта се ради. Због тога, ако је нешто по правилима онда може, без обзира на то што се та правила сукобљавају са нормалним људским потребама, навикама и обичајима и што те забране из њихових правила присиљавају људе да своје потребе задовољавају на “недопуштени начин” (економске санкције, напр.). Тада бирократија, уместо поука, налази оправдање за своје постојање и даље све детаљније “нормирање” живота људи, а њихово противљење и кршење тих норми “књижи” као преступе и криминалне акте. Њихове статистике су тада неумољиве, па ти “показатељи” захтевају нове норме и санкције. Затвори су, отуда, постали претесни у свим земљама, а криминалитет на улицама све израженији.

⁸ САД, Кина и још неколико великих земаља, на пример, не признају Међународни кривични суд у Хагу (*de jure*), али га, посебно САД, “експлоатишу” на свој начин и за своје циљеве. Зато није чудно да га и неке друге земље не признају као легитиман, а он својим поступцима то и не заслужује, као у случајевима чисто политичког прогона лидера неих земаља који се противе политици САД-а. Уосталом, који суд заснива своје оптужбе на фингираним наводима одређених медија, поготово зато ако се зна да је то (масовна силовања, на пример), већ коришћено у неким, за њих сличним случајевима. Међународно право је, зато, постало само “батина” за слабије или наивне, па случај “Гвантанамо” и тајни затвори ЦИА, нпр, остаје изван његових надлежности.

Савремена “окупација” европског правног простора, односно принудно наметање англосаксонских норми и прецедентног права на простору тзв. континенталног права, такође спада у категорију de lege ferenda. Тај процес, нажалост, није новијег датума, иако је у последњој деценији све агресивнији и, самим тим, мање мекши у односу на своје почетке продирања у Европу. Продор је започео, заправо, са устројством и радом Нирнбершког суда за ратне злочине 1946. године (Николић, З.а 2010, 219-229), иако је тај исти англосаксонски правни систем посто-јао већ вековима ту близу европског континента, али није имао утицаја и није примењиван на континенту. Канал Ламанш није, по свему судећи, био једина препрека имплементацији чак и добрих англосаксонских решења, већ је препрека била основа на којој су та законодавства грађена, па уплив англосаксонског прецедентног права није био видљивији на европском континенту све до педесетих година прошлог века. Међутим, Маршалов план о економској обнови ратом порушене Европе и, посебно, Немачке, неминовно је увео правну заштиту даваоца помоћи, а у односу на примаоца, па није нимало чудно да су правне заштите потражене у законодавству даваоца. Тако је Common law почео да потискује одреднице, у основи, европских Code civil-а и Allgemeines Landrecht-а и то не само због можда бољих решења у њему, већ по праву даваоца помоћи и његове сигурности у те одреднице. “Хладни рат” и све већа условљеност повезивања “западних” земаља са главним даваоцем економске и војне помоћи, те законских одредница прецедентног права које су се односиле на припаднике грађана даваоца помоћи и уз софистицирани, тзв. меки притисак на домаћине, учинио је више на пољу прихватања тог и таквог права, него векови пре. Сав тај процес је, иначе, стално оправдаван потребом унификације правних система Европе и света, односно процесом глобализације, којој је као неоколонијалистичком процесу била потребна и правна сигурност, њихови арбитражни судови и слично.

Све у свему, процес се све усиљеније наставио, нарочито према земљама које су, бар у Европи, једине директно ратовале са САД-ом, као што су Немачка, Италија и бивша СРЈ, односно, Србија. De lege ferenda је за њих постао не принцип промена, већ обавеза, а сасвим је ирелевантно да ли је то рађено на soft или hard начин. Европска унија је, тако, на soft начин заменила тиху окупацију европског континенталног права, а тиме и суверенитета, унифицирајући, као неопходно, европски правни оквир. Међутим, “генетски модификована правила за понашање”, какве су неке наметнуте норме из енглеског и северноевропског законодавства, нису имале и још увек немају шансе да буду прихваћене као своје на југу Европе, а догађања у Француској, Португалији, Шпанији и Грчкој, на пример, управо говоре о томе.⁹

⁹ Све већи је број учесника на тзв. антиглобалистичким протестима у Европи, по некада и у виду протеста “Зелених”, али, у основи, протеста против бирократизације и перфекционистичког правног логизма који та европска бирократија намеће. Зато су протести грађана у Шпанији збунили и политичаре и аналитичаре из медија, јер немају политичку (партијску или синдикалну) основу, већ, просто, представљају протест грађана против тзв. “европске демократије”.

Све већи отпор грађана у новопримљеним земљама у ЕУ, али и у земљама кандидатима за тај пријем, није, нажалост, оптеретио неке наше “модернисте”, који су на адекватним курсевима изучили шта ваља њиховом “непросвећеном” народу, односно, држави. Отуда сви ови ломови и дебате између глобалиста и антиглобалиста, односно, који правни оквир за понашање грађана је најадекватнији. Тако смо, као ефикаснију, у неким европским земљама и код нас добили англосаксонску тужилачку истрагу, а насупрот европског истражног суда. Наши “врсни” теоретичари кривичнопроцесног права су “преко ноћи” заборавили да је принцип да полиција прогони и открива преступнике и пријављује их (преткривични поступак), циљано одвојен од правног дефинисања преступа, како емоције и потиснута жеља за осветом не би утицали на саму правну дефиницију.¹⁰ Такође, бар код нас, нико није извршио било какво истраживање о томе колико је пређашњи систем предкривичне и кривичне истраге био ефикасан или није, а велики захвати или реформе без тога не би биле сврсисходне, нити потребне (Лазин, Ђ. 2007. 47-69.). Једном речју, настало је време доминације војно-економске принуде, уместо божје воље, па сада више ни нема прикривања тог *de lege ferenda* по диктату: тражи Европска унија, НАТО, тако мора и томе слично. У тој новој “правди” више неће бити важна ни истина ко је крив, а ко није крив, јер судови по новим устројствима то више неће утврђивати, већ ће они на основу силогистичких премиса и исказа страна у процесу закључивати ко је био успешнији у надмудривању пред судом - тужилаштво или одбрана. Сиромашни који не могу да плате “познате” и успешне адвокате ће, према свему, морати да се нагоде са тужилашвом о признању кривице, тј. да бар у класичној трговини делимично надмудре државу и признају нешто што ће их мање коштати. Са друге стране ће тужилаштва све те “нагодбе” о признању кривице књижити као свој успех и ефикасност у извођењу правде, иако је и самим тужиоцима јасно да ту о правди нема ни речи. Нова правила и нова игра, дакле, или за нас: *de lege ferenda*.

¹⁰ Психологија личности нас, наиме, учи, да онај ко учествује у трагању за починиоцем неког кривичног дела (познатим или непознатим), не може бити емоционално неутралан, па злочинац њему може да изгледа и као монструм, јер је успешно или мање успешно избегавао хапшење. Зато би дефинисање преступа од самог прогонитеља било неадекватно, те су и на “дивљем западу” осим шерифа, ангажовали и путујуће судије, како му шериф не би судио сам. Касније је, с правом, између шерифа и судије убачен и тужилац, а у Европи и истражни судија, и то све у намери да се избегну бројне судске заблуде на које је негативан емоционални набој могао да утиче. Све препреке негативном емоционалном набоју према злочинцима су, дакле, циљано постављене, а све у намери да се избегну судске заблуде у име правде. Отуда је полиција ту да по пријави прогони и приводи, тужилац да правно дефинише суштину и врсту преступа према закону, истражни судија да све то провери и одобри, па тек суд у одређеном саставу (појединац или веће) да одлучује о свему томе. Укидање истражних судија, према свему, за европско континентално право није сврсисходно.

Закључна разматрања

Није тешко закључити, на основу свега, да је свака нова генерација људи затицала као готово и постојеће неко стање односа у својој средини и да је свака нова генерација то затечено стање мењала еволуцијом или револуцијом. Да тога није, како смо већ истакли, људска цивилизација се не би разликовала од животињског света, па би свака нова генерација све почињала из почетка. Зато и постоји историја људске цивилизације, како је Фром истакао (оп. цит.), те се у оквиру *de lege lata* увек садржао и нуклеус *de lege ferenda*, односно, до сада је било, али ће морати и овако. Тај однос је дијалектички и нормалан, јер је нужен за људски прогрес. Међутим, људи су захваљујући својој свести увек показивали да осим објективног виђења себе и света који их окружује, тај исти свет и окружење доживљавају и субјективно, тј. како им се чини да јесте. Зато су појединци или групе, кроз целу историју човечанства, испољавали и склоности да захваљујући својој физичкој, економској, политичкој или војној моћи намећу другима (већини) оно што се њима чини да јесте или треба, или што ће њих саме да овековечи. Тако су, како наводи А. Вотсон, настали и познати законици у историји човечанства (Вотсон, А. 2000, 134), како би њихови творци постали упамћени као мудри, мирољубиви и праведни. Али, то се тим моћницима то само тако чинило, јер нису били свесни и још мању су себи и другима могли да признају да је проблем, заправо, у једној од три људске егзистенцијалне противуречности. Та противуречност се огледа у томе што је човек свестан својих могућности које поседује и немогућности да их реализује због краткоће свога живота, јер је он, за разлику од животиња, свестан и неминовности свога краја, односно своје смрти (Фром, Е. 1984, *op.cit.*). Будући пак да је моћан да уради оно што хоће и да за то има и средства, моћник посеже ка своме овековечивању кроз законике, задужбине, манастире, маузолеје или слично, при чему су законици најјефтинија варијанта. Тако су и настали Хамурабијев законик, Јустинијанов *Corpus Iuris Civilis*, *Allgemeines Landrecht* Фридриха Великог, Наполеонов *Code civil* и други.

De lege lata и *de lege ferenda* су, према томе, две дијалектичке стране једног те истог процеса у развоју људске цивилизације. Проблем о коме смо говорили, зато, није у суштини нужности и неминовности постојања те законитости, већ у субјективном схватању и субјективном усмеравању тог природног процеса у људској историји. Зато се, вероватно, наметнула и изрека да је „историја најбољи судија о људским поступцима“, али то, нажалост, није редуковало нестрпљиве и осине у тој историји која се наставља.

Л и т е р а т у р а

1. Благојевић, С.: *Методологија права*, (1997), Службени лист, Београд.
2. Вотсон, А. : *Правни транспланти* (2000), Правни факултет у Београду.
3. Енгелс, Ф.: *Улога рада у претварању мајмуна у човека* (1979), у: Главни радови Маркса и Енгелса, Стварност, Загреб.
4. Лазин, Ђ.: *Нецелисходност преласка на тужилачки метод* (2007), Ревизија за криминологију и кривично право, Vol. 45, бр. 3, Београд.
5. Лењин, В. И.: *О држави* (1948), Култура, Београд.
6. Маркс, К.: *Трећа теза о Фојербаху* (1979) у: Главни радови Маркса и Енгелса, Стварност, Загреб.
7. Николић, З.: *Криминологија са социјалном патологијом* (2000), Народна књига, Београд.
8. Николић, З.: *Правни транспланти: од потребе до злоупотребе*, (2010), "Правна ријеч", Vol. 7, бр. 23, Бања Лука.
9. Фром, Е.: *Човјек за себе* (1984), Напријед, Загреб.

SERBIAN PENAL LEGISLATURE BETWEEN DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

Summary

All states, ever since they exist, base their foundation on some form of law, custom or cultural habits, but these laws, customs and cultural norms were never immune to possible or latent changes, even when they were proclaimed to be god-given. These changes, however, even when they came as majority will, were never painless and without any problems in social surroundings, because people feel more secure with what they already know and what already exists (de lege lata). For that reason, people were always afraid of what their governing structures imposed upon them by propaganda or plain force (de lege ferenda), even though it was proclaimed to be enforced by god's grace or by parliament majority will. Serbian legislature, same as other legislatures, couldn't be an exception to this normal phenomenon, but the problem for us and others in Europe came with bare compulsion in imposing of Common or Anglo-Saxon law, instead of so called Continental or European law, that is, the law we are used to.

Key words: legislature, changes, habits, customs, de lege lata, de lege ferenda

МОГУЋНОСТ ЖАЛБЕ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ КОЈОМ СЕ ОПТУЖЕНИ ОГЛАШАВА КРИВИМ НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Мр Раденко Јанковић*

***Апстракт:** Споразум о признању кривице представља новину у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине. Како се ради о новом институту, разумљиво је да су поједини његови аспекти остали нерегулисани или недовољно регулисани, а што оставља простор за појаву спорних питања. Једно од њих је и питање да ли постоји могућност изјављивања жалбе против пресуде донесене на основу споразума, а ако постоји због којих жалбених основа. За разлику од неких других законодавстава која имају посебне одредбе које се односе на жалбу против пресуде донесене на основу споразума којима се изражавају њене специфичности таквих одредаба у нашем кривичнопроцесном законодавству нема.¹ Постоји само једна одредба која се посредно односи на жалбу против овакве пресуде. Међутим, и та одредба је непрецизна и непотпуна. Проучавање ове проблематике треба да допринесе даљем развоју овог института и новим, бољим законским рјешењима.*

***Кључне ријечи:** споразум о признању кривице, правни лијек, жалба против пресуде, пресуда на основу споразума о признању кривице, жалба против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице.*

1. Уводне напомене

Право на правни лијек у кривичном поступку је предвиђено бројним међународним документима. Чланом 8. Опште декларације о правима човјека² је сваком грађанину загарантовано право на правни лијек у сваком судском,

* Мр Раденко Јанковић, окружни тужилац у Окружном тужилаштву у Бањалуци

¹ Нпр. ово питање посебно детаљно регулише ЗКП Хрватске.

² Општа декларација о правима човјека је проглашена на Скупштини УН Резолуцијом 219 А (III) од 10. 12. 1948. године.

не само кривичном, поступку због дјела којима се крше његова основна права која има на основу устава и закона. Право на употребу правног лијека у кривичном поступку је загарантовано и чланом 14. тачка 5. Међународног пакта о грађанским и политичким правима³, по коме свако ко је проглашен кривим за кривично дјело има право да од вишег суда затражи да испита изреку о кривици и осуду на казну у сагласности са законом.⁴ Међународна јемства права на жалбу су предвиђена и чланом 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.⁵ Протокол 7. уз ову Конвенцију у члану 2. предвиђа право на правни лијек у кривичном поступку. Овом одредбом је сваком ко је одлуком суда осуђен за кривично дјело дато право да његову осуду или казну преиспита виши суд, а предвиђено је и да се остваривање овог права, укључујући и основе за његово коришћење, уређује законом. Право на жалбу је неодвојиво од права на правично суђење. За овај рад је значајно то што право на жалбу омогућава и испитивање начина на који је добијено признање кривице, односно саме основе пресуде.⁶ Босна и Херцеговина (у даљем тексту БиХ) је испоштовала преузету обавезу и у свим законима о кривичном поступку који се примјењују у БиХ је предвиђено право на жалбу против пресуде.

Право на правни лијек је основно право осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку које свој основ има и у уставним одредбама. Чланом 113. став 1. Устава Републике Српске је прописано да се против појединачних аката судова, управних и других државних органа, као и организација која врше јавна овлашћења, донесених у првом степену, може изјавити жалба надлежном органу. Овом одредбом је право на правни лијек постављено шире од међународних стандарда и дато је свим учесницима кривичног поступка када се одлучује о њиховим правима или на закону заснованим интересима, а не само осумњиченом, односно оптуженом.

Кривични закони у БиХ предвиђају повреду права на подношење правног лијека као посебно кривично дјело.⁷ То кривично дјело чини онај ко некога спријечи да користи право на подношење правног средства или поднеска. Разлог за прописивања овог кривичног дјела је додатна кривичноправна заштита права грађана на подношење правних лијекова и представки.⁸

³ МПГПП је усвојила Скупштина УН 16.12.1966. године Резолуцијом 2200А, ступио је на снагу 23.03. 1976. године, а бивша СФРЈ га је ратификовала 30.01.1972. године.

⁴ Јованчевић Недељко, Правни лек – Жалба на кривичну пресуду првостепеног суда, Београд 1997. године.

⁵ ЕКЉП је основни и најважнији документ међународног права о људским правима који је усвојио Савјет Европе 04.11.1950. године. Ступила је на снагу 03.09.1953. године. Видјети текст ЕКЉП са текстом Протокола уз ЕКЉП на српском језику објављен од Савјета Европе 1996. године.

⁶ Бубаловић Тадија, Право на жалбу у казненем поступку као основно људско право, часопис Право и правда број 1 година 5, Сарајево 2006. године, стр. 107.

⁷ Видјети одредбе члана 177. КЗ Републике Српске којима је предвиђено кривично дјело повреда права на подношење правног средства, као и одговарајуће одредбе КЗ Федерације БиХ и КЗ Брчко Дистрикта БиХ.

⁸ Бубаловић Тадија, исто, стр. 115.

2. Непостојање посебних одредаба које би регулисале жалбу против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице

Жалба против првостепене пресуде је у кривичнопроцесним законима у БиХ регулисана већим бројем одредаба.⁹ Међутим, не постоје посебне одредбе које регулишу жалбу против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице. Постоји само једна одредба која се посредно дотиче и жалбе против овакве пресуде по којој приликом разматрања споразума суд провјерава и да ли оптужени разумије да не може уложити жалбу на кривичноправну санкцију која ће му се изрећи.¹⁰ У недостатку посебних одредби које би регулисале жалбу против пресуде донесене на основу споразума преостаје само да се примјењују опште одредбе које се односе на жалбу изјављену против било које пресуде.

За разлику од кривичнопроцесног законодавства БиХ нека друга законодавства која познају институт споразума оправдано имају посебне одредбе којима је регулисана жалба против пресуде донесене на основу споразума којима се изражавају специфичности овог правног лијека код такве пресуде.¹¹

И у теорији и у пракси преовладава схватање да жалба против пресуде донесене на основу споразума има своје специфичности које треба да дођу до изражаја у посебним одредбама. С правом се у стручној литератури истиче да у овом погледу законске одредбе нису потпуно одређене и да би их требало употпунити уважавајући специфичности ове пресуде и поступка који претходи њеном доношењу.¹²

3. Да ли је дозвољена жалба против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице

Када се ради о жалби против пресуде донесене на основу споразума, прво питање, које је раније било спорно, је да ли је уопште дозвољена жалба против такве пресуде. Начелно против пресуда које почивају на споразуму странака право жалбе је ограничено или искључено.¹³ Нека кривичнопроцесна законодавства која познају овај институт изричито искључују право на жалбу

⁹ Видјети главу XXIII ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

¹⁰ Видјети одредбу члана 246. став 6. тачка в. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

¹¹ Нпр. ЗКП Хрватске

¹² Ово истиче и Бубаловић Тадија, исто, стр. 122.

¹³ Ово истиче нпр. и Бркић Снежана, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад, 2004. година, стр. 298.

против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице¹⁴, а нека то право ограничавају.¹⁵

По једном становишту, које је раније било прихваћено у Суду БиХ, је искључена могућност подношења жалбе на пресуду донесену на основу споразума и то је изричито и навођено у правној поуци.¹⁶ На ово становиште, иако ријетко, наилазимо и у стручној литератури.¹⁷ Оно полази од тога да је оптужени признао кривицу и одрекао се права на суђење. Сматра се да би право на жалбу против пресуде која је резултат споразума било супротно правној природи овог института. По овом становишту оптужени је споразумом добио одређене бенефиције и санкцију која је блажа од оне коју би добио након завршеног главног претреса и у замјену за бенефиције је пристао на то да се не може жалити на пресуду која је донесена на основу споразума. Пошто су се споразумом тужилац и одбрана договорили о коначном резултату они не би могли ни покушати да промијене тај резултат након што је суд прихватио њихов споразум. Поједине присталице овог становишта су га касније напустиле.¹⁸ Ово становиште је напуштено и од стране Суда БиХ.¹⁹

¹⁴ Нпр. ЗКП Србије искључује могућност изјављивања жалбе против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице, а изричито предвиђа чланом 282б став 1. да је одрицање странака и браниоца од права на жалбу против пресуде донесене на основу споразума обавезан елемент споразума. Слично рјешење има и ЗКП Црне Горе, гдје је чланом 301. став 1. одрицање странака од права на жалбу против пресуде донесене на основу споразума изричито предвиђено као обавезан елемент споразума. По члану 303. став 2. ЗКП-а Црне Горе дозвољена је жалба само у случају када пресуда није у складу са закљученим споразумом. Право на жалбу у поступку изрицања казне на приједлог странака у талијанском *Codice di Procedura Penale* је изричито искључено чланом 448. став 2. (може се изјавити само касацијска жалба која се изјављује против правоснажних пресуда).

¹⁵ Нпр. ЗКП Хрватске чланом 464. став 9. ограничава основе за изјављивање жалбе против пресуде донесене на основу споразума. Она се може побијати само због битних повреда одредаба кривичног поступка и због повреде кривичног закона, а изузетно и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања само када је окривљени за доказе о искључењу или неправности и кривице сазнао након доношења пресуде. По изричитој одредби она се не може побијати жалбом због одлуке о кривичној санкцији, одузимању имовинске користи, трошковима поступка и имовинскоправном захтјеву.

¹⁶ Ово наводи Софтић Весна, Модул 3 – Редовни и ванредни правни лијекови, издање Високог судског и тужилачког савјета, Сарајево 2006. године, стр. 20.

¹⁷ Ово становиште нпр. заступају Кауриновић Дамјан, Потврђивање оптужнице и пресуде без суђења, Зборник радова са међународног округлог стола одржаног у Бањалуци 03. и 04.07.2003. године под називом “Реформа кривичног законодавства у Републици Српској”, стр. 209, Говедарица Младенка, Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске, часопис Правна ријеч број 15/2008, Бањалука 2008. године, стр. 190.

¹⁸ Нпр. Кауриновић Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог, Зборник радова са савјетовања одржаног од 10. до 12. јуна 2004. године у Неуму под називом “Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини”, стр. 6. и 7.

¹⁹ Нпр. у правној поуци у пресуди Суда Босне и Херцеговине која је донесена на основу споразума о признању кривице број КПС-128/08 од 24. 02. 2009. године се наводи да против

По другом становишту, које преовладава, против пресуде донесене на основу споразума је начелно дозвољена жалба. Ово становиште је одмах након доношења нових кривичнопроцесних закона у БиХ прихваћено у свим судовима, осим у Суду БиХ.²⁰ Ово становиште заступа и већина теоретичара.²¹ Присталице овог становишта полазе од тога да право на изјављивање жалбе против сваке пресуде у кривичном поступку, па и против пресуде донесене на основу споразума, произлази из међународних докумената, али и из одредаба кривичнопроцесних закона у БиХ. По овом становишту формулација одредбе којом је прописано да приликом разматрања споразума суд провјерава да ли оптужени разумије да не може уложити жалбу на кривичноправну санкцију која ће му се изрећи, никако не даје основ за закључак да је потпуно искључено право на жалбу против пресуде донесене на основу споразума. Истиче се да је овом одредбом изричито забрањена само жалба на одлуку о кривичноправној санкцији, али не и због осталих жалбених основа. У прилог овом становишту се истиче и да право жалбе на пресуду имају и оштећени и лице чији је предмет одузет или од кога је одузета имовинска корист прибављена кривичним дјелом. Искључењем права на жалбу против пресуде донесене на основу споразума би за та лица у тој ситуацији право на жалбу против пресуде остало само декларативно право без стварне могућности да се реализује.²² Ово становиште је исправно и данас је без изузетка прихваћено у судској пракси.

Без икакве дилеме право на жалбу против било које пресуде, па и пресуде којом се оптужени оглашава кривим на основу споразума, произлази из одредаба кривичнопроцесних закона који се примјењују у БиХ. Неки кривичнопроцесни системи који општим одредбама не регулишу питање жалбе против овакве пресуде, због чега је она у начелу дозвољена на исти начин као и против других пресуда, то питање рјешавају тако што је одредба којом се странке одричу права на изјављивање жалбе против такве пресуде обавезан елемент споразума о признању кривице.²³

пресуде није дозвољена жалба на изречену кривичноправну санкцију, док се у осталом дијелу жалба може изјавити Апелационом одјељењу Суда БиХ.

²⁰ У рјешењу Врховног суда Федерације БиХ број Кж-251/05 од 07.06.2005. године се наводи да „нема дилеме да ће и у случају улагања жалбе из било којих жалбених основа, осим због одлуке о кривичној санкцији, на овакву пресуду бити примијењене све одредбе ЗКП-а које се односе на жалбени поступак. Ово рјешење је објављено у Билтену судске праксе Врховног суда Федерације БиХ број 1/05, Сарајево јануар-јуни 2005. године, стр. 7. и 8.

²¹ Ово становиште заступају нпр. Бубаловић Тадија, исто, стр. 121, Софтић Весна, Модул 3, исто, стр. 19, Милетић Азра, Модул IV Основна начела главног претреса и методологија израде првостепене пресуде у кривичном поступку, Издање Високог судског и тужилачког савјета, Сарајево 2007. године, исто, стр. 65.

²² Ово истиче Софтић Весна, Модул 3, исто, стр. 20.

²³ Нпр. у САД је одрицање од права на жалбу обавезан елемент споразума о признању кривице. Примјер таквог споразума у САД видјети код: Николић Данило, Споразум о признању кривице, Ниш 2006. године, стр. 41. У споразумима које оптужени закључују са Хашким тужилашtvом је обавезна одредба по којој оптужени и Тужилаштво пристају да могу изјавити жалбу на пресуду

4. Жалбени основи у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине

По општим одредбама кривичнопроцесних закона у БиХ, било која пресуда се може жалбом побијати због: 1) битне повреде одредаба кривичног поступка; 2) повреде Кривичног закона; 3) погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања; 4) одлуке о кривичним санкцијама, одузимању имовинске користи, трошковима кривичног поступка, имовинскоправном захтјеву, као и због одлуке о објављивању пресуде путем средстава јавног информисања.²⁴ Поједини аутори заступају схватање да су жалбени основи некритички у цијелости преузети из ранијег кривичнопроцесног законодавства и да је пропуштено да се законска рјешења ускладе са новим рјешењима у кривичном поступку. Истиче се да су пресуда донесена на основу споразума, али и пресуде донесене на основу изјаве оптуженог о признању кривице и захтјева за издавање казног налога новине чије су специфичности, морале бити уграђене у жалбени поступак.²⁵

Суд не може водити кривични поступак према свом нахођењу и везан је процесним одредбама. Начин на који суд води кривични поступак је законом прописан ради постизања једнообразности поступка и спречавања неједнаког третирања појединих случајева са циљем да се изрекне законита и правична пресуда. Непоштовање процесних форми закон означава битним повредама одредаба кривичног поступка, међу којима су тзв. апсолутно битне повреде таксативно наведене и постоје: 1) ако је суд био непрописно састављен или ако је у изрицању пресуде учествовао судија који није учествовао на главном претресу или који је правоснажном одлуком изузет од суђења; 2) ако је на главном претресу учествовао судија који се морао изузети; 3) ако је главни претрес одржан без лица чије је присуство на главном претресу по закону обавезно, или ако је оптуженом, браниоцу или оштећеном, противно његовом захтјеву, ускраћено да на главном претресу употребљава свој језик и да на свом језику прати ток главног претреса, 4) ако је повријеђено право на одбрану; 5) ако је противно закону била искључена јавност на главном претресу; 6) ако је суд повриједио прописе кривичног поступка о постојању одобрења надлежног органа; 7) ако је суд донио пресуду, а није био стварно надлежан или ако је

о казни само ако је изречена казна већа или мања од предложене, нпр. споразум о признању кривице закључен са Николић Момиром. Комплетан текст овог споразума видјети у књизи Хашки трибунал VI – Признања кривице и пресуде, издање Фонда за хуманитарно право, Београд 2003. године, стр. 73. до 79.

²⁴ О жалбеним основима видјети одредбе члана 310. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

²⁵ Ово схватање заступа Кауриновић Дамјан, Критички осврт на жалбене основе и претрес пред дугостепеним судом, Зборник радова са међународног научног скупа Актуелна питања у примјени кривичног законодавства, одржаног у Бањалуци 04. и 05.02.2011. године, стр. 353.

неправилно одбио оптужбу због стварне ненадлежности; 8) ако суд својом пресудом није потпуно ријешио предмет оптужбе; 9) ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог закона не може заснивати пресуда; 10) ако је оптужба прекорачена; 11) ако је изрека пресуде неразумљива, противрјечна сама себи или разлозима пресуде, или ако пресуда уопште не садржи разлоге или у њој нису наведени разлози о одлучним чињеницама.²⁶ Код апсолутно битних повреда кривичног поступка не треба доказивати узрочну везу између учињене повреде и њеног штетног дејства на пресуду и постоји необорива законска претпоставка да је она морала утицати на законитост и правилност пресуде. Поједини аутори сматрају да су у кривичнопроцесном законодавству БиХ апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка прешироко постављене.²⁷ Релативно битне повреде одредаба кривичног поступка постоје ако суд у току главног претреса или приликом доношења пресуде није примијенио или је неправилно примијенио коју одредбу овог закона, а то је било или је могло бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде.²⁸ Релативно битне повреде одредаба кривичног поступка су предвиђене општом формулацијом. Код њих не постоји необорива претпоставка да су имале или су могле имати утицаја на законито и правилно доношење пресуде и то суд мора утврђивати у сваком поједином случају.

Повреде Кривичног закона као жалбени основ постоје ако је кривични закон повријеђен у питању: 1) да ли је дјело за које се оптужени гони кривично дјело; 2) постоје ли околности које искључују кривичну одговорност; 3) постоје ли околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарјелост кривичног гоњења или је гоњење искључено усљед амнестије или помиловања или је ствар већ правоснажно пресуђена; 4) да ли је у погледу кривичног дјела које је предмет оптужбе примијењен закон који се

²⁶ О апсолутно битним повредама кривичног поступка видјети одредбе члана 311. став 1. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

²⁷ Ово схватање заступа Кауриновић Дамјан, Жалбени основи и претрес пред другостепеним судом, часопис „Правна ријеч“, број 15/2008, Бањалука 2008. године, стр. 140. и 141. који истиче да је законско рјешење у односу на право на суђење у разумном року неодрживо и да оно представља задовољење неке врсте апсолутног и непотребног формализма, више него заштиту основних права и слобода.

²⁸ О релативно битним повредама кривичног поступка видјети одредбе члана 311. став 2. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ. Прије посљедњих измјена и допуна кривичнопроцесних закона у Босни и Херцеговини су те повреде могле настати и за вријеме припремања главног претреса. Сада је предвиђено претпретресно рочиште. На њему се ништа мериторно не одлучује, већ се само „разматрају питања која су релевантна за главни претрес“. Због тога Симовић Миодраг, Осврт на нова рјешења у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине која се односе на главни поступак, поступак правних лијекова и посебне поступке, часопис Право и правда број 1 година IV, Сарајево 2007. године, стр. 54. и 55, оправдава изостављање времена припремања главног претреса као стадијума у коме ове повреде могу настати.

не може примијенити; 5) да ли је одлуком о казни, условној осуди или судској опомени, односно одлуком о мјери безбједности или о одузимању имовинске користи прекорачено овлашћење које суд има по закону;²⁹ 6) да ли су правилно примијењене одредбе о урачунавању притвора и издржане казне.³⁰

Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање постоји ако је суд неку одлучну чињеницу погрешно утврдио или је није утврдио. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји и када на то указују нове чињенице и нови докази.³¹ За разлику од англосаксонског права у кривичнопроцесном законодавству БиХ у жалби против пресуде се могу износити нове чињенице и нови докази, али само они који и поред дужне пажње и опреза нису могли бити изнесени на главном претресу. Жалилац је дужан да наведе разлоге зашто их раније није изнио. Сматра се да суд поводом жалбе мора испитати нове чињенице и нове доказе, уколико су они важни за доношење правилне и законите одлуке без обзира што је подносилац жалбе пропустио да изнесе разлоге или је дао неувјерљиве разлоге због чега их није изнио на главном претресу. Пропусти нису процесно санкционисани и одредба има за циљ само постизање страначке дисциплине и спречавање злоупотреба.³² Позивајући се на нове чињенице подносилац жалбе је дужан да наведе доказе којима се те чињенице доказују, а на нове доказе дужан да наведе чињенице које помоћу тих доказа доказује.³³

Пресуда се може побијати и због одлуке о кривичној санкцији, трошковима поступка, имовинскоправном захтјеву и објављивању пресуде.³⁴ Пресуда, односно рјешење о судској опомени се може побијати због одлуке о казни,

²⁹ Ова повреда постоји, нпр. ако је изречена судска опомена, а да за то нису били испуњени законски услови, ако је у условној осуди постављен услов који закон не предвиђа, ако суд није изрекао кривичну санкцију чије је изрицање по закону обавезно, ако суд није примијенио одредбе о стицају, а оптужени није издржао казну по ранијој пресуди.

³⁰ О повредама кривичног закона као жалбеном основу видјети одредбе члана 312. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

³¹ О жалбеном основу погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање видјети одредбе члана 313. став 1. и став 2. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

³² Ово схватање се нпр. заступа у Коментару закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 764, Јованчевић Недељко, исто, стр. 160, Грубиша Младен, Кривични поступак, Поступак о правним лијековима, Загреб 1987. године, стр. 39. који истиче да се оваквом „платонском“ одредбом ништа не постиже и да изношење нових чињеница и нових доказа једноставно може бити резултат „процесне тактике“.

³³ О изношењу нових чињеница и нових доказа у жалби против пресуде видјети одредбе члана 309. став 4. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

³⁴ О овом жалбеном основу видјети одредбе члана 314. став 1. до став 3. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

условној осуди и судској опомени, када том одлуком није прекорачено законско овлашћење, није повријеђен закон, али суд није правилно одмјерио казну с обзиром на околности које утичу да казна буде већа или мања и због тога што је суд примијенио или није примијенио одредбе о ублажавању казне, о ослобађању од казне, о условној осуди или о судској опомени, иако су за то постојали законски услови. Суд овдје није одредио праву мјеру кривичне санкције коју је иначе изрекао у границама закона. Одлука о мјери безбједности или о одузимању имовинске користи може се побијати ако не постоји повреда закона, али је суд неправилно донио ову одлуку или није изрекао мјеру безбједности, иако су за то постојали законски услови. Из истих разлога може се побијати одлука о трошковима кривичног поступка. Одлука о имовинскоправним захтјевима, као и одлука о објављивању пресуде путем средстава јавног информисања се може побијати кад је суд о овим питањима донио одлуку противно законским одредбама. Одлучивање о имовинско-правном захтјеву није факултативно, како често испољава судска пракса³⁵, и суд мора донјети одлуку о таквом захтјеву ако му подаци дају поуздан основ за то.

5. Могућност изјављивања жалбе због кривичноправне санкције изречене пресудом донесеном на основу споразума о признању кривице

Ако се прихвати становиште да је начелно дозвољена жалба против пресуде донесене на основу споразума поставља се питање да ли је она дозвољена због свих жалбених основа или не. Из одредбе по којој суд провјерава да ли оптужени разумије да не може уложити жалбу на кривичноправну санкцију која ће му се изрећи на основу споразума произлази закључак да оптуженом није дозвољена жалба на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума. Анализа ове одредбе указује да је она непотпуна и непрецизна.

Непотпуност ове одредбе се састоји у томе што она не регулише питање могућности изјављивања жалбе тужиоца на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума, већ ту могућност искључује само оптуженом. Иако је ова одредба недоречена и експлицитно тужиоцу не искључује то право преовладава схватање, и у теорији и у пракси, да тужилац мора имати исти положај као и оптужени у погледу могућности изјављивања жалбе против пресуде и да ни тужилац начелно не може изјавити жалбу на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума. Основ

³⁵ Грубиша Младен, исто, стр. 156. истичући колико се далеко у судској пракси може ићи у избјегавању доношења одлуке о имовинскоправном захтјеву, наводи случајеве из праксе у којима је оптужени осуђен за проневијеру одређеног износа новца, а да је оштећени упућен на парницу, јер подаци кривичног поступка наводно нису били поуздан основ за одлучивање о имовинскоправном захтјеву. Аутор додаје да се судска пракса односи „маћехински“ према овом захтјеву и да га настоји „избацивати“ из кривичног поступка.

за овакво схватање се налази у праву на правично судјење, равнотежи између права оптужбе и права одбране, односно у једнакости странака у поступку која произлази из директне примјене члана 6. ЕКЈП на основу одредбе члана II став 2. Устава БиХ која има примат у односу на све домаће прописе. Уколико тужилац изјави жалбу против пресуде донесене на основу споразума због кривичноправне санкције такву жалбу треба одбацити.³⁶

Може се поставити питање да ли је баш у свим случајевима искључено право жалбе на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума. У анализи је потребно посебно разматрати неколико различитих ситуација.

Могуће је да суд оптуженом изрекне кривичноправну санкцију другачију од оне предвиђене споразумом, нпр. изречена је казна затвора, а предвиђена је новчана казна, изречена је казна затвора мања или већа од оне предвиђене споразумом. Теорија је јединствена у ставу да је у овој ситуацији дозвољена жалба.³⁷ Један од услова за прихватање споразума је и тај да га је оптужени закључио свјесно и са разумијевањем. Та свијест оптуженог обухвата и свијест о томе која ће му се кривичноправна санкција и по врсти и по висини изрећи. У случају изрицања другачије санкције од оне предвиђене споразумом, тај услов није испуњен. Сматра се да је тада суд изашао из законског оквира у одлучивању.³⁸ Такав став је прихваћен и у судској пракси која дозвољава жалбу на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума ако је она “строжа или блажа од оне предвиђене у споразуму”.³⁹ Наравно, и тужилац има право на изјављивање жалбе на кривичноправну санкцију која није изречена у складу са споразумом.⁴⁰

Слична је ситуација и када је оптуженом изречена кривичноправна санкција предвиђена споразумом, али му је поред те санкције изречена још нека кривичноправна санкција која није предвиђена споразумом, нпр. поред предвиђене казне затвора изречена је мјера безбједности одузимање предмета.

³⁶ Ово схватање нпр. заступају Коментар закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 624, Кауриновић Дамјан, Потврђивање оптужнице и пресуде без суђења, стр. 209. Бајић Миодраг, Модул 4, Скраћени кривични поступци, издање Високог судског и тужилачког савјета БиХ, Сарајево, јануар 2006. године, стр. 46, Софтић Весна, Модул 3, исто, стр. 21.

³⁷ Ово схватање заступају нпр. Симовић Миодраг, Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске, стр. 417, Коментар закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 624, Кауриновић Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог, стр. 7.

³⁸ Ово истиче Софтић Весна, Модул 3, исто, стр. 21.

³⁹ Овај став је заузет у рјешењу Врховног суда Федерације БиХ број Кж-251/05 од 07.06.2005. године које је објављено у Билтену судске праксе Врховног суда Федерације БиХ број 1/05, Сарајево јануар-јуни 2005. године, стр. 7. и 8.

⁴⁰ Ово нпр. истиче Софтић Весна, исто, стр. 21.

Јединствен је став теорије да је и у овој ситуацији дозвољена жалба на кривичноправну санкцију која није била предвиђена споразумом, пошто таква пресуда садржи одлуку о нечему што није било предмет споразума.⁴¹ Такав став је прихваћен и у судској пракси.⁴²

Може се закључити да је наведена одредба непотпуна и непрецизна. Будућим измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ би ову одредбу требало прецизирати и употпунити, тако да се изричито предвиди да је жалба због изречене кривичноправне санкције искључена само ако је пресудом изречена кривичноправна санкција предвиђена споразумом и да је тада искључена за обе странке и браниоца. Овакво рјешење налазимо у неким кривичнопроцесним законодавствима која познају институт споразума.⁴³ На тај начин би се изричито дозволило изјављивање жалбе на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума о признању кривице у случају када је она различита од оне предвиђене споразумом и када је изречена кривичноправна санкција која није уопште предвиђена споразумом, а што јединствено прихвата и теорија и пракса.

Наведена одредба посредно искључује само жалбу на кривичноправну санкцију изречену пресудом донесеном на основу споразума. Предмет споразума могу бити, осим кривичних санкција, и многе друге одлуке нпр. одузимање имовинске користи, трошкови кривичног поступка, имовинскоправни захтјев. Оправдано се може поставити питање да ли је дозвољена жалба у погледу тих других одлука када оне имају основ у споразуму, односно када су оне предмет споразума. Преовладава схватање да таква жалба није дозвољена пошто би њом странке и бранилац побијали властити приједлог из споразума на потпуно исти начин као и кад побијају властити приједлог из споразума о кривичној санкцији, а што закон као могућност искључује код пресуде донесене на основу споразума.⁴⁴ Сматра се да би таква жалба представљала “злоупотребу права”.⁴⁵ Овај став је логичан. Ако су странке у споразуму поред кривичне санкције предложиле доношење и других одлука о којима су се сагласиле, нпр. постигле су споразум о трошковима поступка, имовинскоправном захтјеву, одузимању

⁴¹ Ово схватање заступају нпр. Симовић Миодраг, исто, стр. 416, Коментар закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 624.

⁴² У наведеном рјешењу Врховног суда Федерације БиХ број Кж-251/05 се у образложењу наводи да је жалба против овакве пресуде дозвољена и због основа одлуке о казненоправној санкцији, ако је оптуженом пресудом изречена кривичноправна санкција која није била предвиђена у споразуму.

⁴³ Нпр. по одредби члана 303. став 2. ЗКП-а Црне Горе дозвољена је жалба против пресуде донесене на основу споразума само ако пресуда није у складу са закљученим споразумом.

⁴⁴ Ово схватање заступају нпр. Задрић Марин, Казнени налог –могући правци измјена ЗКП-а, часопис Правна ријеч година IV број 12/2007, Бањалука 2007. године, стр. 494, Бајић Миодраг, исто, стр. 45. који правилно истиче да у том случају жалбу није могуће изјавити, али погрешно закључује да би у том случају жалбу требало одбити, пошто би правилно било да се она одбаци.

⁴⁵ Задрић Марин, исто, стр. 494.

имовинске користи (под условом да је такав приједлог заснован на закону, да је прихваћен од стране суда и да је одлука суда о том питању у пресуди у складу са приједлогом из споразума), нелогично би било да странке имају право на жалбу на пресуду у погледу тих одлука. Међутим, иако је овај став логичан, нема основ у одредби којом је искључено право на жалбу против пресуде донесене на основу споразума једино у односу на кривичноправну санкцију. Будућим измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ би било оправдано и логично наведену одредбу допунити тако што би се искључило право на жалбу не само на кривичноправну санкцију, већ и против свих других одлука о којима су се странке сагласиле у споразуму, под наведеним условима.

Може се поставити и питање да ли је искључено право на жалбу против пресуде донесене на основу споразума ако је кривичноправна санкција изречена у складу са споразумом, али је у супротности са неком од законских одредаба, нпр. у условној осуди је утврђена казна затвора већа од двије године, изречена је судска опомена за кривично дјело за које се не може изрећи, изречене су новчана казна или казна затвора изван општег минимума и максимума. У тим ситуацијама је суд, разматрајући споразум, пропустио да провјери да ли је предложена кривична санкција у складу са законским одредбама, што је његова дужност, и прихватио је незаконит споразум. У стручној литератури наилазимо на схватање да је жалба и у том случају дозвољена због тога што споразум тада излази изван законских оквира и што суд није поступио у складу са законом.⁴⁶ Ово схватање је исправно. Међутим, иако се и ова ситуација односи на изречену кривичноправну санкцију, истина незакониту, у овом случају је жалбени основ за побијање пресуде повреда кривичног закона због тога што је суд одлуком о кривичној санкцији прекорачио овлаштење које има по закону.

Када је пресудом на основу споразума изречена кривичноправна санкција у складу са споразумом и кривичноправним одредбама тада у односу на кривичну санкцију жалба искључена. Ако би у тој ситуацији била поднесена жалба на кривичноправну санкцију такву жалбу ће суд одбацити као недозвољену.⁴⁷ То је прихваћено и у судској пракси.⁴⁸ Изјављивање жалбе због кривичноправне санкције би тада било потпуно неосновано.⁴⁹ Иако се у нашој стручној литератури о томе није расправљало овдје би спадала и ситуација

⁴⁶ Ово схватање заступа Кауриновић Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог, стр. 6.

⁴⁷ Ово схватање нпр. заступају Симовић Миодраг, исто, стр. 417, ОСЦЕ, Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењује у Босни и Херцеговини, часопис Право и правда број 1 година IV, Сарајево 2005. године, стр. 110.

⁴⁸ Овај став је заузет у наведеном рјешењу Врховног суда Федерације БиХ број Кж-251/05.

⁴⁹ Јованчевић Недељко, исто, стр. 219. истиче да такве жалбе представљају злоупотребу права и да се у француском законодавству називају “објесне”. Аутор додаје да се у француском праву чак предлаже да се њихово изјављивање услови одређеним новчаним предујмом који би се у случају неуспјеха жалбе задржавао.

када је споразумом предложена релативно одређена казна нпр. казна затвора од 3 до 5 година. У овој ситуацији није дозвољена жалба на било коју изречену казну која је у границама предложене. Странке и бранилац су се споразумом сагласиле са изрицањем било које казне која је у границама предложене и свака казна у границама предложене казне се сматра предложеном.

Интересантно је да законодавци у БиХ нису били досљедни у ставу да против пресуде није дозвољена жалба у погледу кривичне санкције која је резултат договора странака. Слична ситуација постоји и у поступку за издавање казног налога у коме оптужени прихвата да му се изрекне кривична санкција коју је предложио тужилац. И ту, као и код споразума, постоји сагласност странака о томе коју кривичну санкцију суд треба да изрекне и предложена кривична санкција је прихваћена од стране суда. За разлику од пресуде донесене на основу споразума, не постоји одредба која би искључивала право жалбе против пресуде донесене на основу захтјева за издавање казног налога због било ког жалбеног основа. То значи да је у поступку за издавање казног налога дозвољена жалба и у погледу кривичне санкције без обзира што је око ње постигнута сагласност странака.⁵⁰

Постоје ситуације у којима је дозвољена жалба због кривичноправне санкције изречене пресудом донесеном на основу споразума и кад она није у супротности са споразумом и кривичноправним одредбама. Та ситуација постоји у случају одмјеравања казне осуђеном лицу, а предмет побијања је само јединствена казна која је изречена примјеном одредаба о стицају на основу раније осуде и кривичноправне санкције предвиђене споразумом, под условом да јединствена казна није предложена у споразуму. Ово схватање је у теорији општеприхваћено.⁵¹ Исто се односи и на ситуацију када се оптуженом изриче јединствена казна на основу кривичноправне санкције предвиђене споразумом и опозване условне осуде, под условом да јединствена казна није предложена у споразуму.

6. Могућност изјављивања жалбе против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице због осталих жалбених основа

Из одредаба кривичнопроцесних закона у БиХ произлази да се против пресуде донесене на основу споразума жалба не може изјавити само на одлуку о кривичноправној санкцији⁵², а да се може изјавити због свих других жалбених

⁵⁰ Видјети одредбу члана 361. став 3. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

⁵¹ Ово схватање заступају нпр. Коментар закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 624, Кауриновић Дамјан, исто, стр. 7, Бајић Миодраг, исто, стр. 45, Софтић Весна, Модул 3, исто, стр. 21.

⁵² Основ из члана 314. став 1. и став 2. ЗКП-а Републике Српске и одговарајући основ из ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

основа. То значи да се жалба може изјавити због битних повреда одредаба кривичног поступка, повреде кривичног закона, погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и због одлуке о трошковима поступка, одузимању имовинске користи, имовинскоправном захтјеву и објављивању пресуде путем средстава јавног информисања.⁵³ Не постоји ни једна одредба из које би се могло закључити да је искључена жалба против пресуде донесене на основу споразума због ових осталих жалбених основа. Ово схватање основ има и у одредби по којој суд провјерава да ли оптужени разумије да не може уложити жалбу на кривичноправну санкцију која ће му се изрећи. Логичким тумачењем ове одредбе се мора извести закључак да је жалба изричито искључена само због кривичноправне санкције, а да је у погледу осталих жалбених основа дозвољена. И у судској пракси је прихваћен став да је против пресуде донесене на основу споразума жалба искључена само на одлуку о кривичноправној санкцији ако је изречена у складу са споразумом, док се може изјавити из свих других жалбених основа.⁵⁴ Сасвим друго је питање, о коме свакако треба расправљати, да ли је овакво рјешење најбоље. Нека кривичнопроцесна законодавства која познају овај институт, изричито предвиђају да се против пресуде донесене на основу споразума може изјавити жалба и због других жалбених основа.⁵⁵

У стручној литератури наилазимо и на другачије схватање, по коме се против пресуде донесене на основу споразума не може изјавити жалба због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Присталице овог схватања полазе од тога да је оптужени признао кривицу и одрекао се суђења, а да без суђења нема ни утврђивања чињеничног стања, а тиме ни побијања пресуде по овом жалбеном основу.⁵⁶ Став по коме без суђења, односно главног претреса, нема утврђивања чињеничног стања, није исправан. И пресуди

⁵³ Ово схватање нпр. заступају Милетић Азра, Модул IV, исто, стр. 65, Кауриновић Дамјан, исто, стр. 209.

⁵⁴ Овај став је заузет у наведеном рјешењу Врховног суда Федерације БиХ број Кж-251/05, као и у пресуди Врховног суда Републике Српске број Кж-150/05 од 24. 11. 2005. године којом је „одбијена“ (дакле не „одбачена“) као неоснована жалба оптуженог М.Б. изјављена против првостепене пресуде донесене на основу споразума о признању кривице због битних повреда одредаба кривичног поступка, због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, због повреде кривичног закона и због одлуке о имовинскоправном захтјеву.

⁵⁵ Нпр. по одредби члана 464. став 9. ЗКП-а Хрватске оваква пресуда се може побијати због битних повреда одредаба кривичног поступка и због повреде казненог (кривичног) закона, а по одредби члана 364. став 2. и због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, само у случају када је оптужени за доказе о искључењу противправности и кривице сазнао након доношења пресуде

⁵⁶ Ово схватање нпр. заступају Бајић Миодраг, исто, стр. 45, Задрић Марин, исто, стр. 494. Коментар закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, група аутора, исто, стр. 624. гдје се наводи да поводом жалбе предмет преиспитивања пресуде донесене на основу споразума о признању кривице не могу бити чињенично стање, правна квалификација кривичног дјела, виност и урачуњљивост.

донесеној на основу споразума претходи утврђивање чињеничног стања уз постојање одређених специфичности због тога што јој не претходи главни претрес. Да би суд могао прихватити споразум, тужилац мора доставити доказе, посебно доказе из којих се утврђује постојање кривичног дјела и кривице. Суд је дужан да те доказе размотри. Један од услова за прихватање споразума је да након провјеравања достављених доказа суд утврди да постоји довољно доказа о кривици оптуженог. Могућност да суд погријеши при оцјени достављених доказа и да погрешно закључи да има довољно доказа о кривици оптуженог, па чак и да шаблонски прихвати споразум уопште и не провјеравајући да ли има довољно доказа о кривици оптуженог се не може искључити. Није искључено да након доношења пресуде на основу споразума странке сазнају за нове чињенице и доказе који могу бити од изузетне важности и да их истакну у жалби. Овај жалбени основ је ипак редуциран због природе овог поступка и због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања ће ријетко долазити до укидања пресуде донесене на основу споразума.⁵⁷ Слично становиште налазимо и у одлуци Врховног суда Републике Српске, гдје се закључује да признање кривице од стране оптуженог у суштини представља признање чињеничне основе оптужнице. Оно је исправно, али дио образложења у коме се наводи да се оптужени одрицањем права на суђење фактички одрекао права приговарати чињеничној основи оптужнице, није у потпуности прихватљив због тога што је другостепени суд у случају жалбе обавезан да провјери да ли је закључак првостепеног суда о постојању довољно доказа о кривици као услову за прихватање споразума исправан.⁵⁸ Признање кривице од стране оптуженог не може ослободити те обавезе ни првостепени, а ни другостепени суд. Нека кривичнопроцесна законодавства у великој мјери редукују овај жалбени основ код пресуде донесене на основу споразума.⁵⁹ Наша судска пракса је прихватила становиште да се против пресуде донесене на основу споразума начелно може изјавити жалба због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања.⁶⁰ С обзиром на природу пресуде донесене на основу споразума, може се поставити питање да ли се у жалби против те пресуде могу износити нове чињенице и нови докази. Без обзира што ће таква ситуација бити ријетка, на ово питање треба потврдно одговорити. Такву могућност закон предвиђа код жалбе против

⁵⁷ Ово истиче Милетић Азра, Модул IV, исто, стр. 65.

⁵⁸ Пресуда Врховног суда Републике Српске број Кж-122/05 од 04.10.2005. године.

⁵⁹ Нпр. по одредби члана 364. став 2. ЗКП-а Хрватске жалбени основ погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање се у правилу не може истицати у жалби против пресуде донесене на основу споразума, осим једног изузетка који постоји у случају када је оптужени за доказе о искључењу противправности и кривице сазнао након доношења пресуде.

⁶⁰ Нпр. пресудом Врховног суда Републике Српске број Кж-122/05 од 04.10.2005. године је одбијена (није одбачена) као неоснована жалба браниоца оптуженог Р.В., изјављена против пресуде донесене на основу споразума у погледу погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, што значи да је другостепени суд у конкретном случају ипак разматрао постојање овог жалбеног основа.

свих пресуда, па би она у недостатку одредбе која би ту могућност искључила кад се ради о жалби изјављеној против пресуде донесене на основу споразума у принципу, постојала и у тој ситуацији.

Поједини аутори, заступајући наведени став да је код пресуде донесене на основу споразума оптужени признао кривицу и да ту нема суђења и доказног поступка, закључују да је ту тешко учинити и битну повреду одредаба кривичног поступка и да жалба изјављена због овог жалбеног основа због тога тешко може бити успјешна.⁶¹ Ово схватање се не може прихватити. Тачно је да је у ситуацији када се донесе пресуда на основу споразума без главног претреса мања могућност да се учини битна повреда одредаба кривичног поступка, али се та могућност никако не може искључити.

Ако се начелно заузме став да се против пресуде донесене на основу споразума може изјавити жалба због битних повреда одредаба кривичног поступка, може се поставити даље питање да ли због свих или само због неких. Пресуда донесена на основу споразума о признању кривице се доноси на претресу након што је на рочишту споразум прихваћен. Таквој пресуди не претходи главни претрес. Неке од битних повреда одредаба кривичног поступка постоје ако су учињене на главном претресу. Како овој пресуди не претходи главни претрес, може се поставити питање да ли се те битне повреде одредаба кривичног поступка аналогично могу подвести под оне учињене на главном претресу ако су учињене на рочишту за разматрање споразума и на претресу за изрицање кривичноправне санкције предвиђене споразумом? На ово питање треба потврдно одговорити.⁶² Ова дилема је последица тога што су нови кривичнопроцесни закони у БиХ некритички и скоро у цијелости преузели одредбе ранијег ЗКП-а које се односи на жалбене основе не водећи рачуна о специфичностима нових института. У начелу је све битне повреде одредаба кривичног поступка могуће починити и приликом доношења пресуде на основу споразума или у поступку који претходи доношењу такве пресуде. Ниједна од тих повреда се не може искључити тим прије што оваква пресуда може, а некад и мора да садржи и друге веома битне одлуке које нису предложене споразумом. Будућим измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ би изричито требало прописати да битне повреде одредаба кривичног поступка постоје не само ако су учињене на главном претресу, већ и на претресу за изрицање кривичноправне санкције предвиђене споразумом о признању кривице, а евентуално и на рочишту за разматрање споразума. И судска пракса

⁶¹ Ово схватање заступају нпр. Кауриновић Дамјан, исто, стр. 7, Бајић Миодраг, исто, стр. 45, Задрић Марин, исто, стр. 495.

⁶² Ово схватање заступа Задрић Марин, исто, стр. 494. који истиче да без провођења суђења нема ни битних повреда одредаба кривичног поступка, али не остајући досљедан овом ставу додаје да нпр. није немогуће да у доношењу пресуде учествује судија који се мора изузети од суђења, да је претрес одржан без лица чије је присуство обавезно на њему, да је суд повриједио пропис о потреби постојања потребног одобрења надлежног органа.

је прихватила становиште да се против пресуде донесене на основу споразума може изјавити жалба због битних повреда одредаба кривичног поступка.⁶³

Поједини аутори, заступајући наведени став да је код пресуде донесене на основу споразума о признању кривице оптужени признао кривицу и да ту нема суђења и доказног поступка, закључују да је ту тешко учинити и повреду кривичног закона и да жалба изјављена због тог жалбеног основа због тога тешко може успјешна.⁶⁴ Ово схватање се не може прихватити. Тачно је да је у ситуацији када се донесе пресуда на основу споразума без главног претреса мања и могућност да се повриједи кривични закон, али се та могућност никако не може искључити.

Ако се начелно заузме став да се против пресуде донесене на основу споразума може изјавити жалба због повреда кривичног закона може се поставити даље питање да ли због свих или само због неких. У начелу је све повреде кривичног закона могуће починити и приликом доношења пресуде на основу споразума или у поступку који претходи доношењу такве пресуде. Ниједна повреда кривичног закона се не може искључити тим прије што оваква пресуда може, а некад и мора да садржи и друге веома битне одлуке које нису предложене споразумом.⁶⁵ Схватање да је начелно дозвољена жалба против пресуде донесене на основу споразума због повреде кривичног закона је прихватила и судска пракса.⁶⁶

Жалба против пресуде донесене на основу споразума је дозвољена и због одлука о трошковима поступка, одузимању имовинске користи, имовинскоправном захтјеву и објављивању пресуде путем средстава јавног информисања

⁶³ Нпр. у пресуди Врховног суда Републике Српске број Кж-122/05 од 04. 10. 2005. године је одбијена (није “одбачена”) као неоснована жалба браниоца оптуженог Р.В., изјављена због битних повреда одредаба кривичног поступка против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице. У образложењу пресуде се наводи да су размотрени наводи жалбе да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка због тога што оптужени није имао браниоца у току читавог поступка и да је другостепени суд закључио да таква повреда није постојала, јер у току читавог поступка нису били испуњени услови прописани законом за обавезну одбрану.

⁶⁴ Ово схватање заступају нпр. Кауриновић Дамјан, исто, стр. 7, Бајић Миодраг, исто, стр. 45, Задрић Марин, исто, стр. 495.

⁶⁵ Ово схватање заступа и Задрић Марин, исто, стр. 494. који истиче да без провођења суђења нема повреда кривичног закона, али не остајући досљедан том ставу додаје да ипак може да дође до повреде закона у питању да ли је дјело за које се оптужени гони кривично дјело, да ли постоје околности које искључују кривицу или кривично гоњење, да ли је у погледу кривичног дјела примјењен закон који се не може примјенити, да ли је одлуком о казни, условној осуди или судској опомени, мјери безбједности или одузимању имовинске користи, суд прекорачио овлаштење које има по закону, да ли су правилно примјењене одредбе о урачунавању притвора и издржане казне.

⁶⁶ Нпр. пресудом Врховног суда Републике Српске број Кж-122/05 од 04.10.2005. године је одбијена (није “одбачена”) као неоснована жалба браниоца оптуженог Р.В., изјављена против пресуде донесене на основу споразума због повреде кривичног закона. Другостепени суд је овај жалбени навод размотрио и нашао да у конкретном случају нема повреде кривичног закона.

на исти начин на који је дозвољена и против сваке друге осуђујуће пресуде.⁶⁷ Ово је прихватила и судска пракса.⁶⁸ Нека кривичнопроцесна законодавства која познају овај институт изричито предвиђају да се пресуда донесена на основу споразума не може побијати жалбом због одлуке о одузимању имовинске користи, трошковима кривичног поступка и имовинскоправном захтјеву.⁶⁹

7. Могућност изјављивања жалбе против другостепене пресуде донесене на основу споразума о признању кривице

Кривичнопроцесни закони у БиХ предвиђају и жалбу против другостепене пресуде као редовни правни лијек који је дозвољен у случају ако је: а) другостепени суд изрекао казну дуготрајног затвора или потврдио пресуду првостепеног суда којим је изречена таква казна; б) другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени проглашава кривим, односно ако је поводом жалбе на првостепену пресуду којом је оптужени проглашен кривим изрекао пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе; и ц) другостепени суд поводом жалбе на ослобађајућу пресуду на претресу донио пресуду којом се оптужени проглашава кривим, односно ако је поводом жалбе на осуђујућу пресуду на претресу донио пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе.⁷⁰ Оправдање за ову жалбу се налази у томе што су чињенице на којима се заснива другостепена пресуда утврђене први пут у поступку пред другостепеним судом и због тога странке и бранилац не могу остати без могућности да пресуду побијају жалбом. Сматра се да би искључење жалбе против такве пресуде представљало повреду уставног права грађана на употребу правних лијекова против судских одлука, јер је одлука другостепеног суда само формално другостепена пресуда, док се у суштини ту ради о првостепеном суђењу.⁷¹

У свим кривичнопроцесним законима који се примјењују у БиХ оптужени и његов бранилац могу до завршетка главног претреса, односно претреса пред вијећем другостепеног суда, преговарати са тужиоцем о условима признања

⁶⁷ Ово схватање нпр. заступа и Задрић Марин, исто, стр. 495.

⁶⁸ Нпр. пресудом Врховног суда Републике Српске број 118-0-Кж-07-000 184 од 20.11.2007. године је уважена жалба оптуженог З.М. и преиначена је првостепена пресуда у одлуци о трошковима кривичног поступка тако што је оптужени у цијелости ослобођен дужности плаћања трошкова кривичног поступка.

⁶⁹ Нпр. то је изричито предвиђено одредбом члана 364. став 1. ЗКП-а Хрватске.

⁷⁰ О жалби на пресуду другостепеног суда видјети одредбе члана 332. став 1. и став 2. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП-а Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

⁷¹ Симовић Миодраг, Осврт на нова рјешења у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине која се односе на главни поступак, поступак правних лијекова и посебне поступке, исто, стр. 57.

кривице за дјело за које се оптужени терети.⁷² То значи да процес преговарања о условима признања кривице може започети и након укидања првостепене пресуде. У случају закључења споразума након укидања првостепене пресуде на основу споразума би се донијела другостепена пресуда. У тој ситуацији би изузетно била могућа и жалба против другостепене пресуде која је донесена на основу споразума и то ако је њом изречена казна дуготрајног затвора и када је она донесена након што је другостепени суд претходно укинуо првостепену ослобађајућу пресуду. У случајевима када је изузетно дозвољена жалба против другостепене пресуде донесене на основу споразума, за ту жалбу у начелу важи све оно што је речено и за жалбу против првостепене пресуде донесене на основу споразума.

8. Закључак

Нека кривичнопроцесна законодавства која познају институт споразума о признању кривице имају посебне одредбе које се односе на жалбу против пресуде донесене на основу споразума којима се изражавају специфичности овог правног лијека код ове пресуде. У кривичнопроцесним законима у Босни и Херцеговини постоји само једна одредба која се посредно односи на жалбу против овакве пресуде. То је одредба по којој суд приликом разматрања споразума о признању кривице провјерава да ли оптужени разумије да не може уложити жалбу на кривичноправну санкцију која ће му се изрећи на основу прихваћеног споразума. Међутим, и та одредба је и непотпуна и непрецизна. Непостојање посебних одредаба које би регулисале жалбу против пресуде донесене на основу споразума је довело до појаве различитих схватања о неким питањима која се односе на жалбу против овакве пресуде и у стручној литератури, али и у пракси. Жалба против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице свакако има своје специфичности које у постојећим законским рјешењима нису дошле до изражаја. Будућим измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ би те специфичности требало да дођу до изражаја тако што би се питање жалбе против пресуде донесене на основу споразума регулисало посебним одредбама, као што је то учињено у већини других кривичнопроцесних законодавстава која познају овај институт. На тај начин би се отклониле дилеме које се односе на жалбу против пресуде донесене на основу споразума.

⁷² Видјети одредбу члана 246. став 1. ЗКП-а Републике Српске, као и одговарајуће одредбе ЗКП-а БиХ, ЗКП- Федерације БиХ и ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ.

ЛИТЕРАТУРА

I. Књиге и чланци

1. Бајић Миодраг, Модул 4, Скраћени кривични поступци, издање Високог судског и тужилачког савјета БиХ, Сарајево, јануар 2006. године,
2. Билтен судске праксе Врховног суда Федерације БиХ, Сарајево,
3. Бркић Снежана, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад, 2004. година,
4. Бубаловић Тадија, Право на жалбу у казненом поступку као основно људско право, часопис Право и правда, број 1, година V, Сарајево 2006. године,
5. Хашки трибунал VI - Признања кривице и пресуде, издање Фонда за хуманитарно право, Београд 2003. године,
6. Говедарица Младенка, Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске, часопис Правна ријеч број 15/2008, Бањалука 2008. године,
7. Грубиша Младен, Кривични поступак, Поступак о правним лијековима, Информатор, Загреб 1987. године,
8. Група аутора, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, заједнички пројекат Савјета/Вијећа Европе и Европске комисије, Сарајево август 2005. године,
9. Јованчевић Недељко, Правни лек – Жалба на кривичну пресуду првостепеног суда, Београд 1997. године,
10. Кауриновић Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог, рад објављен у оквиру публикације „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“, Неум 10-12 јуни 2004. године,
11. Кауриновић Дамјан, Потврђивање оптужнице и пресуде без суђења, Зборник радова са међународног округлог стола – Реформа кривичног законодавства у Републици Српској, Бањалука 2003. године,
12. Кауриновић Дамјан, Жалбени основи и претрес пред другостепеним судом, часопис Правна ријеч број 15/2008, Бањалука 2008. године,
13. Кауриновић Дамјан, Критички осврт на жалбене основе и претрес пред другостепеним судом, Зборник радова са међународног научног скупа “Актуелна питања у примјени Кривичног законодавства” одржаног у Бањалуци 04. и 05. 02. 2011. године,
14. Милетић Азра, Модул IV, Основна начела главног претреса и методологија израде првостепене пресуде у кривичном поступку, Сарајево, 2007. године, издање Високог судског и тужилачког савјета БиХ,

15. Николић Данило, Споразум о признању кривице, Ниш 2006. године,
16. ОСЦЕ, Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичном поступку који се примјењују у Босни и Херцеговини, часопис Право и правда, број 1, година IV, Сарајево 2005. године,
17. Симовић Миодраг, Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске, Бањалука 2005. године,
18. Симовић Миодраг, Осврт на нова рјешења предложена у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине која се односе на главни поступак, поступак правних лијекова и посебне поступке, часопис Право и правда, број 1. година VI, Сарајево 2007. године,
19. Софтић Весна, Модул 3, Редовни и ванредни правни лијекови, издање Високог судског и тужилачког савјета БиХ, Сарајево, јануар 2006. године,
20. Задрић Марин, Казнени налог –могући правци измјена ЗКП-а, часопис Правна ријеч, година IV, број 12/2007, Бањалука 2007. године.

II. Прописи

1. Устав Републике Српске,
2. Закон о кривичном поступку Републике Српске,
3. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине,
4. Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине,
5. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине,
6. Кривични закон Републике Српске,
7. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, српска верзија, Council of Europe, Strasbourg 1996. године,
8. Међународни пакт о грађанским и политичким правима
9. Законик о кривичном поступку Србије,
10. Законик о кривичном поступку Црне Горе,
11. Закон о казненом поступку Хрватске,
12. Codice di Procedura Penale – Законик о кривичном поступку Италије,
13. Статут Међународног кривичног трибунала за Југославију,
14. Правилник о поступку и доказивању Међународног кривичног трибунала за Југославију.

Summary

Some criminal procedure legislations that acknowledge the concept of plea agreement have special provisions related to the appeal to the verdict made based on the agreement, which illustrate the specifics of this legal remedy. Criminal procedure laws in Bosnia and Herzegovina only include one provision related indirectly to the appeal to such a verdict. This provision provides for a court, when considering the plea agreement, to verify whether the accused understands that he/she may not appeal to the criminal procedure sanction pronounced based on the accepted agreement. However, even this provision is incomplete and imprecise. This lack of specific provisions that regulate the appeal to the verdict made based on the agreement have resulted in a variety of understandings of issues related to the appeal to such a verdict, both in professional literature and in practice. An appeal to a verdict made based on a plea agreement certainly has some specifics that have not been demonstrated in the existing legal solutions. Future amendments to the criminal procedure laws in BiH should allow demonstration of those specifics through regulation of the issue of appeal to a verdict made based on the agreement by special provisions, as has been done in most other criminal procedure legislations that acknowledge this concept. That way, dilemmas regarding the appeal to a verdict made based on the agreement would be removed.

ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА И РАДНА ВЕРЗИЈА ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Мр Тања Кесић*
Мр Драгана Чворовић**

Апстракт: Предмет рада је стручно-критичка анализа поједностављених форми поступања у кривичним стварима, као једног од инструмената нормативне ефикасности кривичног посупка и обима и начина њихове нормативне присутности у Радној верзији новог ЗКП Републике Србије. Овако формулисана предметна проблематика рада обрађена је кроз две групе питања. Прва група питања посвећена је општим напоменама о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима, њиховим основним карактеристикама и појавним облицима. Основни закључак анализе ове групе питања је све већа присутност поједностављених форми поступања и у кривичним процесним законодавствима континенталног правног система и појава све већег броја њихових појавних облика. Друга група питања тиче се стручно-критичке анализе места и улоге, и начина нормативне разраде поједностављених форми поступања у кривичним стварима у процесу реформи кривичног процесног законодавства Србије. Два су основна закључка анализе ове групе питања. Прво, да се нормирању поједностављених форми поступања у раду на реформи српског кривичног процесног законодавства, поклања значајна пажња. Захваљујући таквом приступу овој проблематици у позитивном кривичном процесном законодавству Србије, већ је видљиво присуство не малог броја видова поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Друго, и поред неспорног напретка у нормирању поједностављених форми поступања, у кривичном процесном законодавству Србије постоји још увек не мали број отворених питања. Она се углавном тичу нормативне разраде највећег броја већ нормираних видова ове врсте поступака. С обзиром на ово, у раду на изради коначне верзије ЗКП ова питања

* Мр Тања Кесић, предавач, Криминалистичко-полицијска академија, Београд

** Мр Драгана Чворовић, сарадник у настави, Криминалистичко-полицијска академија, Београд

морају бити узета у обзир (случај нпр. са питањима обима могуће примене института споразума о признавању кривице, граница кажњивости у случају прихватања споразума, о заштити интереса оштећеног лица у примени појединих видова поједностављених форми поступања у кривичним стварима и сл.).

*На крају рада аутори дају закључна разматрања у којима на један резимирани начин износе своје ставове о присутности и о квалитету нормативне разраде поједностављених форми поступања у досадашњем раду на реформи српског кривичног процесног законодавства и дају и не мали број предлога *de lege ferenda*.*

Кључне речи: *Поједностављене форме, кривична ствар, Законик о кривичном поступку, радна верзија, Србија, ефикасност, кривични поступак, споразум о признању кривице, непосредна оптужница, скраћени кривични поступак, суд, јавни тужилац, окривљени.*

1. Опште напомене о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима као инструменту нормативне ефикасности кривичног поступка

Једна од особености науке кривичног процесног права, а тиме и кривичног процесног законодавства, чија решења прате тенденције науке, јесте и трагање за инструментима којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак.¹ Разлози за ово су бројни. Међу њима посебно се истичу три. Први лежи у чињеници да је само ефикасан кривични поступак инструмент успешне борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције. Насупрот, неефикасан кривични поступак је супротан циљевима и генералне и специјалне превенције и као такав може и да делује охрабрујуће на потенцијалне извршиоце кривичних дела, а о сасвим оправданом незадовољству јавности у таквим случајевима није ни потребно говорити.² Друго, једна од особености највећег броја кривичних поступака уопште је и недовољан степен њихове ефикасности (њихово дуго трајање). Треће, дуго трајање кривичних поступака у супротности је и са одредбама најважнијих међнародних правних аката, која третирају проблематику слобода и права грађана, у којима је право на суђење окривљеном у што је могуће краћем

¹ С. Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривично-процесно законодавство Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/08, стр. 3-40.

² Види: Д. Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Зборник радова "Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета", Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187.; С. Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, збор. „Деликти насиља“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 207-221.

року сврстано у категорију њихових основних права.³ Из ових, и не само ових разлога, обавеза је сваког друштва да створи нормативне, као и све друге предуслове за што ефикаснији кривични поступак, а тиме и за што успешнију борбу против криминалитета уопште. Полазећи од овог, у савременом кривичном процесном праву траже се решења којима се ствара нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак, схваћен како у смислу времена његовог трајања, тако и у смислу законитости пресуђења конкретне кривичне ствари. Један од незаобилазних инструмената с овим циљем, су поједностављене форме поступања у кривичним стварима. Већ дуже времена, потпуно је неспорно да је редовни кривични поступак, као општа-универзална форма поступања у кривичним стварима, са својом сложеном структуром која подразумева истрагу, оптужење, припремање главног претреса, главни претрес и у највећем броју случајева и поступак по редовним, па и ванредним правним лековима оправдан само за теже кривичне случајеве. Када је реч о лакшим, мање сложеним кривичним случајевима, оваква форма кривичног поступка показује се као сувишно-непотребно, криминално-политички неоправдано расипање времена, труда и средстава.⁴ У таквим кривичним стварима криминално-политички је не само оправдано, већ и нужно одступање од тако предвиђене опште процедуре као правила и њено упрошћавање у виду које има за циљ брз и кратак поступак, поступак прилагођен значају дела, личности извршиоца, околностима под којима је извршено дело и стању доказног материјала. Другим речима тако поједностављен поступак да не ремети равнотежу између нужности заштите основних слобода и права окривљеног и потребе за ефикасношћу кривичног поступка,⁵ што, мора се признати, није лако постићи. С обзиром на ово, а у жељи да се створи нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак у последњих неколико деценија врше се не мале интервенције у кривичном процесном законодавству посматрано уопште. Њихов заједнички именуатељ је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, путем нормирања поједностављених форми поступања⁶ у случајевима када то конкретна кривична ствар оправдава с обзиром на тежину кривичног дела, обим доказног материјала и држање лица коме се то кривично дело ставља на терет. Основ оправданости оваквог једног нормирања лежи и у чињеници да је законска норма, иако не једини, један од изузетно важних фактора ефикасности

³ Чл. 6. тач. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 14. тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

⁴ В. Ђурђић, Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, Збор. „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 9-39.

⁵ Т. Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Савремена администрација, Београд, 1981. год., стр. 689.

⁶ У теорији кривичног процесног права присутни су различити називи за кривичне поступке овог карактера (нпр. сумарни, убрзани, упрошћени и сл.).

кривичног поступка посматрано уопште.⁷ Управо полазећи од овог, једног од важнијих обележја савременог кривичног процесног законодавства, указује се на истовремено-паралелно постојање једне опште-редовне форме кривичног поступка, предвиђене као правила, и све већу појаву једноставнијих форми поступања у кривичним стварима. Основни криминално-политички разлог њиховог постојања је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Уз ово, оправданост оваквог паралелног егзистирања више врста кривичних поступака своју подлогу налази и у хетерогеној структури криминалитета, односно хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршилаца. Поступак који је подесан за једну врсту кривичних дела и њихових учинилаца, не мора и није подесан и рационалан за другу врсту. Поред овог, једноврстан кривични поступак није у складу ни са релевантним међународним документима која гарантују право на суђење у размном року.⁸ Односно, није у складу ни са интересом окривљеног који има право на брз и адекватан поступак, нити са општим интересом друштва као целине, будући да је његов циљ ефикасна борба против криминалитета.⁹

Посматрано са аспекта степена доприноса нормативној ефикасности кривичног поступка, данас се са сигурношћу може констатовати да су поједностављене - упрошћене форме поступања у кривичним стварима, један од изузетно важних инструмената ефикасности кривичног поступка. Као такве, намењене су суђењу за једноставније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо ова категорија кривичних дела у укупној структури криминалитета заузима значајно место, онда значај ових поступака још више добија на свом интензитету. Уз то, када се говори о криминално-политичкој оправданости ових поступака нужно је имати у виду и још једну чињеницу. То је да ови поступци својом практичном применом - путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве, јер судовима остаје више простора за теже - компликованије кривичне предмете.

Када је реч о општим напоменама о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима, пажњу заслужује и следеће. И поред тога што се у нормирању поједностављених форми поступања у кривичним стварима сусрећу не мале разлике, ипак се може говорити и о њиховим заједничким карактеристикама, без обзира о којем виду поједностављених поступака се

⁷ О другим факторима ефикасности кривичног поступка види: В.Ђурђић, Кривично процесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, Зборник „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Београд, 2008. год., стр. 9-44.

⁸ Чл. 6. тач. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 14. тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

⁹ М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и општи део, „Сл. Гласник“, Београд, 2004. год., стр. 25.

ради, односно о којем кривичном процесном законодавству је реч. Оне се огледају у следећем:

Прво, *вишеструкост поједностављених форми поступања у кривичним стварима*, која није само особеност савременог кривичног процесног законодавства као целине, већ и највећег броја појединачних законских текстова овог карактера, што посебно долази до изражаја код кривичних поступака према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Данас, када је реч о овој категорији окривљених лица, поред две традиционалне и релативно добро познате форме поједностављених кривичних поступака (скраћеног кривичног поступка и поступка за изрицање судске опомене), присутан је и не мали број других форми поједностављених кривичних поступака. Случај нпр. са споразумом о признању кривице, казним налогом, непосредном оптужницом, имунитетом сведока и сл.¹⁰

Друго, *јединственост елемената поједностављених форми поступања у кривичним стварима*. Наиме, без обзира о којој њеној врсти је реч, као заједнички елементи свих форми овог карактера јављају се: *кривична ствар* као материјалноправна компонента поједностављене форме поступања и заснована је на врсти и природи кривичног дела. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена, него у случајевима када се ради о тежим кривичним делима.¹¹ Овакав приступ савременом кривичнопроцесном законодавству своју подлогу налази и у релевантним међународним правним актима. Случај нпр. са Резолуцијом III Секције Међународног конгреса за кривично право одржаном у Бечу 1989. године;¹² *Стање доказног материјала* као обележје процесноправног карактера. Сходно овом елементу поједностављене форме поступања намењене су случајевима једноставнијег чињеничног стања, чињеничног стања које с обзиром на своју једноставност упућује на лакоћу доказивања. Управо лакоћа доказивања је и основ поједностављења

¹⁰ Д. Коршоц - В. Јакулин, Поједностављене форме поступања у кривичном законодавству Словеније, у збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 456-368.

¹¹ М. Грубач, Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/84, стр. 290.

¹² У Резолуцији се изричито наглашава да врста и природа кривичног дела треба да буду један од важних основа диференцирања процесне форме. У складу са овим националним законодавствима се препоручује „да предузму све мере које се делотворно односе на сузбијање ситног криминалитета са уравнотеженим односом средстава и циља уз прихватање различитих решења и поступака, као алтернативе за оне који се традиционално користе у кривичном правосуђу“. (Комплетан текст Резолуције види у часопису „Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 4/1990, стр. 90).

процесне форме.¹³ Затим, ту је *понашање–држање процесних субјеката*, као посебан елемент диференцијације процесних форми поступања и у склопу истог посебна пажња се поклања признању окривљеног и сагласност субјеката у избору процесне форме. С обзиром на ово, може се закључити да поједностављене форме поступања у кривичним стварима почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права окривљеног представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме.

Треће, *мањи степен сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања*. Као такав манифестују се: у изостављању појединих процесних фаза и стадијума, што је у зависности од конкретне форме поједностављења; скраћивању процесних рокова и деформализацији поступка (изостављању одређених формалности и гаранција).¹⁴

Четврто, *различитост нормативног регулисања*. Посматрано са аспекта начина нормативног регулисања поједностављених процесних форми поступања у кривичним стварима присутна су превасходно два решења. Први се огледа у самосталном-одвојеном регулисању посебних форми за поједина кривична дела или за поједине категорије окривљених лица. Случај пре свега са регулисањем ове проблематике посебним законским текстом кривичног поступка према малолетницима. Други начин је да се у оквиру Законика о кривичном поступку нормирају само одступања од опште форме поступања, у случају чега се општа форма поступања примењује и у поједностављеним поступцима у делу који није регулисан посебним одредбама Законика.

2. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и реформа кривичног процесног законодавства Србије

Процес реформе кривичног процесног законодавства Србије започет је доношењем ЗКП из 2001. године¹⁵, и настављен је не само вишесртркуим изменама и допунама овог Законика, већ и доношењем 2006. године новог Законика о кривичном поступку. Међутим, овај Законик је након два продужетка рока почетка његове примене, престао да важи Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године.¹⁶ Поред овог, досадашњи процес реформе окарактерисан је и појавом две Радне верзије новог ЗКП. Прва Радна

¹³ С. Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год., стр. 202.

¹⁴ Др Снежана Бркић, *op.cit.*, стр. 208.

¹⁵ „Сл.гласник РС“, бр. 46/06,49/07 и 122/08.

¹⁶ Чл. 149. Закона о изменама и допунама ЗКП („Сл.гласник РС“, бр.72/09).

верзија новог ЗКП представљена је на саветовању Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, одржаном септембра месеца 2010. године на Златибору¹⁷, а друга у мају месецу ове године.

Анализа рада на свим овим законским текстовима, почевши од рада на доношњу ЗКП из 2001. године, па до израде последње Радне верзије ЗКП из маја месеца ове године, показује једну њихову заједничку карактеристику. То је циљ свих досадашњих законодавних активности. Наиме, један од циљева који је требао да се постигне како досадашњим интервенцијама, тако и доношењем новог ЗКП, којим би требало да се оконча овај процес реформе, јесте изналажење решења за стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Овако формулисани циљ процеса реформе сасвим је оправдан. Заснован је не само на чињеници да је ефикасност кривичног поступка и један од важнијих општеприхваћених правних стандарда међународног карактера¹⁸, већ и на чињеници да је једино ефикасан кривични поступак инструмент успешне борбе против криминалитета, у функцији генералне и специјалне превенције.¹⁹ Ако се овоме дода и чињеница да ефикасност кривичног поступка у Србији није ни приближно на жељеном нивоу²⁰, онда овако формулисани циљ реформе још више добија на својој актуелности. С обзиром на све ово, као и чињеницу да је законска норма један од изузетно важних и потпуно неспорних фактора ефикасности кривичног поступка у савременом кривичном процесном праву, траже се решења којима се ствара нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак. Један од незаобилазних инструмената за постизање тог циља су и поједностављене форме поступања у кривичним стварима.²¹ Полазећи од овог, већ Законик о кривичном поступку из 2001. године²² почиње да поклања посебну пажњу и појединим облицима поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Као резултат тога, већ овај законски текст и његове измене и допуне из 2004. год., доноси неколико значајних новина овог карактера. У првом реду реч је о нормирању поступка за кажњавање пре главног претреса, поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије; условном одлагању кривичног гоњења; проширивању мо-

¹⁷ Г. Илић, Кривично процесно законодавство Србије и стандарди Европске уније, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год., стр. 34-54.

¹⁸ С. Бејатовић, Међународни правни стандарди у области кривичног процесног права и начин њихове имплементације у Законик о кривичном поступку Републике Србије, Зборник „Законодавни поступак и казнено законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009., стр.75-119.

¹⁹ С. Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. год., стр. 59.

²⁰ С Бркић, *op.cit.*, стр. 206.

²¹ В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 9-39.

²² „Сл. лист СФРЈ“, бр. 70/01 и 68/02, и „Сл. гласник РС“, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07 и 20/09.

гућности вођења скраћеног кривичног поступка и сл.²³ Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије, започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године и његовим изменама и допунама из 2004. године, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка путем нормирања појединих облика поједностављених форми поступања у кривичним стварима, настављен је његовим каснијим изменама и допунама. Посматрано у том контексту, најзначајније су оне из августа месеца 2009. године²⁴, јер доносе најзначајније по овом питању, а оне се огледају у озакоњењу института споразума о признавању кривице као кључног репрезента поједностављених форми поступања у кривичним стварима уопште.²⁵ Међутим, и поред свих ових новина које карактеришу наше кривично процесно законодавство од започињања његове реформе 2001. год., па до данас, став стручне јавности Србије је да тај процес још увек није завршен. Релевантно компаративно кривично процесно законодавство, искуства у његовој примени и теорија кривичног процесног права указују да постоји још увек одређени број питања када је реч о пожељном степену нормативне разраде поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Управо захваљујући и овим чињеницама урађена је Радна верзија новог ЗКП и она и по питању поједностављених форми поступања у кривичним стварима доноси значајне новине. Извршена стручно-критичка анализа предложених решења у Радној верзији ЗКП у вези са појединим облицима поједностављених форми поступања у кривичним стварима показује следеће:

а) Споразум о признању кривице

Споразум о признању кривице, као једна од најизразитијих форми поједностављеног поступања у кривичним стварима, уведен је у кривичнопроцесно законодавство Србије Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године. Његова суштина се огледа у претходном преговарању о признавању кривице између тужиоца и окривљеног и накнадном одлучивања суда о прихватању или неприхватању постигнутог текста споразума између тужиоца и окривљеног. Могућност закључења споразума о признању кривице постоји у случају када се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у стицају, за која је прописана казна затвора до 12 година и иницирање његовог закључења може да буде како на страни тужиоца, тако и на

²³ С. Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр.145-155.

²⁴ „Сл. гласник РС“, бр.72/09.

²⁵ С. Бејатовић, Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/09, стр. 21-40.

страни окривљеног и његовог браниоца. Постигнутим споразумом о признању кривице окривљени у потпуности признаје кривично дело за које се терети, односно признаје једно или више од кривичних дела учињених у стицају, која су предмет оптужбе, а окривљени и јавни тужилац се саглашавају, пре свега, о врсти и висини казне, односно о другим кривичним санкцијама које ће окривљеном бити изречене. Договорена казна по правилу не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет. Само изузетно, окривљеном може бити изречена и блажа казна, али и тада у границама прописаним за ублажавање казне у КЗ РС.²⁶ Поред овог, у вези са садржајем споразума битно је и то да се окривљени споразумом о признању кривице може обавезати и на испуњење једне или више обавеза под којима се може условно одложити његово кривично гоњење у смислу чл. 236. ст. 1. ЗКП. На крају, додајмо и то да о споразуму одлучује суд који споразум може решењем одбацити, усвојити или одбити. Једну од ових својих одлука суд доноси на рочишту коме присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац, а о истом се обавештавају и оштећени и његов пуномоћник²⁷.

Начелно посматрано, озакоњење института споразума о признању кривице у ЗКП Србије резултат је скоро јединственог става њене стручне јавности о споразуму као веома важном и надасве корисном инструменту повећања ефикасности кривичног поступка и, као такво, његово озакоњење се не може довести под знак питања. Његова примена, због добрих резултата је све већа, и нигде се не доводи под знак питања. Он све више добија карактер универзалности. Данас се он, са пуно оправдања, сматра једном од најважнијих поједностављених форми поступања у кривичним стварима, а тиме и један од важнијих инструмената за постизање жељеног степена ефикасности кривичног поступка као целине.²⁸ Међутим, за разлику од овог става присутан је и не мали број дилема по питању његове нормативне разраде. Односно, поставља се не мали број питања у нормативној разради овог института. То је случај, пре свега, са кругом кривичних дела на која се може применити споразум. Зашто баш граница од 12 година? Затим, ту је и питање граница кажњавања осумњиченог, односно окривљеног лица у случају постизања и од стране суда прихватања споразума о признању кривице. Или, питање улоге оштећеног лица и браниоца у поступку преговарања о признавању кривице. Односно, питање тренутка процесног активирања суда, као и питање могућности и основа употребе правног лека у оваквом једном поступку. Потом, присутно је и питање: Какве су последице неиспуњења обавеза које су наложене осумњиченом у прихваћеном споразуму о признању кривице од стране суда? Или оправдано се

²⁶ чл. 57. КЗ РС.

²⁷ Глава XX – чл. 282а-282д ЗКП.

²⁸ Види: Николић Д., Споразум о признању кривице, ЈП Сл. гласник Београд, 2009. год.; М. Симоновић и др., Коментар Закона о кривичном (казненом) поступку Босне и Херцеговине, Сарајево, 2005. год., стр. 265.

поставља питање које је то „прво рочиште за одржавање главног претреса“? Односно на којем рочишту суд одлучује о понуђеном споразуму о признању кривице? Какве су последице неиспуњења обавеза из чл. 236. ст. 1. Законика након прихватања споразума од стране суда? Које су то нарочито олакшавајуће околности из чл. 54. ст. 2. КЗ? и др.²⁹ С обзиром на ово, ова и не само ова питања везана за начин нормирања института споразума о признању кривице узета су у обзир и у раду на изради новог ЗКП. И заиста у Радној верзији овог законског пројекта предложено је неколико значајних новина у вези са овим обликом поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Међу њима истичу се четири. Прво, предлаже се ширење могућности примене споразума. Према предложеном, могућност закључења споразума постоји код свих, па и најтежих кривичних дела. Друго, предвиђа се далеко већа слобода у договарању кривичне санкције у предлогу текста споразума. Уместо било каквих ограничења код договарања кривичне санкције предвиђено је само да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера „у складу са кривичним или другим законом.“ Треће, за разлику од досадашњег решења према коме жалба против пресуде донете на основу прихваћеног споразума о признању кривице, није била дозвољена, сада је таква жалба дозвољена (чл. 319.) и могу је изјавити странке и бранилац у року од осам дана од достављања пресуде и то само у случају када се пресуда не односи на предмет споразума, као и у случају постојања разлога за обуставу поступка (чл. 338. ст. 1.). Четврто, уместо једног предлажу се три облика споразума јавног тужиоца и окривљеног (Споразум о признању кривичног дела; Споразум о сведочењу окривљеног и Споразум о сведочењу осуђеног).³⁰ Имајући у виду природу и суштину споразума, оправдано је поставити питање колико су неки од ових предлога оправдани. Случај, пре свега, са питањима која се тичу обима могуће примене споразума и граница кривичне одговорности у случају постизања споразума. Ако се овоме дода и неадекватно решено питање улоге оштећеног лица у процесу преговарања о тексту споразума о признању кривице, онда изнесено још више добија на својој актуелности, и налаже потребу његовог нужног преиспитивања у изради коначне верзије новог ЗКП-а. У нормативној разради института споразума о признавању кривице, неопходно је помирити два захтева. Прво, да његова нормативна разрада буде у функцији оног што се од њега очекује. Друго, да начин његове нормативне разраде не ствара могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу.

²⁹ О овим као и другим питањима везаним за овај вид поједностављеног кривичног поступка види: Д. Николић, Споразум о признању кривице, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 112-137.

³⁰ Чл. 313-330. Радне верзије ЗКП.

б. Условно одлагање кривичног гоњења као вид поједностављеног поступања у кривичним стварима

У поједностављене видове поступања у кривичним стварима спада и условно одлагање кривичног гоњења као посебан облик начела опортунитета кривичног гоњења.³¹ Његова суштина се огледа у томе да јавни тужилац може да одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године (а изузетно и под додатно предвиђеним условима и у случају кривичних дела са предвиђеном казном затвора од три до пет година)³², за најдуже шест месеци, под условом да осумњичени прихвати да испуни једну или више од осам могућих врста обавеза које му могу бити наложене. Нпр. да испуни доспеле обавезе издржавања или да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе. У случају да осумњичени испуни наложене му обавезе, јавни тужилац одбацује кривичну пријаву. Поред овог, изузетно, начелом опортунитета кривичног гоњења у овом његовом виду јавни тужилац може да се користи и након покретања кривичног поступка (све до завршетка главног претреса). У случају коришћења начела опортунитета кривичног гоњења од стране јавног тужиоца, оштећени нема могућност предузимања кривичног гоњења у својству супсидијарног тужиоца.³³

У вези са нормативном разрадом овог начела у нашем позитивном законодавству озбиљно се може ставити под знак питања не мали број решења. Озбиљно се може поставити питање да ли су она као таква у сагласности са суштином овог начела. Примера ради истичемо само неколико решења. Прво, улога суда у примени начела опортунитета код кривичних дела са прописаном казном затвора од три до пет година и на главном претресу. Зашто је, нпр. различита функционална надлежност суда у примени овог начела на главном претресу (расправно и ванрасправно веће)? Контрола одлуке јавног тужиоца о примени начела опортунитета је неопходна, али она треба да се обезбеди на други, а не на овакав начин. Нпр. условљавањем давања претходне сагласности оштећеног или пак могућношћу преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег или највишег јавног тужиоца, што је иначе углавном и присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству.³⁴ Друго, чл.

³¹ Д. Чворовић, Криминално-политичка оправданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, Зборник "Опортунитет кривичног гоњења", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 38.

³² Члан 236. ст. 7. ЗКП.

³³ О другим карактеристикама овог вида начела види: "Опортунитет кривичног гоњења", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 38.

³⁴ (Види: Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Munchen, 2002, seit. 256-268; Lutz Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung*, 46. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2003, seit. 194-198; Lowe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Groskommentar, 23. Auflage, Zweiter Band, Berlin 1988, seit. 456-468).

236. ст. 9. Законика прописана је обавеза јавног тужиоца да пре подношења оптужног предлога испита постојање могућности за одлагање кривичног гоњења у циљу чега “ може обавити разговор са осумњиченим и оштећеним, као и другим лицима, односно прикупити друге потребне податке, о чему се саставља службена белешка”. Оваквом једном одредбом начело опортунитета је код ове групе кривичних дела правило, а начело легалитета изузетак. Да ли је овакво једно решење у складу са природом ова два начела? С обзиром на све ово, разради ових, као и неких других питања овог облика начела опортуните кривичног гоњења³⁵, пажња је посвећена и у раду на изради најновије Радне верзије ЗКП. Анализом одредаба чл. 283 и 284. Радне верзије ЗКП, може се закључити да је не мали број оправданих критика наше стручне јавности у вези са садашњом нормативном разрадом начела опортунитета кривичног гоњењ узет у обзир. Случај пре свега са следећим. Прво, одлагање кривичног гоњења, према овом законском пројекту могуће је на основу самосталне одлуке јавног тужиоца код кривичних дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до пет година.³⁶ Друго, предложено је брисање улоге суда у поступку одлучивања јавног тужиоца о примени овог начела. Треће, није предвиђена обавеза јавног тужиоца да пре подношења оптужног предлога испита постојање могућности за одлагање кривичног гоњења, у циљу чега може обавити разговор са осумњиченим и оштећеним, као и другим лицима, односно прикупити и друге потребне податке. Четврто, предлаже се укидање неких од обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења. Нпр. случај са обавезом „да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс“. Не улазећи у анализу других карактеристика предложеног начина нормативне разраде овог начела, може се закључити да је највећи број новина које доноси Радна верзија овог законског пројекта, по питању овог вида начела опортунитета кривичног гоњења, на линији залагања наше стручне јавности и као таква у складу са начином нормативне разраде начела у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству, а тиме и у складу са стандардима по овом питању. Међутим, чини се да постоји, истина мањи, број питања, која треба још једном преиспитати у предстојећем раду на усвајању овог законског пројекта. Реч је, пре свега, о начину контроле одлуке јавног тужиоца о примени начела, која изостаје. Контрола одлуке јавног тужиоца о примени начела опортунитета је неопходна, и треба да се обезбеди на начин прилагођен природи начела, што није случај са предложеним текстом Радне верзије. Затим, у примени начела опортунитета кривичног гоњења посебна пажња мора да се пружи заштити права оштећеног лица, што такође није случај са предложеним. Једном речју, начело опортунитета кривичног гоњења мора да буде тако нормирано да буде једно од важнијих инструмената ефикасности кривичног правосуђа, уз истовремено вођење рачуна и о интересима оштећеног лица.

³⁵ Види: С. Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

³⁶ Чл. 283. ст. 1. и 284. ст.3. Радне верзије ЗКП.

в. Поступци за изрицање кривичних санкција без главног претреса

Једна од значајнијих новина коју је, у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка донео ЗКП из 2001. године је и озаконење поступка за кажњавање пре главног претреса као нове – поједностављене форме поступања у кривичним стварима у нашем кривичном процесном законодавству. Према решењима ЗКП из 2001. године, могућности практичне примене овог поступка биле су релативно скромне, што се може објаснити чињеницом да се радило о поступку до тада потпуно непознатом не само у кривичном процесном законодавству Србије, већ и у кривичном процесном законодавству уопште на подручју бивше Југославије. Међутим, свестан корисности оваквог једног поступка и скромности могућности његове примене према решењима ЗКП из 2001. године, а у намери стварања нормативне основе за поједностављење и убрзање кривичног поступка у свим случајевима када то криминално-политички разлози оправдавају, изменама и допунама Законика о кривичном поступку из маја месеца 2004. године проширена је могућност кажњавања применом одредаба о овом поступку на кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године и проширен је круг санкција које се могу изрећи у оваквом поступку. Овакво једно решење је у складу са не малим бројем до тада даваних предлога по том питању.³⁷ Управо, у складу са овим залагањима и касније извршеним интервенцијама у Кривичном закону Републике Србије из 2005. године³⁸, дошло је до даљег ширења круга кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку. Наиме, изменама и допунама ЗКП из 2009. године, ранијем кругу кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку додате су и нове кривичне санкције из нашег Кривичног законика. То су казна рада у јавном интересу и казна одузимања возачке дозволе.³⁹ Но, и поред значајног напретка у нормирању ове врсте поступка, чини се да са овим не треба стати. Треба наставити са даљим ширењем могућности кажњавања без главног претреса, и то на сва кривична дела из надлежности судије појединца. Исто тако, чини се оправданим и размишљање о даљем повећању врста кривичних санкција које се могу изрећи у оваквом једном поступку. Такав случај је нпр. са судском опоменом. Даље, када је реч о поступцима за изрицање кривичних санкција без главног претреса уопште, онда је оправдано учинити и још једну интервенцију. Она се тиче потпуног укидања друге врсте ових поступака (поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије), који је задржан и после најновијих измена и допуна ЗКП, и то скоро без иоле значајних интервенција у његовој нормативној разради. Укидање ове врсте поступка оправдано је не само из разлога што у постојећем норми-

³⁷ Види: С. Бејатовић, Неопходност доношења Законика о кривичном поступку Републике Србије, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 3/04, стр. 48.

³⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005.

³⁹ Чл. 119. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. год.

рању овог поступка има много контрадикторности⁴⁰, већ и из разлога што се основна идеја ове врсте поступака може постићи и путем адекватне примене самог поступка за кажњавање пре главног претреса, и то посебно у случају прихватања његовог иницираног проширења. С обзиром на ово, поставља се питање: Да ли су предње изнесена залагања узета у обзир у раду на изради Радне верзије Законика или не? На основу извршене анализе одредаба чл. 512 - 518. Радне верзије новог ЗКП, може се закључити да се водило рачуна о не малом броју примедба наше стручне јавности у вези са овом врстом поступака, и у складу са тим предложен је не мали број, чини се оправданих, новина. Међу њима су најзначајније следеће:

1. Уместо два поступка овог карактера предлаже се само један. То је „Рочиште за изрицање кривичне санкције“. Овај новопредложени поступак по својом основним обележјима, начелно посматрано, одговара „Поступку за кажњавање пре главног претреса“.

2. Предлаже се ширење круга кривичних дела код којих може да се примени овај поступак. Према чл. 512. ст. 1. Радне верзије овог законског пројекта то су „кривична дела за која се може изрећи као главна казна новчана казна или казна затвора до пет година“.

3. Предлаже се ширење круга кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку, и то уз прављење разлике према критеријуму врсте и износа кривичне санкције прописане за конкретно кривично дело. Сходно овом критеријуму, јавни тужилац може предложити суду да окривљеном изрекне „казну затвора у трајању до две године, новчану казну до двеста четрдесет дневних износа, односно до петсто хиљада динара или условну осуду са утврђивањем казне затвора до једне године или новчане казне до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом проверавања до пет година – ако је окривљени признао да је учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година“. Односно „казну затвора у трајању до једне године, новчану казну до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара, казну рада у јавном интересу до двеста четрдесет часова, казну одузимања возачке дозволе у трајању до једне године, условну осуду са утврђивањем казне затвора до годину дана или новчане казне до сто осамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом проверавања до три године, уз могућност стављања окривљеног под заштитини надзор или судску опомену – ако је окривљени учинио кривично дело за које је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године“.

⁴⁰ Нпр. један од услова за примену овог поступка је „потпуно признање окривљеног, односно осумњиченог“, а потом се признање обезвређује тражећи да буде „поткрепљено и другим доказима“. Затим, циљ овог поступка је убрзање поступка, а он се успорава, јер се тражи пристанак окривљеног, а уз то, и поред пристанка окривљеног даје му се могућност коришћења приговора против оптужнице, што не иде једно са другим (Види: С. Бејатовић - Д. Радуловић, Законик о кривичном поступку..., Београд, 2002. год, стр. 300).

4. У случају изрицања осуђујуће пресуде, као једне од две могуће одлуке по окончању рочишта за изрицање кривичне санкције⁴¹, суд је везан за „предлог јавног тужиоца у погледу врсте и мере кривичне санкције“⁴².

Иоле детаљнија анализа предложених решења ове врсте поступка говори да се под знак питања могу ставити неке његове одредбе. Такав случај је, пре свега, са два предложена решења. Прво, у случају изрицања осуђујуће пресуде у овом поступку суд је везан за „предлог јавног тужиоца у погледу врсте и мере кривичне санкције“. Може изрећи само ону санкцију коју је предложио јавни тужилац, и то у такође само предложеном износу. Оваквим једним решењем ставља се у надлежност јавног тужиоца оно што му, као странци, ни у ком случају не може да припада. Друго, у чл. 516. ст. 2. изричито је прописано да судија „на рочишту за изрицање кривичне санкције, упозорава оптуженог „да не може поднети приговор и изјавити жалбу против првостепене пресуде“. Са друге стране, у чл. 518. ст. 2. се даје право оптуженом и његовом браниоцу на подношење приговора против осуђујуће пресуде у року од осам дана од дана достављања.

г. Непосредна оптужница

Један од видова поједностављених кривичних поступака је и непосредна оптужница. Ово пре свега из разлога што у случају њеног подизања изостаје истрага. Према вађежем Законику о кривичном поступку, присутна су два вида непосредне оптужнице, што зависи од услова за њено подношење. Сходно овоме, ако се ради о кривичним делима за која је предвиђена казна затвора до пет година, јавни тужилац може да подигне непосредну оптужницу и без сагласности истражног судије, што није у могућности када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора преко овог износа.⁴³ У нашој стручној јавности присутна су залагања о померању границе прописане казне затвора као услова могућности подизања непосредне оптужнице без сагласности суда. Залагања иду у правцу да критеријум разликовања могућности подизања непосредне оптужнице буде прописана казна затвора у трајању до десет и преко десет година. Остале услове за подизање непосредне оптужнице (обим доказног материјала и претходно саслушање осумњиченог) не треба мењати. Овако заузети ставови стручне јавности у вези са овим видом поједностављења кривичног поступка и предложена промена концепта истраге (напуштање судског и прелазак на тужилачки модел истраге)⁴⁴, за свој резултат су нужно имали интервенције и код непосредне оптужнице. Према предлогу Радне верзије новог ЗКП истрага није сама по себи обавезна фаза поступка што за собом повла-

⁴¹ Друга могућа одлука суда је наредба о одређивању главног претреса.

⁴² Члан 515. Радне верзије новог ЗКП.

⁴³ Чл. 244. ст. 1 и 6. ЗКП.

⁴⁴ Г. Илић, *op.cit.*, стр. 24.

чи и могућност подизања непосредне оптужнице од стране јавног тужиоца и без претходног испуњења било каквих формално испуњених услова по питању врсте и износа кривичне санкције предвиђене за конкретни кривични случај. Сходно чл. 331. ст. 5. Радне верзије ЗКП “ако прикупљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају довољно основа за оптужење, оптужница се може подићи и без спровођења истраге”. Као неминовна последица оваквог једног решења јављају се и нешто другачији начини контроле овако подигнуте оптужнице од стране суда - његовог ванрасправног већа. Два су основна резултата контроле овако подигнуте оптужнице. Прво, кад веће утврди да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужнице, наредиће да се истрага спроведе или да се прикупе одређени докази, па ако и након овог веће нађе да нема довољно доказа о основаности сумње да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе, обуставиће поступак (чл. 338. ст. 2 у вези са чл. 337. ст. 3 и 4. Радне верзије Законика). Друго, потврђивање оптужнице (чл. 341. Радне верзије Законика).

д. Подизање оптужнице на главном претресу

Подизање оптужнице на главном претресу је не само посебан, већ и још упрошћенији вид поједностављеног кривичног поступка у односу на непосредну оптужницу. Најбољи пример за овакву једну констатацију је могућност подношења усмене оптужбе у смислу чл. 301. ст. 2. Законика. Посматрано са аспекта важећег ЗКП-а, у два случаја може да дође до практичне реализације овог вида поједностављеног кривичног поступка. Прво, у случају проширења оптужбе на кривично дело оптуженог учињено или откривено на главном претресу⁴⁵; друго, у случају када друго лице на главном претресу у току заседања учини кривично дело.⁴⁶

И овај као и претходни вид поједностављеног кривичног поступка има своје пуно криминално-политичко оправдање. У функцији је ефикасности кривичног поступка. Поред овог, у прилог овог вида поједностављеног кривичног поступка говоре и две следеће чињенице. То су: прво, у случајевима извршења или откривања кривичног дела на главном претресу са аспекта доказивања нема никаквог разлога за коришћењем других - потпунијих процесних форми, јер реч је о флагрантним кривичним делима, о кривичним случајевима у којима се већ у том процесном тренутку располаже са релевантним доказним материјалом. Друго, суђење по оптужници поднесеној на главном претресу за дело учињено од стране другог, поред поједностављења и убрзања поступка, има и пуно криминално-политичко оправдање, будући да дело с обзиром на место и време извршења показује нарочиту дрскост.⁴⁷

⁴⁵ Види чл. 342. ст. 1. ЗКП.

⁴⁶ Чл. 301. ст. 2. ЗКП.

⁴⁷ Т. Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Савремена администрација, Београд, 1981.год., стр. 522.

и. Скраћени кривични поступак

Један од традиционалних видова поједностављења кривичног поступка и у кривичном процесном законодавству Србије је скраћени кривични поступак. Као такав он има низ особености, и то како по питању своје структуре, тако и по питању модификовања појединих института из општег кривичног поступка, што је у нашој теорији кривичног процесног права у великом степену неспорно. Услед овог, уместо приказа његових основних карактеристика, истичемо оно што је актуелно када је реч о овој проблематици. То је, пре свега, следеће : прво, тренд ширења поља примене одредаба о скаћеном кривичном поступку започет је доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. Године, према којем су се одредбе о скаћеном кривичном поступку примењивале у случајевима кривичних дела за која је прописана „као главна казна новчана казна или казна затвора до три године“⁴⁸. Овако започети тренд је настављен до доношења Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. године и то без било каквих претходно испуњених предуслова који су били предвиђени до доношења овог Законика, а који су се односили на кривична дела са прописаном казном затвора од три до пет година.⁴⁹ Ступањем на снагу овог Закона скраћени кривични поступак се води за сва кривична дела са прописаном као главном казном новчаном казном или затвором до пет година. Овакво ширење броја кривичних дела за која се спроводи скраћени кривични поступак у функцији је ефикаснијег кривичног поступка и у складу је са залагањима наше стручне јавности⁵⁰ и криминално-политички је оправдано. Друго, услед истих разлога који су до сада довели до изнесеног ширења одредаба о скаћеном кривичном поступку са овим трендом треба наставити. Према не малом броју предлога присутних по овом питању одредбе о скаћеном кривичном поступку своју примену требале би да нађу у случајевима кривичних дела са прописаном као главном казном новчаном казном или казном затвора до десет година.⁵¹ Оваквим једним решењем кривични поступак би постао и јефтинији и ефикаснији, а то не би ишло на уштрб законитости решења конкретне кривичне ствари. У раду на изради радне верзије новог Законика прихваћено је залагање за настављање тренда ширења

⁴⁸ С. Бејатовић - Д. Радловић, Законик о кривичном поступку СРЈ (Са објашњењима и упутствима за практичну примену), Култура, Београд 2002. год., стр. 287.

⁴⁹ Види: С. Важић, Скраћени кривични поступак, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 166-172; С. Бејатовић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и њихов допринос ефикасности кривичног поступка, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 58-82.

⁵⁰ Види зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

⁵¹ С.Важић, *op.cit.*, стр.170.

кривичних случајева на које се примењују одредбе о скраћеном кривичном поступку. Према чл. 495. овог законског пројекта „скраћени кривични поступак се води за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година“.

* * *

*

Анализа питања која чине садржину рада показује две ствари. Прво, у досадашњем раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије, која је започела доношењем ЗКП из 2001. године, значајна пажња је посвећена нормирању више видова поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Захваљујући оваквом једном, сасвим исправном ставу нашег законодавца, већ данас у кривичном процесном законодавству Србије имамо више видова поједностављених форми поступања у кривичним стварима (споразум о признавању кривице, поступци за кажњавање без главног претреса, условно одлагање кривичног гоњења и др.). Друго, извршена анализа неких од решења Радне верзије новог ЗКП Републике Србије, говори да је његов не мали број посматраних решења, начелно посматрано, у складу са захтевима који се постављају пред поједностављене видове поступања у кривичним стварима. Међутим, и поред значајног напретка до којег је дошло у досадашњој нормативној разради ове проблематике, предложена решења у овом законском пројекту као целини, када је реч о појединачној нормативној разради, још увек показују одређени број недостатака. Оваква једна констатација своју основу налази, пре свега, у чињеници да одређени број начелно оправданих института и других решења нису нормирани на начин који их ставља у функцију потпуног степена усаглашености са њиховом суштином и природом. Такав је случај, нпр. са неким решењима везаним за споразум о признању кривице, условним одлагањем кривичног гоњења, поступцима за кажњавање пре главног претреса, и сл. Из ових разлога, у циљу стварања што потпуније нормативне основе за потребан степен ефикасности нашег кривичног поступка преко поједностављених форми поступања у кривичним стварима, у завршној фази рада на окончању реформе кривичног процесног законодавства Србије, као резултат чега треба да се појави нови ЗКП, било би неопходно обратити посебну пажњу управо отклањању ових недостатака, њиховом нормирању по угледу на релевантно компаративно кривично процесно законодавство, свакако, уз прилагођавање нашим условима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и у нашем кривичном поступку морају да постану један од кључних фактора ефикасности кривичног поступка. Два су предуслова за постизање тог циља. Прво, адекватност њихове нормативне разраде. Друго, адекватна примена адекватно нормираних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима.

ЛИТЕРАТУРА

- Бркић, С., *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.
- Бркић, С., Критички осврт на Прву Главу Радне верзије Нацрта ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Bejatović, S., *Aktuelle Fragen zur laufenden Reform der Strafprozessgebung in Serbien, Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin, Band 2, Berlin, 2011, set.1813-1830.*
- Бејатовић, С., Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард, Збор. "Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.
- Бејатовић, С., *Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету*, Збор. „Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009.
- Бејатовић, С., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и њихов допринос ефикасности кривичног поступка*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Бејатовић, С., *Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства у земљама бивше СФРЈ и Србији*, Зборник „Право у земљама региона“, Институт за упоредно право, Београд, 2010.
- Бејатовић, С. и др., *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.
- Бејатовић, С., *Реформа кривичнопроцесног законодавства Србије и ефикасност кривичног правосуђа*, Зборник „Реформа кривичног правосуђа“, Правни факултет Ниш, 2010. год.
- Бејатовић, С., *Актуелна питања текуће реформе кривичног процесног законодавства Србије*, Збор. "Актуелне тенденције у развоју европског континенталног права", Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.
- Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1981.
- Важић, С., *Скраћени кривични поступак*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Грубач, М., *Критика Предлога „Новог“ Законика о кривичном поступку*, Зборник „Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006.

- Група аутора, *Коментари Закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2005.

- Илић, Г., *Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније*, Збор. ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год.

- Јакулин, Ј. - Корошец, Д., *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичном законодавству Словеније*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Lutz Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung*, 46. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2003.

- Матовски, Н., *Принципи правичног поступка у кодификацијама европских држава*, Збор. “Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

- Николић Д., *Споразум о признању кривице*, ЈП „Сл. гласник“ Београд, 2009.

- Надрљански С., *Кажњавање пре главног претреса*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Радуловић, Д., *Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.

- Roxin, C., *Strafverfahrensrechth*, 22. Auflage, Munchen, 2002.

- Радуловић, Д., *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, Зборник “Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета”, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997.

- Радуловић, Д., *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Подгорица, 2009.

- Стојановић, З., *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

- Симовић, М., *Кривични поступци у Босни и Херцеговини*, Друго измењено и допуњено издање, Сарајево, 2008.
- Симовић, М., *Кривично процесно право*, Бихаћ, 2009.
- Симовић, М., *О неким искуствима у функционисању новог кривичног процесног законодавства Босне и Херцеговине*, Зборник „Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство“, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005.
- Симовић, М. и др., Коментар Закона о кривичном (казненом) поступку Босне и Херцеговине, Сарајево, 2005.
- Sieber, U., *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 121/2009, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009.
- Сијерчић-Чолић, Х., Специфични институти у развоју новог кривичног поступка у БиХ, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2010.
- Ђурђић, В., *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Збор.“ Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008.
- Ђурђић, В., Реформисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010. год., Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Филипчић, К., Развој института ресторативне правде у третману малолетних делинквената - Европска перспектива, Зборник ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010.
- Шкулић, М., Погрешна концепција Нацрта ЗКП Србије, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.

ОД ПРИЗНАЊА КРИВИЦЕ ДО СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У ЕНГЛЕСКОМ КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

Вељко Турањанин*

Апстракт: У овом раду аутор разрађује појаву споразума о признању кривице у енглеском кривичном процесном праву. Енглеска, као колијевка англо-саксонске правне традиције, која је потом пренијета на амерички и аустралијски континент, није на својим просторима створила и споразумјевање о кривици, већ је то институт који је установљен у америчкој правној традицији. Наиме, енглески судови су годинама остали приклоњени свом неповјерљивом ставу према признању које је настало као резултат преговора са тужоцем. У раду, аутор се бави промјенама које су у вези са рјешавањем кривичних поступака у конвенционалном енглеском праву. Иначе, енглески кривични поступак није допуштао никакав облик споразумјевања о кривици, нарочито уколико је у питању бенефиција за окривљеног у облику блажег кажњавања. Временом, ситуација се промијенила на Острву, те судови почињу благонаклоно да гледају и на признања кривице до којих се дошло и неком врстом споразума са окривљеним.

Кључне ријечи: признање кривице, споразум о признању кривице, Енглеска, статистика.

У В О Д

Признању кривице кроз историју међуљудских односа и историју права посвећена је различита пажња и значај. Вредновање признања је полазило од потпуне негације својевољно датог признања, па до његове глорификације као правно једино валидног доказа, то јест круне свих настојања тужиоца у кривичном поступку, као „краљици доказа“. Почев од акузаторског поступка, у коме признање није имало једну од кључних улога, преко дијаметрално супротног

* Вељко Турањанин, дипломирани правник. Адвокатски приправник у Требињу, докторанд, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

инквизиторског поступка, гдје је признање кривице посматрано као *regina probandi*, а до признања се долазило уз обимну употребу тортуре, као законом дозвољеног средства, кривичнопроцесна законодавства су у свом развоју дошла до мјешовитог поступка. Наиме, данас у већини држава признање кривице представља један од битних доказа, али тек у спреси са осталим доказима доводи до осуде окривљеног. На тај начин је како код признања кривице код којег окривљени пред судом или тужиоцу признаје извршење кривице, тако и у данас развијеном, можемо рећи, глобалном феномену, познатом као споразум о признању кривице. Насупрот поменутом мјешовитом систему, у Енглеској се развио адверсарни, односно оптужни систем, на чијим темељима данас почива енглеско право.

Споразум о признању кривице развио се у америчком праву и представља основни начин рјешавања кривичних поступака пред судом. Иако не постоји савршена нити јединствена дефиниција споразума о признању кривице, као основа од које бисмо могли да кренемо у разматрању овог проблема, може нам послужити дефиниција из Блоковог правничког рјечника, према коме је споразум о признању кривице резултат поступка у коме оптужени и тужилац преговарају у циљу изналагања заједничког рјешења за кривичну санкцију која ће бити изречена окривљеном, а коју суд одобрава.¹ Заправо споразум о признању кривице у себе укључује признање кривице за извршено кривично дјело, једно или више њих, у замјену за одређене бенефиције које окривљеном даје тужилац. Ефикасност рјешавања кривичних поступака преко споразума о признању кривице најбоље илуструје амерички правни систем, гдје више од 90% случајева буде ријешено путем установе споразума о признању кривице, док мање од 10% случајева иде на редовно суђење. Наводи се да се у Сједињеним Америчким Државама сваке двије секунде ријешени неки случај путем споразума о признању кривице.²

Последњих тридесетак година у европско континентално право, засновано на мјешовитом, инквизиторско-акузаторском систему, почињу да продиру рјешења англосаксонског правног система. На тај начин се све више губи некада оштра разлика између поменута два система, те континентално право постепено нагиње акузаторском моделу.³ Ипак, процес преузимања рјешења из једног система у други је једносмјеран, јер се европски законодавци приклањају рјешењима која потичу из англосаксонског права, тачније, из америчког правног система. Имплантација процесних рјешења, односно популарно названих правних транспланата,⁴ у одређено законодавство узрокује велики

¹ Block's Law Dictionary, www.blockslawdictionary, октобар 2010. године

² T. Lynch, *The case against plea bargaining*, Law, Cato institute, 2003, стр. 24

³ О мјешању акузаторског и инквизиторског поступка видјети опширније у: М. Дамашка: *О мјешању инквизиторских и акузаторских процесних норми*, Хрватски лјетопис за казнено право и праксу, vol. 4, број 2/1997, Загреб

⁴ Израз "правни трансплант" први је употребио у својој књизи Алан Вотсон. Видјети у: А. Вотсон, *Правни трансплант*, Правни факултет у Београду, Београд, 2000, стр. 43.

број потешкоћа са којима се суочава правни систем државе, међу којима бисмо нарочито могли да издвојимо (не)компатибилност страних процесних правила са домаћом процесном културом. Због тога је приликом преношења и усађивања страних процесних рјешења неопходна велика опрезност.

Енглеско право, међутим, дуги низ година није подлегло инвазији споразума о признању кривице, придавајући значај искључиво признању кривице датом пред судом, те је било које друго признање настало као последица одређених обећаних бенефиција од стране тужиоца сматрано неморалним и строго забрањеним од стране енглеског законодавца. Ипак, у првој деценији XXI вијека споразум о признању кривице се појавио као један од легитимних института у енглеском правном систему.

1. УРЕЂЕЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА У ЕНГЛЕСКОЈ

У енглеском кривичном процесном праву не постоји споразум о признању кривице у чистом облику у каквом га можемо пронаћи у праву Сједињених Америчких Држава, али и великог броја европских и свјетских земаља. Разлог за то, прије свега, можемо тражити у непостојању проблема у судству какви су постојали у америчком правном систему у вријеме појаве овог института, као и кривичног поступка који је био другачије организован. Наиме, до XIX вијека кривични поступак у Енглеској је покретао оштећени, док су јавни тужилац и полиција били органи непознати у тадашњем енглеском законодавству. Тек у XIX вијеку у Енглеској долази до формирања полиције, али као продужене руке оштећених. На основу њихових пријава, полиција је у име оштећених кривично гонила извршиоце кривичних дјела. Напредовање полиције условило је појаву тужилаштва као савјетодавног органа полиције, чиме је започело заједничко дјеловање полиције и тужилаштва у процесуирању учинилаца кривичних дјела. Постепено, тужилаштво је преузело примат у њиховом процесуирању, док је полиција постала њихова основна подршка.⁵ Затим, 1985. године оснива се Краљев тужилачки сервис, а овлаштења између тужиоца и полиције тачно су подијељена - полиција спроводи истрагу и подиже оптужницу, а тужиоци након тога настављају кривично гоњење. Оптужница, прије него што почне кривични поступак, пролази више контрола. Прво, оптужницу ће у складу са чињеничним стањем да састави полиција, а затим ће полиција такву оптужницу доставити тужиоцу који ће да је преконтролише, а потом потврди, измијени или одбаци. Дакле, тужиоца не везује мишљење полиције о чињеничном стању, већ он може да измијени оптужницу у складу са својим схватањем конкретног кривичног предмета. Након тога, тужилац оптужницу доставља судији (магистрату), који провјерава њене наводе.⁶

⁵ A. Ashworth, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales*, European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice, vol. 8/3, 2000, page 258

⁶ За више о овом питању погледај: В. Бајовић, *Споразум о признању кривице*, Београд, 2009, стр. 125-128.

Организацију судова у Енглеској одликују одређене специфичности које се огледају, прије свега, у сљедећем:

1. у кривичном законодавству Енглеске за извршење највећег броја кривичних дјела запријеђена је максимална казна затвора;

2. кривична дјела су 1977. године подијељена у три групе: на кривична дјела за која може судити само порота, кривична дјела која може судити и порота и магистрат, и кривична дјела која се суде само пред магистратом, у поједностављеном (скраћеном – *summary trial*) поступку.

Најозбиљнија кривична дјела, попут убистава или силовања, могу бити суђена само пред поротом на Краљевом суду, а поступак се за највећи број кривичних дјела (око 90%)⁷ води пред магистратима. Средња категорија кривичних дјела, попут провала или крађа, може се водити и пред магистраторима и пред Краљевим судом.⁸ Који суд ће бити надлежан за суђење одлучује више околности, а признање кривице представља једну од њих. У складу са тим, уколико окривљени пред магистраторским судом, с једне стране, одлучи да призна кривицу, суд ће прихватити надлежност и наставити поступак за изрицање казне, али може и да одлучи да на основу чињеничног стања предмета нема довољно овлашћења да изрекне казну. С друге стране, ако би се окривљени изјаснио да није крив магистраторски суд ће наставити поступак, с тим што и тужилац и окривљени имају право да захтјевају да предмет ријеши Краљев суд.⁹ О жалбама против пресуда наведених судова одлучује Апелациони суд.¹⁰

На основу претходно реченог, можемо да одредимо распоdjелу надлежности међу судовима у Енглеској. Као што смо напоменули у претходном дијелу рада, када полиција поднесе оптужницу, тужилац провјерава њене наводе како би је потврдио, измијенио или одбацио. Након што потврди оптужницу, или је измијени, доставиће је магистрату. То ће бити оптужнице за лакша кривична дјела, јер је магистраторски суд надлежан за њихово рјешавање, док ће за тешка кривична дјела бити надлежан Краљев суд. За дјела која потпадају у зону између лаких и тешких кривичних дјела, надлежност је подијељена, те припада и магистраторском и Краљевом суду. Признање кривице од стране

⁷ Crown Prosecution Service, Annual Report 2009-2010, www.cps.gov.uk/publications/reports/2009/ar_annex, март 2011. године

⁸ У периоду 2007-2008. године пред магистраторским судом вођено је 1.062,130 кривичних поступака, од чега је по скраћеном поступку завршено 640,483 поступка, а 421,647 по редовном поступку. Период 2008-2009. године одликује благи пад броја вођених кривичних поступка (1.034,473 – од тога 58,2% је вођено у скраћеном поступку, а 41,8 у редовном поступку), док је примјетан пад броја кривичних предмета у периоду 2009-2010. године. У том периоду вођено је 986 893 кривична поступка, при чему је 57,3% завршено у скраћеном поступку, а 42,7% у редовном поступку. Статистички посматрано, пред Краљевим судом вођено је знатно мање поступака – око 10% у односу на укупан број кривичних поступака.

⁹ A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 4th edition, Cambridge, 2005, page 1.

¹⁰ *Ibid.*

окривљеног представља један од критеријума за разграничење. Прво, уколико окривљени призна кривицу за одређено кривично дјело, тада ће магистраторски суд спровести поступак и изрећи казну, под условом да се тужилац и окривљени сложе са тим да се поступак спроведе пред овим судом. Овдје је нарочито битна свијест окривљеног да се одриче права на поротно суђење, са чим мора бити на вријеме упознат. У случају ускраћивања сагласности било које од странака, предмет ће ријешити Краљев суд. Уколико је, међутим, у питању теже кривично дјело, а магистраторски суд оцијени да нема надлежност за изрицање казне, кривични предмет ће прослиједити на Краљев суд. Друго, уколико окривљени не признаје кривицу за неко кривично дјело из ове групе, магистраторски суд ће спровести поступак. Међутим, ако једна од странака, дакле, тужилац или тужени, затраже да поступак спроведе Краљев суд, магистраторски суд ће прослиједити предмет Краљевом суду, и казаће се поротно суђење. Ипак, у пракси се поротно суђење не заказује често због тога што је Краљев суд надлежан само за тешка кривична дјела, а казне које изриче су високе, па се релативно мали број окривљених усуђује да покрене овај поступак.

2. УЧЕСНИЦИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Енглески кривични поступак базира се на принципу праведности, који је у законодавство инкорпорисан усвајањем Конвенције о људским правима октобра мјесеца 2000. године. Значајну улогу су добила признања кривице, која прије свега треба да буду тачна и разумна, а у поступку учествују тужилац, окривљени са браниоцем и суд. Енглески кривични поступак одликују одређене специфичности у погледу улоге сваког од учесника, о чему ће више бити ријечи у наставку рада. Најприје, потребно је да укажемо да суд у Енглеској покушава да очува своју независност, и због тога забрањује било какве договоре између тужиоца и окривљеног, а који би обавезивали суд у ма којој мјери. Такође, суд не узима учешће у разговорима између тужиоца и окривљеног, те не смије да се изјашњава о казни коју ће изрећи у одговарајућој фази поступка. Штавише, суд има дужност да нагласи окривљеном да његово признање неће имати утицаја на казну које ће изрећи, чиме је спријечио појаву споразума о признању кривице, макар на судској сцени, али не и иза затворених врата.

Све до пресуде *Regina v. Turner*¹¹ из 1970. године била је уобичајена појава да адвокати обитавају код судија због договарања о казни и да суд предлаже адвокату казну коју ће изрећи окривљеном уколико овај призна кривицу. Против ове устаљене праксе ни у литератури није било изражених ставова¹², а аргумент у прилог оваквим ставовима налазио се и у америчком правосуђу, у

¹¹ *Regina v. Turner* 2QB 321 (1970).

¹² Види: *Archbold's Criminal Pleadings, Evidence and Practice*, наведено према: M. Raphael, *Plea Bargaining and the role of the lawyer*, European Criminal Bar Association, Bratislava, 2008, page 2

коме судови могу да учествују у преговорима у појединим федералним државама. Поменути случај означавао је прекретницу, и њиме се завршава ера договарања тужилаца и бранилаца око казне окривљеним.¹³ Судови су дуго година након тога поштовали ову забрану.

На забрану суду учествовања у поступку договора тужиоца и окривљеног око казне осврнуо се Апелациони суд и у пресуди *Regina vs Goodyear*, сматрајући да признање окривљеног мора бити дато слободно и без притисака са стране, а поготово без мијешања суда, који не смије дати било какву назнаку постојања појаве споразумјевања о кривици.¹⁴ Међутим, у овој пресуди ипак долази до новог заокрета, овога пута ка постепеном увођењу споразума о признању кривице, који се огледао у томе да суд не смије давати никаву индикацију казне, изузев уколико је иста изричито затражена од стране окривљеног, најмање седам дана прије рочишта и то у писменој форми. На овај начин долази до постепеног увођења одређене врсте споразума у енглеско право и рушење традиционалних баријера. Уколико приликом овог тражења окривљени добије негативан одговор, другим ријечима, ако суд одбије да му укаже колику ће му казну изрећи, окривљеном остаје могућност да исто тражи и у даљим фазама поступка. Дакле, суд може да одбије да да индикацију, а у исто вријеме може, али не мора, дати разлоге који су га навели на тај корак, с тим што исту може дати и касније у току поступка. Веома је значајно нагласити да, када судија једном укаже на могући износ казне каква ће бити изречена окривљеном, таква изјава суда везује од тога момента како судију који ју је изрекао тако и сваког другог судију који буде судио конкретан предмет. Међутим, ако након индициране казне окривљени не призна кривицу, индикација остаје без правног дејства и аутоматски престаје да важи.¹⁵

У вези са припремањем одбране, окривљени у енглеском кривичном поступку заступљени су преко двије врсте бранилаца. То су солицитори, који припремају одбрану окривљених, и баристери, који на основу информација које добијају од солицитора заступају окривљене на суду. Прије свега, баристери савјетују окривљене како да се понашају поводом признања кривице, али ако окривљени не признају кривицу, баристери их заступају на суду. Иначе, баристери држе примат у погледу заступања на Краљевом суду још од почетка XX вијека. Почетком XXI вијека солицитори су почели борбу

¹³ Окривљени се у овом предмету изјаснио да није крив, да би након савјета браниоца, који је претходно разговарао са судијом који ће изрећи казну, признао кривицу и био осуђен на условну осуду. Након тога Тарнер је поднио жалбу која је проузроковала судску одлуку којом је забрањена пракса преговарања између суда и бранилаца око износа казне. Жалба је усвојена, а судови више нису могли да узимају учешћа у преговорима нити да предлажу кривичну санкцију коју ће изрећи, о чему свједочи следећи извод из пресуде: *...that it should be permissible for a judge to say, if it be the case, that, whatever happens, whether the accused pleads guilty or not guilty, the sentence will or will not take a particular form, e.g. a probation order or a fine, or a custodial sentence.*

¹⁴ *Regina v. Goodyear*, ER (D) 266 (2005).

¹⁵ M. Raphael, *Plea Bargaining and the role of the lawyer*, page 4.

да, и поред савјетодавне улоге коју тренутно имају, заступају окривљене и у кривичном поступку. Међутим, мали број то заиста жели, те се задовољавају већ постојећим статусом.¹⁶

У кривичном поступку окривљени представља принципала, док солицистор представља његовог правног заступника, који касније бира баристера и одговара за његов избор. Контакти између баристера и окривљеног су занемарљиви, те окривљени нема могућности да контролише његов рад. Наиме, он не зна како је баристер припремљен, колико је добро упузнат са случајем нити је увјерен у његове преговарачке способности. Баристер, заправо, има два клијента: солицитора, који је његов професионални клијент, и окривљеног, као његовог правног клијента. Баристер, с једне стране, нема правну одговорност према окривљеном, будући да је ангажован од стране солицитора, док с друге стране, међутим, има етичку и моралну одговорност према окривљеном. Такође, баристер према солицитору има пословну одговорност, јер уколико не буде обављао прихваћени посао на одговарајући начин, солицистор га више неће бирати, што би му умањило пословни углед и кредибилитет. Претходно поменути поступак у расподјели дужности добија на важности нарочито када се узме у обзир чињеница да баристер нема право да одбије захтјев солицитора да заступа одређеног клијента, те је у обавези да преузме све случајеве који су му понуђени. У складу са успјесима у кривичном поступку слиједи и његов успон на пословној лествици.¹⁷ Солицитори познају углед и репутацију већине баристера, па су на основу тога у могућности да изаберу одговарајућег баристера за свог клијента.

Потребно је још да поменемо и то да у поступку признавања кривице постоји одређени конфликт интереса између баристера и окривљених. Конфликт се тиче економских интереса баристера да иде на редовно суђење и интереса окривљеног да, уколико тако сматра, призна кривицу за извршено кривично дјело. Другим ријечима, баристеру у прилог иде дуже суђење, на коме може да заради веће своте новца, док су интереси окривљеног обрнути. Последњих 40 година можемо да примјетимо различит приступ баристера питању признања кривице од стране окривљеног. Раних 70-их година XX вијека у Енглеској је проведено истраживање којим је утврђено да су баристери у забрињавајућем броју присиљавали окривљене да признају кривицу за извршено кривично дјело. Без икаквог упита или захтјева окривљених, баристери су водили поступке за признавање кривице у утврђених 23 од 151 истражених кривичних процеса, у коме окривљени нису имали другу алтернативу изузев да признају кривицу.¹⁸ Међутим, новија истраживања показују да баристери прије одлазе

¹⁶ P. Tague, *Guilty Pleas and Barristers' Incentives: Lessons from the England*, The Georgetown Journal of Legal Ethics, vol. 20, 2006, page 2.

¹⁷ P. Tague, *Effective Advocacy for the Criminal Defendant: The Barristers Vs the Lawyer*, www.getcited.org/, октобар 2010. године, pages 191-192; The General Council of the Bar, *Code of Conduct*, 2000.

¹⁸ О овоме види истраживању видјети опширније у: J. Baldwin, M. McConville, *Negotiated Justice: Pressures to Plead Guilty*, London, 1977.

на суђење, покривајући на тај начин своје интересе, за разлику од баристера у Аустралији који прво размишљају о заштити интереса окривљених, а тек потом својих.¹⁹

Тужиоци такође имају врло битну улогу у кривичном поступку, која се састоји, поред кривичног прогона учинилаца кривичних дјела и у заштити права оштећених лица. Уколико тужилац правилно заштити права оштећеног, тада у великој мјери неће бити спорно прихватање признања кривице од стране тужиоца. Нарочито су тужиоци обазриви приликом прихватања кривице у случајевима када је оштећени претрпио тешке последице или је у питању предмет са смртном последицом. Ублажавање казне у оваквим случајевима преко признања кривице може имати стресне последице по породицу оштећеног. Због тога тужиоци са опрезом приступају оваквим случајевима, али у сваком случају ублажавање казне овдје не може бити знатније, о чему ћемо више говорити у наставку рада.

Године 2000. усвојене су Смјернице за прихватање признања кривице које наглашавају примјену принципа транспарентности у кривичном поступку, а за његово прихватање централну улогу има сагласност око чињеничног стања на коме се базира признање кривице. Несагласност око тог питања може водити непримјерено ниској казни. Смјернице су предвиђене као водич којег би требало да се придржавају сви тужиоци, а промулгирају принципе заштите оштећеног, праведности и транспарентности поступка.²⁰

3. ПРИЗНАЊЕ КРИВИЦЕ И СПОРАЗУМ О КРИВИЦИ

Споразум о признању кривице у Енглеској не постоји у форми у којој постоји у америчком праву. Традиционални енглески (као и велшки) кривични поступак није допуштао увођење било ког облика споразума о признању кривице, прије свега због очувања судске независности, али и да би се осигурало да признање окривљеног буде дато било без каквих притисака.²¹ Енглеско право није дозвољавало споразумијевање по било којој основи између тужилаца и окривљених, а да ти споразуми имају за посљедицу смањење износа казне.²²

¹⁹ У вези са тим, више видјети у: P. Tague, *Guilty Pleas or Trials: Which does the Barrister Prefer?*, Melbourne University Law Review, 2008.

²⁰ *Attorney General's guidelines on the acceptance of pleas*, revised 2009, www.attorneygeneral.gov.uk, март 2011. године.

²¹ Највећи притисак за увођење споразума о признању кривице у енглеско законодавство у литератури се врши за кривична дјела преваре и утаје. Видјети: *The Fraud Review's Final Report*, November 2006.

²² И у Енглеској објављен је већи број радова који се баве етичким начелом у кривичном поступку. За више о овоме питању види: M. Blake, A. Ashworth, *Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases*, *Criminal Law Review*, 1998, page 16-34 и M. Kleinig, *Ethics and Criminal Justice – an introduction*, Cambridge, 2008.

Наиме, дозвољено је било једино обично признање кривице, на основу којег би суд имао могућност да изрекне окривљеном нижу казну. На тај начин признање оптуженог да је извршио кривично дјело за које га терети оптужница дозвољава суду да одмах пређе на изрицање казне.²³ Међутим, годинама су трајале расправе и покушаји да се у енглески кривични поступак уведе одређена форма споразума о признању кривице. Међу основним разлозима за поједностављење поступка увођењем неке форме споразума о кривици наводи се, као и у свим другим државама са овим поступком, повећање ефикасности кривичног поступка, уз значајну уштеду у финансијским средствима неопходним за вођење поступка и скраћењем трајања истог. Након бројних расправа у енглески кривични поступак уведен је споразум о признању кривице, а резултати његове примјене били су више него очигледни.

Питање споразумијевања о кривици су разматрале Комисија за кривично правосуђе, која је донијела своје препоруке и приједлоге у вези са овим питањем, и Адвокатска комора Енглеске. Међу њиховим приједлозима за ефикаснији кривични поступак нарочито се истиче формулисање јединственог и пропорционалног система за смањење казни, гдје би окривљени добио веће бенефиције уколико кривицу призна у раним фазама кривичног поступка, док би бенефиције бивале све мање како би поступак даље текао.²⁴ Умањење казне, међутим, има и своје опоненте. Између осталог, међу критичким ставовима наводи се да је умањење казне противно духу четири фундаментална права и слобода загарантоване Европском конвенцијом у заштити људских права и основних слобода: претпоставци невиности, привилегији против самооптужења и права на јавно и на правично суђење.²⁵

На основу промулгације Европске конвенције о људским правима и слободама, признање кривице је морало имати одређене позитивне реперкусије на права окривљеног у кривичном поступку. На основу тога у Енглеској је донијето више закона којима је побољшан положај окривљеног у кривичном поступку.²⁶ Наиме, према члану 144. Кривичног закона из 2003. године, приликом одређивања санкције окривљеном који је признао кривицу, суд мора да узме у обзир:

1. фазу поступка у којој је окривљени изразио жељу да призна кривицу, односно када је показао намјеру за тим²⁷, и

²³ D. Кларк, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 142-143.

²⁴ В. Бајовић, *Споразум о признању кривице*, стр. 132.

²⁵ A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, 3rd edition, Oxford, 2005, pages 285-296.

²⁶ *Criminal Justice Penal Order Act* из 1994. године, затим *Powers of Criminal Courts Sentencing Act 2000*. године, *Criminal Justice Act 2003*, а затим у вези са нашом темом донијете су Смјернице за ублажавање казне, *Reduction in Sentence for a Guilty Plea – Definitive Guideline 2007*.

²⁷ Насупрот овом, законом из 1994. године, чланом 48. било је предвиђено да се, приликом ублажавања казне узима у обзир фаза поступка у којој је окривљени признао кривицу. Као што можемо да уочимо, разлика између ова два члана није небитна, иако на први поглед може да изгледа

2. околности под којима је исказана намјера за признањем.

Прије свега, суд ће приликом одлучивања о питању да ли ће умањити казну окривљеном узети у обзир фазу поступка у којој је признање дато. Раније дато признање смањује трошкове кривичног поступка, скраћује поступак, подиже ефикасност, али и показује свијест окривљеног о извршеном дјелу, кајање и рано изражену спремност да прими казну за исто. Међутим, признање које би окривљени дао у каснијој фази поступка узрокује негативније читавање олакшавајућих параметара. Наведено има за посљедицу све мање изражене калкулације окривљених, који су свјесни да им рано признање кривичног дјела доноси знатно више користи, него оно што се даје касније у поступку. Према Смјерницама за ублажавање казне²⁸, проценат за који ће се смањити казна треба да буде постављен у односу према запријеђеној казни. Чланом 144(2) Кривичног закона, регулисан је проценат смањења, који зависи од фазе поступка у којој је признање дато и креће од прве разумне прилике окривљеног да призна кривицу (*first reasonable opportunity*)²⁹, па до признања у току претреса. Уколико окривљени призна кривицу првом разумном приликом која постоји у кривичном поступку, тада ће му казна бити умањена за једну трећину запријеђене казне. Затим, казна ће бити умањена за једну четвртину уколико је заказан датум суђења, а уколико окривљени призна кривицу у неком даљем дијелу поступка, казна може бити умањена за једну десетину запријеђене казне.

Посебно правило је предвиђено за смањење казне за тежа кривична дјела. За тежа кривична дјела смањење казне треба бити допуштено у случају када окривљени изрази спремност да призна кривицу у раној фази поступка, односно првом разумном приликом. У тим случајевима није цијелосходно давати окривљеном пуне бенефиције које су предвиђене за лакша кривична дјела. У тим случајевима предлаже се да смањење казне не буде веће од 20% од

да је занемарљива. Међутим, признати кривицу и изразити спремност за признање кривице, овдје има великог утицаја на одмјеравање казне. Законом из 2003. године, с једне стране, дата је повластица окривљеном спуштајући границу од које почиње да се прихвата спремност за признањем, јер у поступку може доћи и до већег временског размака између момента исказивања спремности за признањем и давања признања, док се, с друге стране, врши утицај на окривљене да што раније изразе спремност да признају кривицу за извршено кривично дјело.

²⁸ *Reduction in Sentence for a Guilty Plea – Definitive Guideline 2007*, www.sentencing-guidelines.gov.uk, март 2011. године

²⁹ Кључни моменат за признање кривице јесте прва разумна прилика за то, али у пракси може да дође до тешкоће приликом одређивања појма прве разумне прилике. Прва разумна прилика за признање кривице била би прва појава окривљеног пред судом када има могућност да призна кривицу, али суд у конкретном случају може сматрати да је прва прилика за признање кривице наступила и раније, чак и за вријеме првог разговора окривљеног са тужиоцем. Овдје možда можемо и да направимо одређено поређење за Закоником о кривичном поступку Србије, који предвиђа до сада незаконским термином да споразум о признању кривице може бити поднијет најкасније до краја првог рочишта за главни претрес, што може да изазове одређене проблеме у тумачењу у пракси. У Енглеској се узима у обзир прва разумна прилика, а у Србији се спомиње прво рочиште за главни претрес.

запријеђене казне затвора. Такође, посебне одредбе су предвиђене за кривично дјело убиства, које се у Енглеској сматра најтежим кривичним дјелом, са запријеђеном казном доживотног затвора. Уколико суд у конкретном случају буде сматрао да окривљеном треба изрећи максималну казну затвора, тада неће моћи да дође до редукције казне ни у случају да окривљени призна кривицу. У другим случајевима може да дође до смањења казне, али врло ограничено. При одмјеравању казне суд ће узети у обзир све околности случаја, при том пазећи да комбинацијом свих олакшавајућих елемената не дође до неприкладно ниске казне. У складу с тим препорука је да проценат за који ће казна бити смањена не буде већи од једне шестине запријеђене казне или да не пређе пет година, а за било које признање до којег би дошло касније у поступку, смањење не треба да буде веће од 5% запријеђене казне. Претходно, прије изрицања казне у сваком поједином случају суд ће темељно да размотри све околности које бо могле утицати на исту.³⁰ Такође, битно је напоменути још двије чињенице. Прво, уколико окривљени призна кривицу на првом саслушању пред Краљевим судом, смањење казне ће бити веће уколико је окривљени изразио спремност да призна кривицу на магистраторском суду. И друго, уколико се окривљеном суди на Краљевом суду, као надлежним, тада ће се прво саслушање пред судом сматрати првом разумном приликом да призна извршење кривичног дјела.

Процес споразумјевања о кривици, по правилу, креће од окривљеног, који своју жељу изражава солицитору, који у даљем поступку ангажује баристера. Баристер треба да брине о заштити права окривљеног, тако да ће прије свега он да посавјетује окривљеног о поступку и свим правима и обавезама које проистичу из признања кривице. Баристер ће индикацију кривице тражити тек пошто добије писмени захтјев окривљеног. Прије него што приступи тражењу индикације, баристер ће утврдити да ли је окривљени који признаје кривицу заиста крив за извршено кривично дјело, из чега проистиче да индикација не треба да буде тражена уколико постоји неслагање између тужиоца и баристера у погледу прихватања признања или чињеница на којим признање лежи. Такође, није искључена могућност да окривљени сам затражи индикацију у случају да уопште нема заступника, али оваква пракса није уобичајена у енглеском кривичном поступку. У том случају било каква иницијатива од стране суда или тужиоца могла би бити протумачена као недозвољен притисак, па би овакве ситуације требало избјегавати у кривичном поступку.³¹ На захтјев за индикацију који је потекао од стране одбране, тужилац је дужан да одговори. Тужилац ће да провјери да ли је суд надлежан и да ли има приступ свим подацима, чињеницама и доказима на којима се заснива оптужница, укључујући и доказе који потичу од жртве кривичног дјела, као и податке о ранијем животу учиниоца кривичног дјела који су везане за раније оптужбе

³⁰ *Reduction in Sentence for a Guilty Plea – Definitive Guideline 2007*, www.sentencing-guidelines.gov.uk, март 2011. године.

³¹ M. Raphael, *Plea Bargaining and the role of the lawyer*, page 5.

против њега. Такође, потребно је да тужилац укаже судији на минимални и максимални износ казне која се може изрећи окривљеном, а нарочито о томе да казна не смије бити прениска. Насупрот претходно реченом, уколико је захтјев који је поднијет од стране одбране базиран на чињеницама о којима не постоји сагласност између тужиоца и одбране или не постоји сагласност око признања, тужилац ће упозорити суд на ту чињеницу, али и на чињеницу да у том случају није дужан дати индикацију.³²

Окривљени, с једне стране, може признати кривицу за све тачке оптужнице или само за поједине тачке. Признање кривице за само неке тачке оптужнице може повући одређене последице у правцу ублажавања оптужнице, јер постоји могућност да тачке оптужнице за које се признаје кривица представљају мање озбиљан облик кривичног дјела. Тужиоци, с друге стране, не прихватају признања кривице уколико сматрају да суд може донијети одлуку која одговара тежини извршеног кривичног дјела у оним случајевима у којима постоје нарочито отежавајуће околности. Тужиоци веома често не прихватају признања кривице искључиво због тога што је признање један од начина за брже и ефикасније окончање кривичног предмета. Када окривљени понуди признање кривице, тужилац разматра да ли је прихватање признања цјелисходно, цјенећи при томе јавне интересе и интересе оштећеног, који на одговарајући начин морају бити заштићени. Такође, често ће бити неопходно донијети одлуку на који начин би требало убудуће да се заштите права оштећеног. Међутим, обавеза коначне одлуке о томе да ли је признање валидно доноси тужилац.³³ Да би правилно одлучио, тужилац ће се консултовати са породицом оштећеног која треба да буде информисана о свим дешавањима у вези са суђењем. На основу свих чињеница, информација и становишта које прикупи тужилац ће донијети одлуку којом прихвата или одбија признање кривице.

Тужилац и окривљени, уколико окривљени признаје кривицу, треба да се слажу око чињеница на којима ће да се базира признање, односно да не постоји спор око чињеничне подлоге за признање. Чињенична подлога мора бити онаква каква заиста постоји у објективној стварности, јер се странке у Енглеској не могу договарати око тог питања. Уколико постоји несагласност око чињеничног стања, дакле када окривљени призна кривицу на бази чињеница које се разликују од чињеница за које тужилац сматра да постоје, суд ће извести доказе који ће да утврде какво је заиста стање и да базира одлуку на сопственом утврђеном чињеничном стању.³⁴ Због тога чињенична основа за признање кривице мора бити истинита, а интереси оштећеног и јавни интерес заштићени. Тужилац ће нарочито да скрене пажњу суду на сва могућа запажања оштећеног о учиниоцу кривичног дјела, затим на сваку чињеницу које може да произведе

³² *Ibid.*

³³ Code for Crown Prosecutors, *Accepting Guilty Pleas*, www.cpc.gov.uk, март 2011. године.

³⁴ *Ibid.*

одређени утисак у јавности, све неопходне законске одредбе и смјернице које би требало примјенити, и на све отежавајуће и олакшавајуће околности случаја.³⁵ На основу таквих чињеница моћи ће да се донесе правилна одлука, која ће задовољити интересе свих који су битни у овом поступку. Неосновано ниска казна изазваће незадовољство јавности и оштећеног, па ће узрочно-последично бити пољуљано и повјерење у кривичноправни систем.

О позитивним ефектима споразумијевања о кривици, најбоље свједоче статистички подаци из периода 2003-2005. године, према којима уочавамо да је у 2003. години пред Краљевим судом просјечна дужина суђења у којем није дошло до признања кривице била 9,6 часова, у 2004. години 9,5 часова док је у 2005. години просјечна дужина суђења износила 9,8 часова. Насупрот томе, за исте периоде суђења у којима је дошло до признања кривице, трајала су знатно краће: 1,2 часа, 1,2 часа и 1,3 часа.³⁶ Наведени подаци представљају јасан показатељ у којој мјери форма споразумијевања о кривици доприноси уштеди материјалних средстава. У вези са трошковима поступка, статистика је такође наклоњена споразуму о признању кривице. Наиме, просјечни трошкови поступка пред Краљевим судом у поступцима без признања кривице износили су 13.500,00 фунти, а пред Магистраторским судом 1.500,00 фунти, док су те цифре приликом признања кривице биле знатно другачије, крећући се у просјеку 2.500,00 фунти у поступцима пред Краљевим судом и 500,00 фунти у поступцима пред Магистраторским судом.³⁷

4. ВРСТЕ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

У позитивном праву Енглеске постоје три врсте споразума о признању кривице: споразум о оптужници, споразум о санкцији и споразум о сарадњи. Споразум о оптужници се огледа у смањењу броја оптужби у замјену за признање кривице, али то су, у суштини, будуће оптужбе против садашњег оптуженог. Наиме, полиција може оптужити окривљеног и за одређена кривична дјела за која само сумња да их је извршио оптужени, па уколико оптужени призна кривицу и за та кривична дјела, он се обезбјеђује да га тужилац накнадно не оптужи и за њихово извршење. Ова пракса назива се „узети у обзир – *taken into consideration (TICs)*”.³⁸ На тај начин тужилац може редуковати оптужницу

³⁵ *Attorney General's guidelines on the acceptance of pleas*, revised 2009, www.attorneygeneral.gov.uk, март 2011. године.

³⁶ M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, 10th edition, Cambridge, 2007, page 362.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ За више о овој пракси, видјети: M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, 10th edition, Cambridge, 2007, page 336.

без икаквог вршења присиле на окривљеног³⁹, без могућности за његово даље оптужење за кривична дјела за која је признао кривицу. Оптужница у току процеса подлијеже строгој контроли, о чему је већ било ријечи у раду. Контрола полиције, тужиоца и магистрата је веома сложена и детаљна, најприје због бројности контролора, а потом и садржински. Управо због јаке контроле оптужног акта, амерички споразум о оптужници није могао да се развије на конвенционалном енглеском тлу. За разлику од споразума о оптужници, споразум о санкцији се усталио у овом правном систему, иако се није сматрало умјесним⁴⁰ да тужилац нуди оптуженом одређену кривичну санкцију, проценат признања је заиста био велики, те је и законски пружена могућност и смјернице за ублажавање санкције.

Конечно, након великог броја дискусија, увођења и укидања, у енглески кривични поступак уведен је 2005. године и споразум о сарадњи. Наиме, већ 1975. године Апелациони суд је заузео став да је дозвољено дати потпуни имунитет од кривичног гоњења оптуженом који пружи доказе или другу већу помоћ против другог лица важног за кривични поступак. Такав имунитет би могао једино да пружи Директор тужилаштва. Након почетног залета у коришћењу института, почело је постепено опадање ове праксе, да би средином 80-их година XX вијека потпуно престала да се примјењује. Године 2005. одговарајућим законом⁴¹ институт поново оживљава у поступцима организованог криминалитета. Законодавац је заузео становиште да тужилац може понудити оптуженом имунитет од кривичног гоњења уколико оптужени да писмену изјаву против лица чије је кривично гоњење важније за тужиоца (“*immunity notice*”).⁴²

Уколико окривљени изјави да жели да иде на суђење без претходног признавања кривице, одмах губи предности које би, у супротном, имао. Због тога се већина кривичних предмета заврши признањем кривице, што нарочито важи за суђења на Краљевом суду. Повјерење у систем признавања кривице се временом повећавало, тако да је 70-их година прошлог вијека око 60% кривичних предмета завршавано признањем кривице, да би 1989. године тај проценат износио 72%. Имајући у виду новије податке, пред Краљевим судом 2003. и 2004. године проценат поступака завршених признањем кривице био је 58%, док је 2005. године исти износио 60%. Иначе, што је и логично, проценат варира међу појединим регионима, па је на примјер у сјеверној Енглеској тај проценат износио 68%, а у Лондону износи 49%.⁴³

³⁹ M. McConville, C. Mirsky, *Looking Through the Guilty Plea Glass: The Structural Framework of English and American State Courts*, Social and Legal Studies, London, Vol. 2, 1993, page 181.

⁴⁰ В. Бајовић, *Споразум о признању кривице*, стр. 134.

⁴¹ *Serious Organized Crime and Police Act 2005*.

⁴² M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, page 336.

⁴³ Judicial Statistics Annual Report 2004, www.official-documents.gov.uk, mart 2011. године.

ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду претходно речено, можемо да уочимо да трагање за признањем у кривичном поступку траје већ вијековима. У том периоду постојали су различити начини на које је признање вредновано. Мијењали су се и начини добијања, али и оцјена добијеног признања, од признања добијеног тортуром до добровољног признања кривичног дјела или, пак, до признања кривичног дјела преко института споразума о признању кривице. Признање кривице у први мах није прихватано од стране судова који су филозофски заузимали становиште да нормалан и здрав човјек не може својевољно да призна кривично дјело и тиме сам себе осуди. Временом, америчка пракса је, упркос бројним неприхватањима и упућеним критикама, изњедрила институт познат као споразум о признању кривице. Међутим, институт није прихваћен у енглеском праву, све до новијих времена, а ни тада у свом правом и чистом облику.

Енглеско кривично процесно право дуго је остало приклоњено својим конзервативним формама и (не)прихватању нечег новог у кривичном поступку. Организација кривичног поступка, прије свега, није допринијела развоју споразумијевања о кривици. Без недостатака какви су постојали у америчком праву у вријеме настанка института, енглески законодавац могао је још дуго остати на традиционалним основама. Строга контрола коју мора да прође оптужница спречава било какве малверзације са њом, што је узроковало немогућност развоја споразума о признању кривице. Енглески судови су прихватили једино признање кривице које би окривљени дао пред судом, без било каквих договора са тужиоцем. У том случају окривљени се ослања на благонаклоност судије, који може да му умањи казну у односу на законски запријећену, али нема никакву формалну обавезу да такво нешто и учини. Пракса је, међутим, била да судије редовно ублажавају казну окривљенима који признају кривицу, те због тога тражење индикације казне од судије није била ријеткост. Међутим, пракса указивања на износ казне једно вријеме била је укинута, да би потом била поново успостављена у ограниченијем облику.

Након великог броја расправа око увођења неке форме споразумијевања о кривици, и након доношења одређеног броја закона и смјерница за поступање учесника у овом поступку, енглески законодавац је допустио споразумијевање о кривици. Дозвољен је споразум о санкцији, који је иначе био највише оспораван, затим у специфичном облику и споразум о оптужници, да би напосљетку био допуштен и споразум о сарадњи. Непосредно након увођења у законодавство споразум о признању кривице показао је позитивне ефекте, што се огледа у великом броју кривичних предмета који су ријешени споразумно.

Summary

The author in this work elaborates with the appearance of the plea agreements in the English criminal procedure law. England, the cradle of Anglo-Saxon legal tradition, which was transferred to the U.S. and Australian continent, not on their premises born bargaining about guilt. Plea bargaining is institute which is emerged and developed in the American legal tradition. For years, English courts have remained confidential adheres to its view on the guilty plea which is emerged as result of the negotiations between defendant and prosecutor. The author deals with the modifications in the resolution in the traditional and conventional English law, which did not allow any form of deals about defendant's guilt. The deals wasn't allowed especially in the cases when confession comes as a result of promises of more lenient punishment of defendant. Over time, the situation is changing on the island, where the courts are starting to look favorably on the confessions, which have been identified as a some kind of agreement between defendant and prosecutor.

Key words: *guilty plea, plea bargaining, England, statistics*

PRAVO DA SE OSOBA BRANI SAMA ILI UZ POMOĆ ADVOKATA (MEĐUNARODNI, REGIONALNI I DOMAĆI STANDARDI)

Nihad Ukić*

***Apstrakt:** Kada vlast nekog optuži da je učinio krivično delo ili da je na drugi način bio umešan u izvršenje krivičnog dela, tada može doći do lišenja slobode, suđenja i izricanja krivičnih sankcija. S druge strane, pravo na pravično suđenje je osnovna garantija koja će omogućiti da osobe ne budu nepravedno kažnjene. Takođe, ovo pravo je neodvojivo od drugih ljudskih prava. Pravičnost suđenja procenjuje se primenom mnogih pravnih standarda, bilo da se suđenje procenjuje na osnovu neposrednog, direktnog, prisustva ili na osnovu zapisnika ili drugih izveštaja. Svrha procene je da se utvrdi da li je praksa, u datom slučaju, u skladu sa zakonom zemlje u kojoj se suđenje održava, da li ti zakoni i praksa odgovaraju međunarodnim standardima ugrađenim u ugovore kojima je država pristupila, kao i vanugovornim standardima. Za pravilnu i potpunu procenu pravičnosti suđenja neophodno je poznavanje kako domaćih pravnih propisa, tako i međunarodnih standarda. Međunarodni standardi prema kojima se procenjuje pravičnost suđenja su brojni, sadržani u različitim instrumentima i stalno se razvijaju. Autor u radu iznosi međunarodne i regionalne standarde ljudskih prava, domaće propise, sudsku praksu, čije poznavanje je neophodna pretpostavka za razumevanje prava na pravično suđenje, odnosno jednog od njegovih elemenata: pravo da se osoba brani sama ili uz pomoć advokata.*

***Ključne reči:** odbrana, branilac, izbor branioca, poverljivost, efikasnost, zabrana zastrašivanja.*

* Nihad Ukić, дипломирани правник-мастер, Основна школа „Јошаница“ Лукаре, Нови Пазар, студент докторских студија Правног факултета у Нишу.

Pravo na odbranu

Svako ko je optužen da je učinio krivično delo ima pravo da se brani, bilo lično ili uz pomoć advokata. Svako ima pravo na pomoć advokata po sopstvenom izboru, ili da mu se dodeli branilac, ako je to u interesu pravde, i to besplatno ako optuženi ne može da ga plati. Optuženi imaju pravo na poverljivu komunikaciju sa svojim advokatom.¹ Navedene garantije sadržane su u nizu međunarodnih dokumenata, kojima se u okviru prava na pravično suđenje, obezbeđuje i pravo da se osoba brani sama ili uz pomoć advokata. Pravo na odbranu u Republici Srbiji ima karakter ustavne garantije, tako što je članom 33 stava 2 Ustava propisano: „Svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo na odbranu i pravo da uzme branioca po svom izboru, da s njim nesmetano opšti i da dobije primereno vreme i odgovarajuće uslove za pripremu odbrane“².

U članu 11 (1) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima³ propisano je: „Svako ko je optužen za krivično delo ima pravo da se brani od optužbe“. Navedenu garanciju prava na odbranu od optužbi sadrže i drugi međunarodni dokumenti. Član 14 (3) (d) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (ICCPR)⁴ sadrži odredbe o pravu lica optuženog za krivično delo da bude prisutan na suđenju i da se brani sam ili uz pomoć branioca po sopstvenom izboru; ako nema branioca, da bude obavешten o tom pravu i da mu se dodeli branilac kad god to interes pravde zahteva, i to besplatno ako sam ne može da plati. Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (OAU)⁵, član 7 (1) (c), na način što utvrđuje da svaki pojedinac ima pravo da njegov slučaj bude raspravljen, što podrazumeva: pravo na odbranu, obuhvatajući i pravo da ga brani advokat po sopstvenom izboru, kao i Američka konvencija o ljudskim pravima (Američka konvencija)⁶, član 8 (2) (d), koja pravo na odbranu definiše tako da svako ko je optužen za krivično delo ima pravo na pretpostavku nevinosti sve dok njegova krivica ne bude dokazana u skladu sa zakonom. Tokom postupka, svako ima jednako pravo, na sledeće minimalne garancije:

(...)

(d) optuženi ima pravo da se brani sam ili uz pomoć advokata po sopstvenom izboru i da sa njim komunicira slobodno i u poverenju.

¹ Pravično suđenje, Fond za humanitarno pravo, Beograd, 2001, str. 133.

² Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 98/2006).

³ Usvojena u Generalnoj skupštini UN-a 1948. godine, kao opšte priznat skup principa koji bi trebalo da određuje ponašanje svih država.

⁴ Usvojen u Generalnoj skupštini UN-a 1966. godine, a stupio je na snagu 1976. godine.

⁵ Usvojena 1981. godine od strane Organizacije afričkog jedinstva (OAU) i stupila je na snagu 1986. godine.

⁶ Usvojena 1978. godine.

Da bi navedena prava imala smisla, neophodno je da optuženi ima pravo da bude prisutan na suđenju i da se brani.⁷ Propisane garantije daju optuženom pravo na pomoć advokata, koja obuhvata i pravo da optuženi izabere advokata ili, u slučajevima kada je to u interesu pravde, da mu se dodeli advokat, besplatno ako je to potrebno. Pored prava optuženog da se brani sam ili uz pomoć advokata, on i njegov advokat treba da dobiju i odgovarajuće vreme i mogućnosti za pripremu odbrane, odnosno za predstavljanje slučaja optuženi mora da dobije mogućnosti, jednake onima koje ima tužilac, obuhvatajući pravo da pozove i ispita svedoke.⁸

Pravo da se osoba sama brani

„Svako ko je optužen da je počinio krivično delo ima pravo da se brani“.⁹ Pravo da se osoba brani sama, obuhvata i pravo optuženog da može da odluči da zatraži pomoć advokata, a od suda se zahteva da obavesti optuženog o njegovom pravu na advokata. Pravo optuženog da se sam brani je najsporniji deo prava na odbranu, s obzirom na poslednje stavove haškog Krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, pred kojim sudom je ovaj problem još uvek aktuelan. U literaturi se zastupa stanovište da pravo optuženog da se sam brani, važi samo u slučajevima da interesi pravde ne zahtevaju drugačije, odnosno postavljanje branioca po službenoj dužnosti.¹⁰ Pravo optuženog da se sam brani treba tumačiti u sklopu prava na pravično suđenje, a domašaj i značaj ovog prava treba posmatrati sa stanovišta onih slučajeva kada je nužno da se u interesu pravde optuženom postavi branilac.

Pravo da osobu brani advokat

Pravo da osobu brani advokat ili pomoć advokata je osnovna pretpostavka zaštite ljudskih prava onih koji su optuženi da su učinili krivična dela, a naročito njihovog prava na pravično suđenje. Ovo pravo se odnosi na sve faze krivičnog

⁷ Svako ko je optužen da je počinio krivično delo ima pravo da mu se sudi u njegovom prisustvu, da bi mogao da sasluša i ospori tužiočevo iznošenje slučaja i da izloži odbranu (Član 14 (3) (d) ICCPR-a; član 21 (4) (d) Statuta o Jugoslaviji (Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju osnovao je Savet bezbednosti UN-a 25. maja 1993. godine); član 20 (4) (d) Statuta o Ruandi (Međunarodni krivični tribunal za Ruandu osnovao je Savet bezbednosti UN-a 8. novembra 1994. godine), član 67 (1) (d) ICC Statuta).

⁸ Jedan od osnovnih kriterijuma za pravičnu raspravu je princip “jednakosti oružja” strana u sporu. „Jednakost oružja“, kao princip, znači da strane u sporu imaju jednak položaj prilikom iznošenja odbrane ili optužbe (Presuda Evropskog suda u predmetu Ofir i Hopfinger, broj 524/59 i broj 617/59, 19. decembar 1960, Yearbook 6, str. 680 i 696); Predmet Foucher, Evropski sud, 25 EH RR 234, srt. 247.

⁹ Član 14 (3) (d) ICCPR-a.

¹⁰ Aleksandar Jakšić, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006, str. 227.

postupka, obuhvatajući i preliminarnu istragu, kao i period pre suđenja. Jedno od najvažnijih prava sa kojim sve uhapšene i pritvorene osobe treba da budu upoznate je pravo na pomoć advokata. Svako ko je uhapšen, pritvoren ili optužen mora da bude obavešten o pravu na pomoć advokata.¹¹

Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije (ZKP RS)¹² utvrđuje pravo okrivljenog, odnosno osumnjičenog, da se brani sam ili uz stručnu pomoć branioca koga sam izabare iz reda advokata, kao i da njegovom saslušanju prisustvuje brani-lac. Ostvarivanje ovog prava dužni su da obezbede sud i drugi državni organi.

Pravo da osobu zastupa advokat primenjuje se i kada optuženi odluči da ne prisustvuje postupku.¹³ Komitet za ljudska prava¹⁴, kada je za krivično delo predviđena smrtna kazna, smatra da interesi pravde zahtevaju da se postupak ne nastavi ako optuženog ne zastupa advokat.¹⁵ Isto tako, Komitet za ljudska prava smatra da „je aksiom“, da pravna pomoć treba da bude dostupna zatvoreniku osuđenom na smrtnu kaznu. Ovo se odnosi na sve faze postupka, obuhvatajući i žalbeni postupak.¹⁶ Lice koje se nalazi u pritvoru ili je optuženo da je počinilo krivično delo, ima pravo na branioca tokom pritvora, suđenja i žalbenog postupka.¹⁷ Pravo na advokata pre suđenja, obuhvata pravo lica, koje je u pritvoru, ili je suočen sa mogućnošću optužbe za krivično delo, da ima pravo na pomoć advokata po sopstvenom izboru, koji bi zaštitio njegova prava i pomogao mu u ostvarivanju prava na odbranu. Ako iz finansijskih razloga sebi ne može da priušti advokata, onda treba da mu se dodeli delotvorni i kvalifikovani advokat. Pritvorenom treba omogućiti dovoljno vremena i odgovarajuće uslove za komunikaciju sa advokatom. Usluge advokata treba da budu omogućene odmah.¹⁸ Pravo osobe na pomoć advokata u predsudskom postupku nije izričito određeno u ICCPR-u, Američkoj konvenciji, Afričkoj povelji ili Evropskoj

¹¹ Princip 5 Osnovnih principa o ulozi advokata (usvojeni 1990. godine na Osmom kongresu UN-a o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa učiniocima krivičnih dela); Princip 17 (1) Skupa principa (Skup principa za zaštitu svih osoba koje su pritvorene ili zatvorene, usvojen u Generalnoj skupštini UN-a 1988. godine); Pravila o Jugoslaviji i Pravila o Ruandi zahtevaju da obaveštenje o pravu na advokata bude dato svim osumnjičenim koje ispituje tužilac, bilo da su u pritvoru ili ne.

¹² Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije („Sl. list SRJ“, broj 70/2001 i 68/2002 i „Sl. Glasnik RS“, broj 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005- dr. Zakon, 49/2007, 20/2009- dr. Zakon, 72/2009 i 76/2010), član 4.

¹³ Poitrimol protiv Francuske, (39/1992/384/462), 23. novembar 1993, str. 10.

¹⁴ ICCPR ustanovljava Komitet za ljudska prava kao nadzorni organ sastavljen od 18 eksperata. Opšti komentari Komiteta su uputstvo za interpretaciju Pakta.

¹⁵ Robinson protiv Jamajke, (223/1987), 30. mart 1989, Izveštaj Komiteta za ljudska prava, (A/44/40), 1989, str. 245.

¹⁶ Kelly protiv Jamajke, (253/1987), 08. aprila 1991, Izveštaj Komiteta za ljudska prava, (A/46/40), 1991, str. 241.

¹⁷ Član 14 (3) (d) ICCPR-a principa 1 Osnovnih principa o ulozi advokata, član 7 (1) (c) Afričke povelje, član 8 (2) (d) I (e) Američke konvencije, član 6 (3) (c) Evropske konvencije.

¹⁸ Princip 1 Osnovnih principa o ulozi advokata; Princip 17 (1) Skupa principa; Pravilo 93 Evropskih zatvorskih pravila.

konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija)¹⁹. Međutim, Komitet za ljudska prava, Inter-američka komisija²⁰ i Evropski sud za ljudska prava (Evropski sud)²¹ smatraju da pravo na pravično suđenje podrazumeva pristup advokatu tokom pritvora, saslušanja i istražnog postupka.²²

Inter-američka komisija je stava da pravo na odbranu podrazumeva da se optuženom omogući pravna pomoć, čim je pritvoren. Komisija je zaključila da zakon koji zabranjuje pritvorenom pristup advokatu tokom pritvora i istrage može ozbiljno da ugrozi pravo na odbranu.²³

Evropska konvencija o ljudskim pravima sadrži odredbe o minimumu prava optuženih lica za krivično delo:

(c) da se brani lično ili uz pomoć advokata po sopstvenom izboru ili, ako nema dovoljno sredstava da plati usluge advokata, da te usluge budu besplatne kada je to u interesu pravde.²⁴

Afrička komisija za ljudska prava i prava naroda (Afrička komisija)²⁵ smatra da odbijanje zahteva da se Veri i Ortonu Čirva (vera and Orton Chirwa) dodeli advokat na suđenju u Malaviju na kojem su osuđeni na smrt, predstavlja kršenje člana 7 (1) (c) Afričke povelje.²⁶

Okrivljeni može da ima branioca u toku celog postupka, počev od prvog saslušanja. Ako je okrivljenom određen pritvor, mora imati branioca dok je u pritvoru.²⁷

Pravo da osobu brani advokat obuhvata i niz drugih prava, i to: pravo na obaveštenje o pravu na advokata, pravo na pristup advokatu i na poverljivu komunikaciju sa njim i pravo na advokata po sopstvenom izboru ili na dodeljenog advokata.

¹⁹ Evropska konvencija stupila je na snagu 1953. godine.

²⁰ Inter-američka komisija za ljudska prava osnovana je s namerom da unapredi poštovanje i odbranu ljudskih prava, te da bi bila konsultativni organ država članica OAS-a (Povelja Organizacije američkih država) u tim pitanjima.

²¹ Evropski sud osnovan 23. februara 1959. godine, brojčano ima onoliko sudija koliko je država članica Saveta Evrope.

²² Pravično suđenje, Fond za humanitarno pravo, op.cit., str. 46.

²³ Godišnji izveštaj Inter-američke komisije, 1985-1986, OEA/Serija L/V/II. 68, document 8, rev. 1, 1986, str. 154, El Salvador.

²⁴ Član 6 (3) (c) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

²⁵ Afrička komisija nadgleda implementaciju Afričke povelje. Komisija ima 11 članova, koje su nominovale države članice i koje je izabrala Skupština šefova država i vlada OAU-a da služe u individualnom svojstvu.

²⁶ Pravično suđenje, Fond za humanitarno pravo, op.cit., str. 135.

²⁷ Zakonik o krivičnom postupku, op.cit., član 71.

Obaveštenje o pravu na advokata

Ovo pravo se primenjuje bilo da je optuženi uhapšen ili pritvoren pre suđenja ili ne, a označava pravo svakog lica kome predstoji suđenje za krivično delo da treba da bude obavešten o svom pravu da ga brani advokat. Ovu informaciju bi trebalo dati odmah nakon hapšenja ili pritvaranja, ili kada je osoba optužena za krivično delo, u skladu sa Principom 5 Osnovnih principa o ulozi advokata.²⁸ Okrivljeni, odnosno osumnjičeni, ima pravo da bude obavešten o pravu da se brani sam ili uz stručnu pomoć branioca koga sam izabere iz reda advokata, odnosno da pre saslušanja bude poučen o pravu da uzme branioca i da branilac može prisustvovati njegovom saslušanju.²⁹

Izbor branioca

U načelu, zbog važnosti postojanja poverenja i poverljivosti između optuženih i njihovih advokata, optuženi mogu da izaberu advokata koji će ih zastupati. Ovo pravo može biti ograničeno ako advokat ne postupa u skladu sa profesionalnom etikom, ako se nalazi pod istragom za krivično delo ili ako odbije da se povinuje sudskoj proceduri. S druge strane, optuženi nema neograničeno pravo da bira advokata po službenoj dužnosti, pogotovo ako troškove plaća država. Međutim, u slučajevima krivičnih dela za koja je predviđena smrtna kazna, Komitet za ljudska prava smatra da bi trebalo da sud da prednost braniocu po službenoj dužnosti kojega je izabrao optuženi, podrazumevajući tu i žalbeni postupak, pa čak i ako to zahteva odlaganje suđenja.³⁰

Evropski sud za ljudska prava, u predmetu *Croissant protiv Nemačke*, (62/1991/314/385), 25. septembar 1992. godine, smatra: „Kada imenuje branioca, nacionalni sudovi moraju da poštuju želje branjenika... Međutim, sudovi mogu da pre nabregnu njihove želje kada postoje opravdani i dovoljno valjani razlozi da bi se smatralo da je to neophodno u interesu pravde.”³¹

²⁸ Princip 17 (1) prethodnog Skupa principa predviđa da obaveštenje mora biti dato u najkraćem mogućem roku nakon hapšenja.

²⁹ Zakonik o krivičnom postupku, op.cit., član 4.

³⁰ *Pinto protiv Trinidada i Tobaga*, (232/1987), 20. jul 1990, Izveštaj Komiteta za ljudska prava (A/45/40), II tom, 1990, str. 73.

³¹ Komitet za ljudska prava smatra da je pravo na izbor branioca bilo prekršeno, kada je vojni sud ograničio izbor optuženog na dva advokata (*Estrella protiv Urugvaja*, (74/1980), 29. mart 1983, 2 Odabrane odluke 93, str. 95; Komitet za ljudska prava smatra da je ovo pravo prekršeno kada je optuženom za biranje ponuđen spisak samo vojnih advokata i kada je bio prinuđen da prihvati vojnog advokata, iako je civilni advokat bio voljan da ga zastupa (*Burgos protiv Urugvaja*, (R.12/52), 29. jul 1981, Izveštaj Komiteta za ljudska prava (A/36/40), 1981, str. 176; Inter-američka komisija smatra da je došlo do ozbiljnog kršenja prava na advokata po sopstvenom izboru primenom dekreta po kojem branioci u Peru, u celoj zemlji mogu da zastupaju samo jednu osobu optuženu za neko od krivičnih

Branioц po službenoj dužnosti i право na besplatnu правnu pomoć

Ovo право je jasno sadržano u članu 14 (3) (d) ICCPR-a, a glasi: Ako osoba nema advokata po sopstvenom izboru koji je zastupa, može joj biti dodeljen branilac.³² U određivanju sadržine i prirode ovog prava polazi se od toga da li se isto može smatrati neotuđivim, ako optuženi odluči da se ne brani lično, da li treba da bude uslovljeno interesima pravde ili ovo право priznati samo u postupku za krivično delo za koje je predviđena smrtna kazna, ili treba da bude besplatno.

Američka konvencija, član 8 (2) (e), određuje da je ovo право neotuđivo ako optuženi odluči da se ne brani lično, ili ako ne odabere branioca u zakonom predviđenom roku.

Međutim, drugi međunarodni dokumenti, право da se osobi dodeli branilac uslovljavaju odlukom o tome da li je to u interesu pravde.³³ Da li postoji interes pravde ili ne, za određivanje branioca, zasniva se prvenstveno na težini krivičnog dela, mogućim ishodima postupka, uzimajući u obzir potencijalnu kaznu, kao i složenost slučaja. U predmetu Henry i Douglas protiv Jamajke, 26. jul 1996. godina, Komitet za ljudska prava je zauzeo stav da interesi pravde zahtevaju da branilac bude postavljen u svim fazama postupka licu optuženom za krivično delo za koje je predviđena smrtna kazna, ako ono nema branioca po sopstvenom izboru.³⁴

U pogledu obezbeđivanja optuženom besplatnog branioca, Evropska konvencija i ICCPR-a zahtevaju ispunjenje dva uslova. Prvi, da interesi pravde zahtevaju postavljanje branioca. Drugi, da optuženi nema dovoljno sredstava da plati branioca.³⁵

U predmetu Quaranta protiv Švajcarske, 24. maj 1991. godina, Evropski sud iznosi mišljenje da je postojalo kršenje člana 6 (3) (c) Evropske konvencije kada nije dodeljen besplatni branilac optuženom tokom sudske istrage i suđenja za krivično

dela terorizma (Godišnji izveštaj Inter- američke komisije, 1993, OEA/Serija L/II.85, dokument 9, rev. 1994, str. 493); Evropska komisija smatra da nije došlo do kršenja Evropske konvencije u slučaju kada je nacionalni sud zabranio advokatima koje su izabrali optuženi da ih brane, jer su bili osumnjičeni za saučesništvo u istom krivičnom delu kao i optuženi, kao i u slučaju kada je domaći sud uskratio dozvolu advokatu kojeg je izabrao optuženi, jer je advokat odbio da nosi togu (Baader i Raspe protiv SR Nemačke (7572/76, 7586/76, 7587/76), 8. jul 1978, 14 DR 64).

³² Ovo право sadržano je u članu 8 (2) (e) Američke konvencije; član 6 (3) (c) Evropske konvencije; član 21 (4) (d) Statuta o Jugoslaviji; član 20 (4) (d) Statuta o Ruandi; član 67 (1) (d) ICC Statuta.

³³ Član 14 (3) (d) ICCPR-a i član 6 (3) Evropske konvencije.

³⁴ Komitet za ljudska prava je razmatrao slučaj čoveka koji je bio optužen za brzu vožnju, a u isto vreme mu je suđeno za krivično delo koje nije bilo u vezi s prethodnim, zbog nepružanja informacija službenom licu o firmi koju je vodio. Komitet je smatrao da je optuženi propustio da dokaže u ovom konkretnom slučaju, da bi bilo u interesu pravde da mu se dodeli branilac o državnom trošku.

³⁵ Član 8 (2) (e) Američke konvencije sadrži odredbu po kojoj postavljenog branioca plaća država samo ako je to predviđeno nacionalnim zakonom. Ali, nasuprot tome, Inter-američki sud smatra da države moraju da obezbede branioca besplatno osobama koje nemaju dovoljno sredstava da ga plate, ako je branilac potreban da bi se omogućilo pravično suđenje.

delo u vezi sa narkoticima. U predmetu, optužnica se odnosila na krivično delo za koje je bila predviđena kazna do tri godine zatvora, ali kako je optuženi učinio krivično delo dok mu je teklo vreme proveravanja na osnovu izrečene uslovne osude za drugo krivično delo, pitanja koja je trebalo razmotriti pred sudom i niz dostupnih mera usložnjavali su slučaj. A pored toga, optuženi je bio mlađa punoletna osoba i imao je obiman dosije učinjenih krivičnih dela, kao i dugu naviku uzimanja droge. Sud se rukovodio potrebama optuženog, ali i pravičnosti samog postupka ...

Branilac po službenoj dužnosti, u krivičnom postupku, postavlja se u onim slučajevima kada su ispunjeni uslovi obavezne odbrane, kao i u onim slučajevima kada sud postavlja branioca okrivljenom, jer ovaj nema sredstava da ga sam angažuje,³⁶ odnosno kada to interesi pravičnosti zahtevaju, a okrivljeni nema sredstava da angažuje branioca.³⁷

U Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije, član 71, taksativno su navedeni uslovi obavezne odbrane. U skladu sa odredbama člana 71 pomenutog zakona, branilac se obavezno postavlja okrivljenom u sledećim slučajevima:

- ako je okrivljeni gluv, nem ili nesposoban da se sam uspešno brani,
- ako se postupak vodi za delo za koje se može izreći preko 10 godina zatvora, dok je okrivljeni u pritvoru,
- ukoliko se okrivljenom sudi u odsustvu.

U navedenim slučajevima, predsednik veća postavlja branioca okrivljenom ukoliko ga on sam ne angažuje, i to sa spiska advokata koji advokatska komora dostavlja predsedniku suda. Okrivljeni ne može sam birati branioca, ukoliko se branilac postavlja po službenoj dužnosti. Okrivljeni, i u ovom slučaju, može angažovati drugog advokata nakon čega sud razrešava postavljenog branioca, čime se ostvaruje pravo okrivljenog da sam izabere branioca. Međutim, problem postoji kod odredbe člana 71 stav 4 ZKP RS, u delu koja propisuje da će predsednik suda postaviti branioca po službenoj dužnosti za dalji tok krivičnog postupka do pravosnažnosti presude, a ako je izrečena kazna zatvora od četrdeset godina - i za postupak po vanrednim pravnim lekovima.³⁸ Pomenuta odredba je u suprotnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, prema kojoj se okrivljenom mora obezbediti branilac i u postupcima pred kasacionim sudovima.³⁹

U pogledu krivičnopravne zaštite maloletnih lica, maloletnik mora imati branioca kako prilikom prvog saslušanja, tako i tokom čitavog postupka. Takođe, branilac maloletnika može biti samo advokat koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih.⁴⁰

³⁶ Slučajevi u kojima je zaprečena kazna preko 3 godine zatvora, ali ne preko 10 godina (ZKPRS, član).

³⁷ Slučajevi u kojima je zaprečena kazna zatvora do 3 godine zatvora (ZKP RS, član).

³⁸ U pitanju je izuzetak koji potvrđuje pravilo da branioca po službenoj dužnosti nema u trećem stepenu.

³⁹ Pham Hoang protiv Francuske (1992).

⁴⁰ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica ("Službeni glasnik RS", broj 85), član 49.

Poverljivost komunikacije sa advokatom

U nizu međunarodnih dokumenata sadržano je pravo na poverljivost komunikacije sa advokatom, u smislu da je komunikacija između optuženog i njegovog branioca poverljiva.⁴¹ Na taj način, domaće vlasti se obavezuju da obezbede poverljivost ove komunikacije. Od država se zahteva da priznaju i poštuju činjenicu da su poverljive sve komunikacije između advokata i njihovih klijenata, a koje su u okviru njihovog profesionalnog odnosa.⁴² Tumačenje člana 14 (3) (b) ICCPR-a, od strane Komiteta za ljudska prava, kojim se garantuje pravo na komunikaciju sa braniocem, zahteva da „branilac komunicira sa optuženim u uslovima kojima se u potpunosti poštuje poverljivost te komunikacije“.⁴³ Takođe, vlasti moraju obezbediti, optuženim licima koja se nalaze u pritvoru, adekvatno vreme i mogućnosti za sastajanje i poverljivo komuniciranje sa braniocem, lično, telefonom ili pismenim putem. Pri čemu je dozvoljeno da se sastanci ili telefonski razgovori mogu obavljati uz nadgledanje službenih lica, s tim da ne smeju čuti razgovor.⁴⁴ U slučajevima gde preterana birokratija otežava pristup braniocu, nisu ispunjeni uslovi koje zahteva član 14 ICCPR-a.⁴⁵ Princip 14 Osnovnih Principa o ulozi advokata propisuje da komunikacija između pritvorenika ili zatvorenika i njihovih branilaca neće se prihvatiti kao dokaz, osim ako je povezana sa nastavljanjem ili sa planiranjem krivičnog dela.

Kompetentan, iskusan i efikasan branilac

Po pitanju prava na iskusnog, kompetentnog i efikasnog branioca međunarodni standardi polaze od toga da branioci moraju da postupaju slobodno i predano u skladu sa zakonom i priznatim standardima i etikom pravne profesije. A to dalje znači, da oni moraju da obaveste svoje klijente o njihovim zakonskim pravima i dužnostima, kao i o pravnom sistemu. Branioци imaju obavezu da pomažu svojim klijentima na svaki mogući način, da preduzimaju sve potrebne mere da bi zaštitili njihova prava i in-

⁴¹ Član 8 (2) (d) Američke konvencije, član 67 (1) (b) ICC Statuta, paragraf 2 (E) (1) Rezolucije Afričke komisije, princip 22 Osnovnih principa o ulozi advokata.

⁴² Princip 22 Osnovnih principa o ulozi advokata.

⁴³ Pravično suđenje, Fond za humanitarno pravo, op.cit., str. 138.

⁴⁴ Princip 8 Osnovnih principa o ulozi advokata; princip 18 Skupa principa (Skup principa za zaštitu svih osoba koje su pritvorene ili zatvorene, usvojen konsenzusom u Generalnoj skupštini UN-a 1988. godine, sadrži skup međunarodno priznatih standarda, primenjivih na sve države, kojima se propisuje kako treba postupati sa pritvorenicima i zatvorenicima); pravilo 93 Standardnih minimalnih prava o postupanju sa zatvorenicima (Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima, usvojena su 1955. godine na Prvom kongresu UN-a o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa učiniocima krivičnih dela).

⁴⁵ Zaključna zapažanja Komiteta za ljudska prava: Gruzija, Dokumenti UN-a CCPR/C/79/Dodatak 75, para. 18.5, maj 1997.

terese, i da pomažu svojim klijentima pred sudom.⁴⁶ Takođe, branioci moraju da teže očuvanju ljudskih prava i osnovnih sloboda priznatih unutrašnjim i međunarodnim pravom.⁴⁷ Princip 6 Osnovnih principa o ulozi advokata⁴⁸, kada optuženog zastupa postavljeni branilac, sadrži obavezu na strani vlasti da obezbede da dodeljeni branilac ima iskustvo i stručnost koji odgovaraju prirodi krivičnog dela za koje je njegov klijent optužen. U tom pravcu, vlasti imaju posebnu dužnost da preduzmu mere kojima će obezbediti da optuženi bude efikasno zastupan. Ako branilac po službenoj dužnosti nije efikasan, onda vlasti moraju da se postaraju da obavlja svoje dužnosti ili da ga zamene.⁴⁹ Komitet za ljudska prava, u predmetu Estrella protiv Urugvaja, 29. mart 1983. godina, iznosi stav da ako se optuženom ponudi samo ograničen izbor branilaca po službenoj dužnosti, a branilac poprimi „ponašanje tužioca“, onda je prekršeno pravo optuženog na odgovarajuću odbranu.⁵⁰

U skladu sa odredbom člana 75 ZKP RS, ako se okrivljeni nalazi u pritvoru, branilac se može s njim dopisivati i razgovarati. Isto tako, branilac ima pravo na poverljiv razgovor sa osumnjičenim koji je lišen slobode i pre nego što je osumnjičeni i saslušan, kao i sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru. Kontrola razgovora, pre prvog saslušanja i tokom istrage dopuštena je samo posmatranjem, ali ne i slušanjem.

Zastrašivanje i uznemiravanje advokata

Princip 16 Osnovnih principa o ulozi advokata polazi od toga da advokati ne treba da budu izloženi zastrašivanju ili neprihvatljivom mešanju u obavljanje svojih profesionalnih obaveza. Braniocu se mora omogućiti da slobodno i bez pritiska savetuju i zastupaju svoje klijente⁵¹, u skladu sa propisanim profesionalnim standardima.

Braniocu treba stvoriti uslove da odlučuje bez ikakvih ograničenja, uticaja, pritiska ili nepotrebnih ometanja koji potiču sa bilo koje strane.⁵² Afrička komisija,

⁴⁶ Princip 13 Osnovnih principa o ulozi advokata; Opšti komentar 13, para. 9, Komiteta za ljudska prava.

⁴⁷ Princip 14 Osnovnih principa o ulozi advokata.

⁴⁸ Osnovni principi o ulozi advokata usvojeni su konsenzusom 1990. godine na Osmom kongresu UN-a o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa učiniocima krivičnih dela.

⁴⁹ Predmet Artico, 13. maj 1980. godina, 37 Serija A 16.

⁵⁰ U dokumentu UN-a CCPR/C/79/ Dodatak 50, 7. aprila 1995. godine, Komitet za ljudska prava iz-ražava zabrinutost zbog „nedostatka efikasnih mera (u SAD) kojima bi se omogućilo da lica u nepovoljnom položaju, koja su optužena za teška krivična dela, a naročito pred državnim sudovima, zastupa kompetentni branilac; U Izveštaju Komiteta za ljudska prava (A/46/40), 1991. godina, str. 248, a povodom predmeta Kelly protiv Jamajke (253/1987), 8. aprila 1991. godine, iznosi mišljenje, u slučaju kada je branilac zastupao optuženog u žalbenom postupku, da je efikasna pravna pomoć trebalo da obuhvati konsultovanje i obaveštavanje optuženog o nameri branioca da povuče žalbu ili obrazlaganje nedostatka osnova za žalbu.

⁵¹ Pravično suđenje, Fond za humanitarno pravo, op.cit., str. 140.

⁵² Opšti komentar 13, para. 9, Komiteta za ljudska prava.

u slučaju Constitutional Rights Project (u vezi sa Zamani Lakvota i drugih šest osoba) protiv Nigerije, Osmi godišnji izveštaj Afričke komisije za ljudska prava i prava naroda, 1994-1995. godina, ACHPR/RPT/8/Rev. I, konstatuje, u slučaju kada su branioci bili izloženi uznemiravanju i zastrašivanju do te mere da su bili prinudene da se povuku sa suđenja koje se nastavilo, a optuženi su bili osuđeni na smrt, da su optuženi bili lišeni prava na odbranu kršenjem člana 7 (1) (c) Afričke povelje. U cilju ostvarivanja slobode zastupanja klijenata od strane branioca, Vlade moraju da se postaraju da braniocima, zbog toga što zastupaju svoje klijente, ne poistovećuju sa ciljevima i delima njihovih branjenika.⁵³ U Izveštaju specijalnog izvestioca UN-a o Ujedinjenom Kraljevstvu, Dokumenti UN-a, 1998/39/Dodatak 4, para. 25. mart 1998. godina, specijalni tužilac je izrazio zabrinutost, po pitanju nezavisnosti sudija i advokata, zbog toga što je policija u Severnoj Irskoj poistovetila advokate koji su zastupali optužene za dela u vezi sa terorizmom, sa delima njihovih klijenata i što se umešala u odnos branilac/branjenik za vreme ispitivanja, postavljajući pitanja o integritetu i profesionalizmu branilaca. On je zaključio da je uznemiravanje i zastrašivanje advokata od strane Rojal Alster (Royal Alster) oficira, bilo stalno i sistematsko. Specijalni izvestilac smatra da je ubistvo branioca optuženih za krivična dela u vezi sa terorizmom, kome su pripadnici snaga bezbednosti pretili za vreme ispitivanja njegovih klijenata, imalo „poražavajući efekat“ na pravničku profesiju, te da je dodatno narušilo poverenje javnosti u pravni sistem.

Summary

The right to defence is one of those most important human rights, which means the right of the defendant or accused to defend himself alone or with the assistance of counsel. Numerous international, regional, and national standards, provide guarantees every person who is accused of a crime, to defend himself, to have counsel of his own choice, or he is assigned with the counsel by ex officio. Basically, this law sets the principle of equality in front of the law, and the fact that the defendant has the prosecution against himself, expert government body in charge of the prosecution, and his case is discussed and decided by the professional state body, court. So for these reasons, the defendant should be allowed to have a professional helper, free and qualified. Need to prescribe and guarantee the rights of the defence lies in the repressive properties of criminal law, the severity of punishing results, expressed through sanctions, reasons based on the assumption that the defendant is guilty, and when he has legal training, he is not able to provide personal defence adequately.

⁵³ Princip 18 Osnovnih principa o ulozi advokata; Inter-američka komisija, u svom Izveštaju broj 27/94 (Predmet 11.084), Serija L/VII.88, dokument 9, rev. 1995, smatra da zlonamerna i neosnovana povezivanja branioca sa nezakonitim aktivnostima za koje je njegov branjenik bio optužen, predstavljaju „pretnju slobodnom izvršavanju pravne profesije i kršenje jedne od osnovnih garantija sprovođenja pravde i vladavine prava, prava na odbranu.

The right to defence includes the right of the defendant or the accused to defend himself, to determine the counsel to defend him or to put attorney in the line of duty, in case the accused does not have sufficient funds to pay for legal assistance, and the interests of justice require so. Freedom of choice of counsel by the defendant or the accused may be excluded by law or in cases of violation of professional ethics or rules of court proceedings by counsel.

Defendant's right to defend himself, only applies in cases that the interests of justice don't require otherwise, or placing counsel in the line of duty when there are legal reasons.

The defendant may choose his counsel immediately upon first hearing, especially when he is taken into the custody. Also, there is an obligation of the competent state authorities to inform every person arrested, detained or charged that they have right to a lawyer, as soon as possible. This ensures smooth and confidential communications between the defendant and counsel at every stage of the proceedings, especially when the defendant is arrested. This right means a seamless and confidential communication and before the first examination of the defendant during the period of detention, providing only visual but not auditory control of the conversation between counsel and the defendant arrested or detained. This communication must be devoid of acts of intimidation or interference in any other way to work with the defence of any party or counsel must be allowed to freely, without restrictions, undue influence or pressure, represent a client in accordance with professional standards.

ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА И КОНТРОЛА ПОЛИЦИЈЕ И БЕЗБЕДНОСНО-ИНФОРМАТИВНЕ АГЕНЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Сретен Југовић*

Апстракт: Установљавањем омбудсмана, тј. Заштитника грађана, Република Србија се сврстала у ред огромне већине савремених држава које имају ову институцију. Будући да је, према владајућем теоријском схватању, извештај омбудсмана најмоћније средство његовог деловања, у раду је након обрађивања положаја и надлежности, извршена анализа извештаја Заштитника грађана за 2009. и 2010. годину, с посебним освртом на примедбе које се односе на делатност полиције и Безбедносно-информативне агенције. Супротно размишљању појединих аутора који се залажу за увођење специјализованог, полицијског омбудсмана, овде се, након анализе извештаја закључује да то у овим условима још увек није потребно и да је један омбудсман општег типа довољан.

Кључне речи: омбудсман; Заштитник грађана; контрола полиције; извештај.

УВОД

Као облик спољне контроле управе, у правној пракси већине држава усталио се и омбудсман. Овај орган, под овим називом, започео је свој развојни пут пре два века у Шведској, када је установљен Уставом од 1809. године.¹ Другу половину XX века карактерише права „омбудсманија“, почев од 50-их година, када је омбудсман отпочео рад и у Данској. Под утицајем скандинавских земаља ова институција уведена је на крају 20. века у око 130 држава, како

* Др Сретен Југовић, доцент Криминалистичко-полицијске академије у Београду

¹ Јовичић, М., *Омбудсман - чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969, стр. 10. Као претеча омбудсмана у Шведској је од 1713. године постојао канцелар правде ради контроле рада државних службеника.

англо-саксонског, тако и европско-континенталног правног система.² У Великој Британији омбудсман постоји од 1967, док у САД не постоји омбудсман у федерацији, него у 39 од укупно 50 федералних јединица.³ Такође, у Европској унији, омбудсман постоји од 1995, а предвиђен је и споразумом у Мастрихту 1997. Разуме се, омбудсман постоји у готово свим државама чланицама ЕУ. Поред општег омбудсмана, у неким земљама установљени су и изведени, специјализовани омбудсмани (војни омбудсман, полицијски омбудсман, затворски омбудсман, дечији омбудсман, порески омбудсман, омбудсман за заштиту личних података и сл.), а у већини земаља омбудсман има заменике који су надлежни за поједина специјализована питања контроле. У погледу организације преовлађује монархички принцип, тако да је омбудсман најчешће инокосни орган. Обично представља уставну категорију, а негде само законску. Премда данас најчешће постоји под преовлађујућим, изворним шведским називом, омбудсман се неретко означава и као „заштитник грађана“ (нпр. у Србији, Квебеку, Хаитију) или народни, односно „парламентарни повереник“ (у државама у којима га бира парламент). Заједно са бројним другим институцијама, средствима, врстама и облицима, чини читав арсенал контроле управе и полиције. Иако нема мериторна овлашћења у вршењу контроле управе, његов значај је неоспоран, јер представља својеврстан облик контроле управе, и то посредно управне делатности, а више целокупне делатности јавне управе. Он „ни у једној земљи не може нити да укине односно измени неку одлуку коју сматра незаконитом, неправилном, погрешном и сл., нити да надлежном органу нареди поновно разматрање случаја у циљу измене одлуке“.⁴ Јер, као што каже проф. Р. Марковић: „Његова делатност и његов ауторитет произлазе из његове везаности за парламент и јавност којима се обраћа с указивањем на примере повреде права грађана и из његовог уставног положаја независне институције која сама мериторно не одлучује о повреди грађана, али зато може покренути поступак за мериторно одлучивање о њиховој повреди пред надлежним органима. Омбудсман не може да касира и мења акте управе, нити да кажњава управне службенике. Он може само да указује (у свом извештају, или у обраћању јавности - С.Ј.) на недостатке првих и да предложи кажњавање других. Омбудсманова овлашћења су да поучава, препоручује, предлаже и да врши притисак, док су искључена овлашћења да одлучује, да поништава, да

² Овај податак наводе Милков Д. и Давинић М. (2007), док Петровић М. сматра да на крају 20. века омбудсман постоји у преко 100 држава (2006). Томић З. наводи да данас (2009) омбудсман постоји у више од 150 држава (често има више омбудсмана у истој држави). Разлике у броју се појављују, дакле, како због различитог времена настанка радова о овој теми, тако и због ширења ове институције, посебно због појаве специјализованих омбудсмана. Видети: Милков, Д., Специјализовани омбудсмани, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2007, стр. 101-121; Давинић, М., Значај институције омбудсмана за правни систем, Правни живот, бр. 10/2007, стр. 717-727; Томић, З., Опште управно право, Београд, 2009, стр. 57.

³ Марковић, Р., *Управно право*, Београд, 2002, стр. 502.

⁴ Јовичић, М., *op. cit.*, стр. 37.

мења“.⁵ Он не располаже класичним прерогативима државне власти. Суштина ове институције „нису правни, него морални ефекти његове интервенције“.⁶ Стога он се не бави жалбама у правном смислу речи, већ притужбама на рад управе, а ауторитет му, поред функције коју обавља даје и углед његове личности. Наиме, у погледу услова за омбудсмана најчешће је навођена формулација из шведског Устава – то мора бити „правник доказаних способности и истакнуте честитости“.

Омбудсман је заштитник грађана од лоше, рђаве управе, с једне, и истовремено заштитник (промотор) људских права, са друге стране.

ЛОША И ДОБРА УПРАВА

Лоша управа (*maladministration*) је средишњи појам у активности омбудсмана, јер је примарна сврха ове институције заштита грађана од лоше управе. Међутим, данас је уз то, омбудсман еволуирао и у заштитника људских права. Појам лоша управа настао је, пре свега, у Великој Британији.⁷ У теорији су, по питању појма лоше управе присутна два супротстављена гледишта. Једна група теоретичара сматра да треба дефинисати појам лоше управе, а друга, да то није неопходно, штавише и да је погрешно и штетно, јер каталог случајева бирократске патологије је неисцрпан, а и мења се у складу са укупним променама. У сваком случају, позитивно одређење лоше управе треба да задржи отворен карактер. Тако је Европски омбудсман у свом извештају за 1997. годину, усвојио оквирну дефиницију лоше управе, коју је потврдио Европски парламент, а која гласи: „Лоша управа се јавља када надлежни орган не успе да делује у складу са правилом или принципом који га обавезује“.⁸ У ствари, овај појам поред саме законитости одлуке, тј. управног акта и/ли управне радње (формална и материјална законитост) обухвата и испитивање ваљаности самог закона и других прописа, тј. њихове коегзистентности и квалитета. Свакако, примена неке нецелисходне законске одредбе, која је обавезујућа док се не промени, је законита, али може бити неправедна, па и излишна, чак и штетна. То подручје је ван домашаја правне контроле, те омбудсман ту може бити од помоћи, може предложити (иницирати) измену таквих одредаба, или односног прописа у целини. Лоша управа је свако незаконито, неправилно, неправедно,

⁵ Марковић, Р., *op. cit.*, стр. 499.

⁶ Исто. (N. Herlitz, *Elements of Nordic Public Law*, Stockholm, 1969, стр. 194).

⁷ О појму лоше управе видети: Давинић, М., *Појам лоше управе*, Правни живот, број 10, Београд, 2008, стр. 717 – 731.

⁸ Исто, стр. 719. Како се види, правила, као и принципи, нису само правни. Право је одређујуће за поступање омбудсмана, јер он брине о законитости, али су то и правичност, праведност, легитимност, целисходност, разумност одлука, дакле контролишу се активности управе које нису само и строго правног карактера.

неетично доношење управних аката и вршење управних радњи, али и свако нехајно понашање, одуговлачење, произвољност, односно поступање управе које није фер, ефикасно и љубазно у најширем смислу речи.

Антипод лошој управи је добра управа (good administration). Добра (квалитетна) управа делује у складу са очекивањима корисника њених услуга. Свакако и овај појам надилази законитост и протеже се на ефикасност, легитимитет и отвореност јавне управе оличене у јавним службеницима. И Европски суд правде у једној својој пресуди бавио се утврђивањем овог појма. „Када судови утврђују да је нешто потребно урадити у складу са добром управом, они то раде јер не постоји прецизно правно правило...“.⁹ На овај начин, принципи који нису прокламовани правним актима, као и они који су прокламовани, али нису заштићени предвиђеном санкцијом, постају њихова допуна, представљају тзв. „меко право“, због одсуства правне санкције.¹⁰ Тако, добра управа постаје саставни део управне, па и судске праксе. То је идеал којем управа треба непрестано да тежи. Наш Закон о заштитнику грађана прокламује добру управу (члан 25, став 5), а номенклатура принципа добре управе, са становишта Заштитника грађана аналитички се одређује.¹¹

ПОЛОЖАЈ И НАДЛЕЖНОСТИ ОМБУДСМАНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У Републици Србији је Законом о заштитнику грађана од 2005. године¹², установљен општи тип омбудсмана, за целокупну територију Републике Србије. Први пропис у којем се помиње институција омбудсмана јесте Закон о локалној самоуправи (члан 126), а први омбудсман изабран је на основу омнибус Закона, Покрајински омбудсман у Војводини, 2003. године.

Заштитник грађана има две класичне функције: стара се о заштити и унапређењу права грађана (члан 1. став 2); контролише законитост и правилност рада органа државне управе и јавних служби (члан 17. став 2). Заштитник грађана има четири заменика који му помажу у обављању послова у оквиру овлашћења која им он пренесе, посебно води рачуна приликом делегирања овлашћења да се обезбеди одређена специјализација за обављање послова из надлежности Заштитника грађана нарочито у погледу заштите права лица лишених слободе, равноправности полова, права детета, права припадника националних мањина и права особа са инвалидитетом.

⁹ Давинић, Марко, *Појам лоше управе*, стр. 722.

¹⁰ Исто.

¹¹ Видети: Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, бр. 48-100-3585/10, стр. 19, 20.

¹² „Службени гласник Републике Србије“, број 79/2005 и 54/2007.

Заштитника грађана бира Народна скупштина Републике Србије на предлог Одбора за уставна питања, на период од пет година и исто лице може највише два пута бити бирано на ову функцију. За избор, као и за разрешење потребна је већина гласова свих народних посланика (Устав Републике Србије, члан 105, тачка 14). У погледу услова за избор законодавац се држао преовлађујућих строгих упоредних решења. За Заштитника грађана може бити изабран држављанин Републике Србије, који је дипломирани правник, са најмање десет година искуства на правним пословима који су од значаја за обављање послова из надлежности Заштитника грађана; потребно је да има високе моралне и стручне квалитете; и да има запажено искуство у заштити права грађана. Такође, прописани су слични услови и за заменике заштитника грађана. Заштитник грађана и његови заменици пре ступања на дужност полажу заклетву, чији текст је законом утврђен. Они не могу бити чланови политичких организација. Заштитник грађана може бити разрешен у три случаја наведена у закону, а један се односи на нестручно и несавесно обављање функције (члан 12). Разрешава га Народна скупштина, а потребна већина је иста као и за избор. С том функцијом неспојиво је обављање сваке друге јавне функције или професионалне делатности, као и обављање друге функције или посла који би могао утицати на његову независност. Ужива имунитет као и народни посланик.

Односи између Заштитника грађана и Покрајинског омбудсмана и Грађанског браниоца у локалној самоуправи заснивају се на међусобној сарадњи, у оквиру законом утврђених надлежности, дакле између њих не постоји хијерархијски однос. Уређено је поступање Заштитника грађана у случају надлежности омбудсмана аутономне покрајине, односно омбудсмана јединице локалне самоуправе.

Када је реч о надлежностима и о поступку контроле заштитника грађана, углавном преовлађују овлашћења позната у упоредном праву. Према Закону, „Заштитник грађана је овлашћен да контролише законитост и правилност рада органа управе“ (члан 17, став 2). Само што он, у начелу, више контролише целисходност, јер законитост и правилност контролише орган који решава по жалби у управном поступку, односно Управни суд у управном спору, у правом смислу речи. Институција заштитника грађана омогућује да се грађани заштите од шиканирања, административних неправди, спорости у решавању, некоректног односа и сл. Према нашем закону, „Заштитник грађана није овлашћен да контролише рад Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда, судова и јавних тужилаштава“ (члан 17, став 3).

Заштитник грађана остварује заштиту права грађана и контролу државне управе у поступку по притужби или по сопственој иницијативи, а може и превентивно да делује. Притужбу може поднети свако физичко или правно лице, које сматра да су му актом, радњом или нечињењем органа управе повређена права. Значи, према Закону подносилац мора имати личну легитимацију. По

правилу, не поступа се по анонимној притужби (она може бити основ за поступање по сопственој иницијативи), а правило је и да се не разматрају притужбе ако претходно нису исцрпљена сва правна средства за заштиту права.

Уколико заштитник грађана притужбу не одбаци, због неког од наведених разлога, започиње испитивање (истрага) односног случаја из притужбе. Исход поступка може бити различит. Уколико се утврди да не постоје никакве повреде, поступак се завршава без критике органа управе, што је својеврсно одбијање притужбе. С тим у вези, орган управе је обавезан да одговори на све захтеве Заштитника грађана, као и да му достави све тражене информације и списе у року који он одреди (15 – 60 дана). Након утврђивања свих релевантних чињеница и околности, ако нађе да су постојали недостаци у раду органа управе, упутиће препоруку органу о томе како би уочени недостатак требало отклонити. Орган управе дужан је да најкасније у року од 15-60 дана обавестити Заштитника грађана о томе да ли је поступио по препоруци и отклонио недостатак, односно да га обавести о разлозима због којих није поступио по препоруци. Најзад, ако орган управе не поступи по препоруци, Заштитник грађана може о томе да обавести јавност, Скупштину и Владу, а може и да препоручи утврђивање одговорности функционера који руководи органом управе. Има право да препоручи разрешење одговорног функционера, да иницира покретање дисциплинског поступка, као и да поднесе пријаву за покретање кривичног, односно захтев за покретање прекршајног поступка.

Поред теоријских и законских текстова о омбудсману, правну природу и карактер ове институције одражава и сам редовни годишњи извештај о раду и о стању људских права, који омбудсман подноси парламенту и јавности. Штавише, то је и најмоћније средство његовог деловања у западним демократијама.

ПОЛИЦИЈА У ИЗВЕШТАЈУ ЗАШТИТНИКА ГРАЂАНА ЗА 2009. И 2010. ГОДИНУ

Као што је познато, посебно подручје јавне управе представља полиција. Делокруг унутрашњих послова је импозантан, разнолик, а полицијске надлежности бројне су и разноврсне. Најзначајнији део делатности полиције је ауторитативан, остварује се применом полицијских и других овлашћења полиције, која су у корелативности са уставним слободама и правима. Стога је контрола полицијске делатности једно од најважнијих питања правне државе и владавине права. Због тога се контроли у целини у већини држава придружује и омбудсман применом својих надлежности, које су, додуше, ограниченог домашаја. При том, правило је да полицијску делатност контролише општи омбудсман тамо где постоји, а изузетно постоје и специјализовани полицијски омбудсмани, нпр. у Северној Ирској, бразилским државама, Перуу, Израелу.¹³ У овом чланку

¹³ Милосављевић, Б., *Грађански надзор над полицијом – могући модел за Србију*, Београд, 2004, стр. 94 – 98.

под полицијом се подразумева, пре свега полиција МУП-а Републике Србије, као и Безбедносно-информативна агенција (БИА).

Тако се у исцрпном извештају о раду Заштитника грађана за 2010. годину¹⁴, поред осталог каже: „Свака друга притужба Заштитника грађана односи се на ћутање администрације, спорост, неусклађеност процедура, очигледно погрешну примену закона и друга кршења начела добре управе“.¹⁵

Међутим, Заштитник грађана у предметном Извештају неоспорно излази изван уобичајеног оквира и фриволно закључује да „ни један од зацртаних циљева реформе државне управе (деполитизација, рационализација, професионализација, модернизација) није до краја постигнут, а остваривање неких суштински није ни почело“. Тако, Заштитник грађана илуструје своје „знање“ о реформи јавне управе, пренебрегавајући да реформа управе није ствар тренутка и да она никад није и не може ни бити завршена, већ је перманентна. Непрекидно се тежи побољшањима управе, тј преиспитује се њена делотворност и прилагодљивост новонасталим околностима. Према томе реформа управе је једна константа. Надаље, Заштитник грађана наводи малициозни цитат из једног есеја¹⁶, према којем је „гломазни, неефикасни, непрофесионални, корумпирани и апсурдно скупи бирократски апарат, са 30 хиљада вишка запослених природан савезник неспособне, похлепне и криминогене власти, у рату који воде против властитих грађана“.¹⁷ Будући да у Републици Србији није рађена функционална анализа јавне управе, није познато како је омбудсман дошао до рачунице да има 30 хиљада вишка запослених у јавној управи. Ова паушална, исполитизована и острашћена квалификација, чини се непримерена је извештају омбудсмана као државног органа и стварном стању управе и нипошто не доприноси јачању поверења и угледа омбудсмана у Републици Србији.

Чини се да Заштитник грађана греши и када каже: „Орган управе не сме и не треба да због ‘ћутања администрације’ упућује странку на остваривање свог права у управном спору подношењем тужбе Управном суду“.¹⁸ Тако омбудсман „подучава“ органе управе да игноришу прокламовано начело пружања помоћи (неукој) странци из Закона о општем управном поступку (члан 15). Управо је код ћутања управе значајно подучити странку на могућност и услове за вођење управног спора у случају ћутања управе, јер кад „управа ћути“, странка нема одакле (непостојећи управни акти) да се обавести о правном средству које може користити за остваривање својих права.

¹⁴ Редован годишњи Извештај Заштитника грађана за 2010. годину, бр. 48 – 220/11, од 15.03.2011. године. У овом Извештају истиче се да се 8500 грађана обратило Заштитнику грађана, а поднесено је 2600 формалних притужби.

¹⁵ Исто, стр. 20.

¹⁶ Љиљана Татић, „Реформа јавне управе“, Београд, 2010.

¹⁷ Исто, стр. 21.

¹⁸ Извештај (2010), стр. 41.

Полиција је, разуме се и због ширине свог делокруга и надлежности (делатности), и због неизбежног додира са слободама и правима, свакако била предмет контроле омбудсмана у Републици Србији, тако да се помиње у анализираним извештајима (за 2009. и 2010. годину) на више места. Битно је издвојити неколико ствари. Пре свега, Заштитник грађана је због насиља у породици, покренуо и спровео 29 поступака контроле центара за социјални рад и полиције по сопственој иницијативи, у области равноправности полова. Том приликом уочени су недостаци, који се тичу сарадње између ових субјеката. Наиме, „Полицијске управе би морале да сазнања полицијских позорника о постојању породичног насиља на терену неодложно проследи центрима за социјални рад, као и обрнуто“. Заштитник грађана је нагласио да, када је реч о сарадњи „Изузетак је устаљена сарадња МУП-а и центара за социјални рад у поступцима заштите деце од злостављања и занемаривања“. ¹⁹ Такође, каже се да је потребно јасно и прецизно дефинисати сарадњу како би превенција била ефикасна. ²⁰ Подсећања ради, сарадња је већ уређена Законом о полицији, као и Законом о државној управи, а ближе разрађена подзаконским прописима, и инструкционим актима. Стога је треба унапређивати и остваривати у свакодневном обављању послова заштите безбедности грађана, па и у области заштите равноправности полова. Посебно је повезана са питањима руковођења и одговорност за (не)сарадњу носе руководиоци у полицији (као и руководиоци центара за социјални рад). То је, дакле, више фактичко питање (питање руковођења) него нормативно питање. Потписани протоколи о сарадњи, као што сама реч каже, више имају протоколарни значај. Сарадња треба да је ефективна, а не протоколарна.

Затим, када је реч о слободи окупљања грађана, поред мноштва свакодневних јавних скупова који су одржани и који се одржавају у Београду и на целој територији Републике, омбудсмановој критици подвргнуто је отказивање „параде поноса“, која је требало да се одржи септембра 2009. године, а што је квалификовано као повреда права сексуалних мањина. Међутим, полиција је одговорна за остваривање слободе окупљања и она може у складу са Уставом и Законом (о окупљању грађана) да забрани одржавање јавног скупа само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије (члан 54. став 4. Устава Републике Србије). У пракси се ова слобода (окупљања) несметано реализује, а полиција забрану („трајну“ и привремену) строго рестриктивно користи, у складу са законом, у зависности од процене безбедносне ситуације конкретног окупљања. То значи да се слобода мирног окупљања несметано реализује, непосредно на основу Устава. Очигледно, нису се били стекли (друштвени) услови за одржавање тзв. параде поноса, због чега се не може полиција огласити одговорном, чак и да је забранила њено одржавање, што је имала право, а није. Јер полиција мора да

¹⁹ Исто, стр. 46.

²⁰ Извештај (2009), стр. 15.

штити безбедност свих, како учесника скупа, у овом случају учесника параде поноса од противдемонстраната који врше насиље, тако и безбедност и права других. Због тога полиција има право да донесе одлуку (решење) о ограничењу слободе мирног окупљања и, да то своје решење непосредно и изврши, поштујући законитост, сразмерност и ефективност. Она мора увек законито и правилно да поступа, али и да омогући мирно коришћење уставног права на мирно окупљање.

Такође, у извештају (2009) се истиче да је Заштитник грађана поступао у 1980 случајева, од тога поступао је по 1774 притужбе, а у осталим случајевима по сопственој иницијативи. Заштитник грађана је посебно успешно сарађивао са МУП-ом, на чији рад је примио највише притужби грађана (198), али је то министарство благовремено одговарало и реаговало у смислу отклањања неправилности на које је указано.²¹ Полазећи од тога упућено је МУП-у неколико препорука које се тичу примања захтева за издавање личних докумената, будући да се највећи број притужби односи на то, а МУП је највећи број препорука и спровео. МУП је током 2009. (као и 2010. и 2011. године) спроводио опсежан посао замене личних докумената грађана, а већи број пропуста проистекао је и због објективних тешкоћа (нове личне карте и пасоши, недовољан број фото боксова и запослених, неадекватан простор за пријем и обраду захтева, лоша компјутерска опрема).²² Заштитник грађана је накнадно извршио контролу рада 92 полицијске станице у низу градова и општина и утврдио да МУП није у потпуности предузео све мере које би омогућиле адекватне услове за пријем захтева грађана. Значајно је да је та контрола у значајној мери спроведена и преко Покрајинског омбудсмана и омбудсмана локалних самоуправа, тамо где су изабрани. Уследила је додатна препорука по којој је МУП поступио. Овде су омбудсманове примедбе основане и треба обезбедити услове за ефикасније обављање послова издавања јавних исправа из надлежности МУП-а.

Од осталих података из извештаја вредно је споменути још мишљења да право на држављанство, тј. поступци одлучивања о држављанству, сувише дуго трају; затим кршење права лица лишених слободе (ово је по нашем закону посебна област за коју је задужен специјализовани заменик), како због пренасељености затвора и установа за издржавање казне затвора, тако и због појединачних мучења и тортура; затвореници су беспослени, па је препорука да се уведе друштвено користан рад или рад у јавном интересу; Заштитник грађана је поступао у 98 случајева из области права лица лишених слободе - највећи број притужби односи се на рад затвора (29), КПЗ (36), судове (10), МУП (6), Министарство правде (12), УИКС (2); указује се да притвор сувише дуго траје и да је то у пракси казна без суђења; омбудсман је упутио препоруку Дирекцији полиције – Управи криминалистичке полиције (УКП), јер су у поступку

²¹ Исто, стр. 67.

²² Исто, стр. 74-78.

контроле утврђене неправилности приликом лишавања слободe, спровођења, пружања медицинске помоћи и предаје суду деветорице грађана албанске националности у Прешеву. Недостаци се огледају у повреди уставних гаранција човечног поступања према лицима лишеним слободe и уважавања достојанства њихове личности, као и забрани сваког насиља према њима, а прекршена је и одредба о задржавању до 48 часова, после чега лице мора бити предато суду или пуштено на слободу;²³

Током 2010. године Заштитник грађана није утврдио значајније пропусте који се односе на уставне гаранције о правима задржаних и лица лишених слободe. У пракси су права задржаних лица на браниоца, употребу матерњег језика, телефонски позив породици, здравствени преглед, као и на предају надлежном суду најкасније у року од 48 сати успешно реализована. Али проблем је идентификован у вези са недостатком просторија и са безусловним и неодговарајућим просторијама за задржавање у појединим полицијским станицама (поједине просторије су потпуно безусловне, мале, ниске, без природне светлости, непроветрене, без грејања, без тоалета, без контроле путем видео надзора).²⁴

Такође, омбудсман је похвалио МУП да води рачуна о националним мањинама приликом запошљавања.²⁵ За похвалу је и то што МУП није на списку органа који нису поступили по препорукама ЗГ.²⁶

БЕЗБЕДНОСНО-ИНФОРМАТИВНА АГЕНЦИЈА (БИА) У ИЗВЕШТАЈУ ЗАШТИТНИКА ГРАЂАНА²⁷

Заштитник грађана је почетком 2010. године посетио БИА-у. Ова посета се може слободно означити историјском, а чини се да јој је то и био циљ. Реч је о превентивној контролној посети, која је, у складу са законом, обухватила разговор са руководством и службеницима БИА, увид у просторије и документацију и посебно посету Централном евиденционом регистру. Општа оцена гласи: „На основу увида у Централни евиденциони регистар и документацију коју БИА чува о случајевима у којима је применила неку од посебних метода, мера или радњи, односно средстава којима се задире у поједина гарантована људска права, као и на основу изјава руководства и дела припадника Агенције, може се закључити да се БИА, када у свом раду ограничава поједине слободe и права грађана гарантоване Уставом Републике Србије, придржава позитив-

²³ Извештај, стр. 33.

²⁴ Извештај (2010), стр. 56.

²⁵ Исто, стр. 59.

²⁶ Исто, стр. 79, 80.

²⁷ Извештај Заштитника грађана о превентивној контролној посети Безбедносно-информативној агенцији са препорукама и мишљењима, бр. 44-26/2010, од 16.02.2010.

ноправних прописа. Начин на који је организовано документовање примене посебних поступака и мера такав је да би евентуална злоупотреба била забележена, а починиоци злоупотребе би се могли идентификовати.

Постоји, вели Заштитник грађана потреба и могућност да се унапреди заштита и поштовање људских права и слобода које могу бити ограничене радом Агенције, и то на нивоу: 1. законских прописа; 2. подзаконских аката; 3. процедура које се примењују у раду Агенције.²⁸

Заштитник грађана је упутио Агенцији непосредно шест препорука и још неколико њој и другим државним органима. Примера ради, прва гласи: „Приликом предлагања и одлучивања о примени мера потребно је да Агенција тражи само примену оних или оне мере за коју се може очекивати да ће довести до резултата, а не свих расположивих мера. Тако, акт Агенције којим се тражи наредба, односно одлука о примени мера требало би да конкретизује мере чија се примена оцењује неопходном и зато захтева, нпр. у складу са разврставањем какво је већ начињено у унутрашњим актима Агенције.“²⁹ Како се види, ова препорука је исувише уопштена, у ствари подсећа на начело сразмерности и законитости, што је већ уређено законом, тако да она није од неког нарочитог значаја.

И преосталих пет не заслужује већу пажњу. Што се тиче осталих препорука Заштитника грађана датих како БИА, тако и другим органима, две заслужују озбиљнију анализу, што би превазишло границе овог рада. Једна препорука каже: „При сачињавању радног текста будућег закона о БИА требало би изоставити могућност да БИА почне са применом мера без одлуке суда, већ са претходном писменом сагласношћу председника Врховног касационог суда, односно овлашћеног судије (чл. 15. Закона о БИА). Заштитник грађана уверења је да модерна средства обраде текста омогућавају председнику Врховног касационог суда да донесе одлуку о примени мера у надлежности БИА у истом временском року који је потребан за писање одобрења, те да је поменута законска одредба непотребна и стога неодржива; у међувремену, Агенција би, каже, требало да настави да се уздржава од тога да од председника Врховног касационог суда тражи писмено одобрење уместо одлуке о примени мера“. Овде је, у ствари, реч о домишљатости законодавца, јер је искористио пуни уставни капацитет, па предвидео и одобрење, будући да је правна природа одлуке суда којом се налажу мере нејасна. У сваком случају „модерна средства обраде текста“ нису разлог да ова одредба не постоји и *de lege ferenda*, већ то евентуално може бити устав.

Друга препорука односи се, начелно, на питање прикупљеног материјала мерама, тј. да ли утврђени подаци ради заштите државе могу послужити и као доказ у кривичном поступку. Наиме, каже се „потребно је са правним струч-

²⁸ Исто, стр. 8.

²⁹ Исто, стр. 12.

њацима размотрити основаност важећег тумачења, или оправданост таквог законског решења ако је важеће тумачење једино могуће, које предвиђа да се подаци прикупљени по одлуци председника Врховног касационог суда не могу користити у сврхе кривичног прогона. Заштитник грађана сматра да треба узети у обзир чињеницу да Устав у члану 42. прописује да се лични подаци, поред сврхе за коју су прикупљени, могу користити и за потребе вођења кривичног поступка или за заштиту безбедности Републике Србије, те да нижим правним актима или њиховим тумачењима не би требало ускраћивати могућност да подаци прикупљени по одлуци председника Врховног суда, дакле у складу са законом, буду коришћени као доказ у кривичном поступку.“ И овде је, чини се, Заштитник грађана контрадикторан са својом првонаведеном препоруком, тј. сврхом мере, или како он каже „конкретизацијом мера“. А сврха може бити заштита безбедности Републике и/или вођење кривичног поступка. Сврха (разлог) и циљ мера су уставна и законска категорија, а овлашћење мора бити примењено у складу са сврхом (циљем). Да би се прикупљени подаци могли користити као доказ у кривичном поступку, то мора бити *ex lege* утврђено, дакле Законом о кривичном поступку (ЗКП). Друго, овде је реч о заштити личних података, тј. њиховом прикупљању, обради и коришћењу у складу са законом.

Најзад, мишљења омбудсмана дата председнику Врховног касационог суда, истражним судијама и Народној скупштини излишна су, јер он њих не контролише према Уставу (члан 138. став 2).

ЗАКЉУЧАК

Република Србија се, законским увођењем Заштитника грађана од 2005. године (и његовим именовањем 2007), сврстала у ред већине земаља које имају омбудсмана. Концепцијски гледано, реч је о омбудсману општег типа, са класичном улогом коју има омбудсман – заштитник је грађанских слобода и права и облик спољне контроле управе. Такође, овлашћења Заштитника грађана у Републици Србији мање-више подударају се са овлашћењима овог органа у упоредним системима.

Природа, карактер, па и значај омбудсмана, могу се спознати и анализом његовог најмоћнијег средства деловања – извештаја о раду и о стању људских права у односној држави. Први утисак који се стиче анализом извештаја Заштитника грађана у Републици Србији за 2009. и 2010. годину, јесте да они садрже превише литерарног текста о доброј и лошој управи, надлежностима Заштитника грађана, његовим „интерним“ активностима. Уопште, реч је о тексту неприкладне дикције и садржине, који свакако није афирмативан за јачање угледа омбудсмана. Штавише извештаји садрже местимично и непримерене констатације и квалификације, које увелико надилазе „фино подешавање“ (*fine tuning*) рада државне управе и „фину руку заштите грађанских права“. С друге

стране, полиција је била вишеструко предмет омбудсманове контроле и препорука током 2009. и 2010. године. Може се закључити да је полиција увек поступала по препорукама Заштитника грађана и да је сарадња између ових субјеката веома коректна, што је омбудсман на више места *explicite* потврдио.

У јеку скоро епидемиолошког ширења ове институције, па и специјализованих омбудсмана, неки аутори се, игноришући друштвене услове, без ваљане аргументације (нестрпљиво) залажу за увођење специјализованог, полицијског омбудсмана.³⁰ Чини се да би увођење полицијског омбудсмана било преурањено и нерационално и да не би потврдило очекиване ефекте. С обзиром на скромне ефекте делотворности установљеног општег омбудсмана требало би сачекати да се он у већој мери специјализује за контролу полиције и служби безбедности. За очекивати је и да ће у међувремену укупно стање грађанских права и управе да се још више побољша. До тада треба развијати ефективно остваривање људских права и ефективност и ефикасност управе „на свим пољима“, а постојећи Заштитник грађана, уз остале институције, установе, средства и поступке контроле, може ефективно да контролише и полицију и да се стара о остваривању грађанских права. Обим и садржај извештаја које је Заштитник грађана до сада поднео указују да за његов делотворнији рад у предстојећем периоду има још пуно неискоришћених могућности. Тек када се оне искористе, ваља размотрити потребу за институционалним променама и евентуалним увођењењем специјализованих омбудсмана, уместо омбудсмана општег типа, или поред њега.

THE OMBUDSMAN AND THE CONTROL OF THE POLICE AND THE SECURITY INFORMATION AGENCY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This paper focuses on the importance of Ombudsman to protect human rights and to control the administration. The author considers the development of Ombudsman institution, its legal status and its powers, principally in the Republic of Serbia, and points out also that, regarding from the legal and organizational point of view, there have been taken steps in reverse order while establishing this institution in Serbia. In fact, Ombudsman at the local self-governmental level was firstly introduced by the Law on Local Self-Government of the Republic of Serbia (2002),

³⁰ О томе видети: Милосављевић, Б., *Грађански надзор над полицијом – могући модел за Србију*, Београд, 2004; Дапчевић - Марковић, Љ., *Контрола полиције и полицијски омбудсман*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2008. (електронско издање); Радојевић, М., *Парламентарна контрола безбедносног сектора – полицијски и војни омбудсман*, Политичка ревија бр. 3, 2008, стр. 797-718.

but as optional, and shortly thereafter The Provincial Assembly of the Autonomous Province of Vojvodina adopted decision on the Provincial Ombudsman. Finally, Ombudsman was established by the Civic Defender Act (2005) at the state level, i.e. for the whole territory of the Republic of Serbia. The institution of Ombudsman was constitutionalized in 2006 by the Constitution of the Republic of Serbia (Article 138). Ombudsman's Report is also analyzed in this paper, especially complaints against the police forces of the Serbian Ministry of Interior and the Security Information Agency (BIA). Unlike some authors advocating for the Police Ombudsman, and following the analysis of this institution, we think that under the current circumstances there is no need to introduce it and that Ombudsman of common type is quite enough for the whole territory of the Republic of Serbia.

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис «Правна ријеч» објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
e-mail: info@ud-pr.org

Издавач:

Удружење правника Републике Српске

За издавача:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:

Мр. Игор Симановић

Припрема за штампу:

Нада Вуга

Драган Зељковић

Штампа:

ППГД “Комесграфика” Бања Лука

За штампарију:

Звонко Савић, дипл. правник

Тираж:

700 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је својим Рјешењем број 6-01-4741/04 од 24.09. 2004. године утврдило да је часопис “Правна ријеч”, у издању Удружења правника Републике Српске, публикација из члана 33 став 1 тачка 9 Закона о акцизама и порезу на промет, те не подлијеже опорезивању.