

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 33/2012

Година IX

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2012.

Година IX

Број 33/2012

ПРАВНА РИЈЕЧ



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:
Академик проф. др Снежана Савић,
академик проф. др Рајко Кузмановић,
академик 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, 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.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске је почетком 1996, а крајем 2003. године, 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 ОБЛАСТ	11
Међународно право	
Проф. др Витомир Поповић СПОРАЗУМ О ПИТАЊИМА СУКЦЕСИЈЕ СФРЈ КАО ИЗВОР МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА	13
Проф. др Валерија Шаула УНИФИКАЦИЈА КОЛИЗИОНИХ НОРМИ О УГОВОРИМА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ - САВРЕМЕНА КРЕТАЊА ..	25
Проф. др Александар Ћирић ТРЕТМАН „НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ“ У МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ ОДНОСИМА	41
Проф. др Радован Вукадиновић О ОБАВЕЗИ АКРЕДИТИВНЕ БАНКЕ ДА ИСПИТА ПОДНЕТЕ ДОКУМЕНТЕ	59
Проф. др Миомир Милојевић ЈОВАН ДУЧИЋ И ИВО АНДРИЋ У ДИПЛОМАТИЈИ	71
Проф. др Душанка Ђурђевић ИСКЉУЧУЈУЋА КЛАУЗУЛА У МЕЂУНАРОДНИМ УГОВОРИМА У ОБЛАСТИ САОБРАЋАЈА	101
Проф. др Филип Турчиновић ЈЕДНАКОСТ ПОЛОВА У ПРАВУ ЕУ	117
Проф. др Маја Станивуковић ДОМАЋИ УЛАГАЧ КАО ТУЖИЛАЦ У МЕЂУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОНОМ СПОРУ	127

Проф. др Миле Рачић, др Сениша Домазет
ПОВРАЋАЈ НЕЗАКОНИТЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ
У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ145

Доц. др Јелена Ђеранић
ПАТЕНТ УНИЈЕ: АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ПЕРСПЕКТИВЕ157

Др Невенко Врањеш, мр Матеј Савић
ЗАКОНОДАВНА И ИЗВРШНА ВЛАСТ У ПОСТУПКУ
ЗАКЉУЧЕЊА МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА173

Др Тијана Шурлан
УТИЦАЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНИХ
КРИВИЧНИХ СУДОВА НА ПОИМАЊЕ
МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА193

Његослав Јовић, дипл. правник мастер,
Милан Милковић, дипл. правник мастер
СТАЛНЕ ДИПЛОМАТСКЕ МИСИЈЕ
КАО ОБЛИК ПРЕДСТАВЉАЊА ДРЖАВА
ПРИ МЕЂУНАРОДНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА211

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ227

Материјално кривично право

Проф. др Весна Вучковић:
ОДГОВОРНОСТ САУЧЕСНИКА229

Проф. др Драган Јовашевић
КОРПОРАТИВНО КРИВИЧНО
ПРАВО У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ241

Проф. др Снежана Соковић
САВРЕМЕНИ КАЗНЕНИ ПОПУЛИЗАМ:
УЗРОЦИ, ОДЛИКЕ И ПОСЛЕДИЦЕ263

Проф. др Љубинко Митровић, мр Николина Грбић-Павловић КАЗНА МАЛОЉЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	279
Др Зоран М. Стевановић, мр Јасмина Игачки КРИЗА ПЕНАЛНОГ СИСТЕМА - ОД ПРЕВЕЛИКИХ ОЧЕКИВАЊА ДО РАЗОЧАРЕЊА	291
Доц. др Вељко Икановић НОВЧАНА КАЗНА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	303
Проф. др Слободанка Константиновић Вилић, проф. др Миомира Костић РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА КАО ОБЛИК РЕАГОВАЊА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА С ДЕЛИНКВЕНТНИМ ПОНАШАЊЕМ	315
Дарко Димовски, Иван Илић РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА НА ПРИМЈЕРУ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	329
Проф. др Драгана Коларић КРИВИЧНО ДЕЛО ЗЛОУПОТРЕБЕ СЛУЖБЕНОГ ПОЛОЖАЈА	347
Проф. др Велимир Ракочевић ДЕЛИКТИ СЕКСУАЛНОГ ИСКОРИШЋАВАЊА И СЕКСУАЛНОГ ЗЛОСТАВЉАЊА ДЈЕЦЕ У ЦРНОГОРСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ	365
Др Златко Николић УБИСТВО ИЗ СТРАСТИ ИЗМЕЂУ ПРИВИЛЕГОВАНОГ И КВАЛИФИКОВАНОГ УБИСТВА	377

Mr Милимир Говедарица, Драгана Вујић
УПОРЕДНОПРАВНИ СИСТЕМИ ОДУЗИМАЊА
НЕЗАКОНИТЕ ИМОВИНЕ САГЛЕДАНИ КРОЗ
ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА387

Проф. др Бранко Вучковић
УГРОЖАВАЊЕ БЕЗБЈЕДНОСТИ
ВАЗДУШНОГ САОБРАЋАЈА409

Кривично процесно право

Академик проф. др Станко Бејатовић
СПОРАЗУМИ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И
ОКРИВЉЕНОГ И НОВИ ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ421

Проф. др Војислав Ђурђић
РЕВИЗИЈА ОСНОВНИХ ПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА НА КОЈИМА
ЈЕ УРЕЂЕН НОВИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ447

Проф. др Милан Шкулић
ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ВЕЛИКИХ УПОРЕДНИХ
КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ МОДЕЛА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА
РЕФОРМУ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ467

Академик проф. др Миодраг Н. Симовић
ПРЕКРШАЈНИ ПОСТУПАК У ОДЛУКАМА УСТАВНОГ СУДА
БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПИТАЊЕ
КРИВИЧНЕ ОПТУЖБЕ И ПРИНЦИП *NE BIS IN IDEM*487

Проф. др Драго Радуловић
ДА ЛИ СУ ИСКУСТВА У ЈЕДНОГОДИШЊОЈ ПРИМЈЕНИ НОВОГ
ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ЦРНЕ ГОРЕ ВЕЋ
ТРАСИРАЛА ПУТ ЊЕГОВИМ ИЗМЈЕНАМА И ДОПУНАМА515

Проф. др Саша Кнежевић
АНУЛИРАЊЕ ДЕЈСТВА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА
ИЗРЕЧЕНИХ МАЛОЛЕТНИЦИМА529

Проф. др Божидар Бановић и Миломир Веселиновић СПОРАЗУМИ О СВЕДОЧЕЊУ И СВЕДОК САРАДНИК	545
Проф. др Миле Матијевић, ма Скакавац Татјана РЕКОНСТРУКЦИЈОМ ДОГАЂАЈА ПРОВЈЕРАВАЈУ СЕ ПОСТОЈЕЋИ И ПРОНАЛАЗЕ НОВИ ДОКАЗИ О КРИВИЧНОМ ДЈЕЛУ И УЧИНИОЦУ	563
Доц. др Урош Пена, Драган Митровић ПИТАЊЕ ДОПУШТЕНОСТИ ИЛИ НЕДОПУШТЕНОСТИ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ОД СТРАНЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИТЕЉА	583
Доц. др Миле Шикман КРИМИНАЛИСТИЧКИ И КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПРИНЦИПИ КОРШЋЕЊА ИНФОРМАТОРА У СУЗБИЈАЊУ КРИМИНАЛА	599
Проф. др Срето Ного, проф. др Неђо Даниловић, Александра Даниловић НЕЗАВИСНОСТ СУДСКЕ ВЛАСТИ И ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ	623
Бранко Перић ПРАВДА, ОДГОВОРНОСТ И ДРУШТВЕНИ ЛЕГИТИМИТЕТ ПРАВОСУЂА	639
Мр Јелена Пајковић ВАЖНОСТ ИСКАЗА СВЈЕДОКА И НЕКИ АСПЕКТИ ЊЕГОВЕ ЗАШТИТЕ У СВЕТЛУ НОВОГ КРИВИЧНОПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ЦРНЕ ГОРЕ	649
Доц. др Владимир М. Симовић и др Марина М. Симовић МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД ЗА РУАНДУ: ИСТОРИЈА КОНФЛИКТА И ОСНИВАЊЕ	657

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА
ОБЛАСТ

СПОРАЗУМ О ПИТАЊИМА СУКЦЕСИЈЕ СФРЈ КАО ИЗВОР МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Проф. др Витомир Поповић*

***Апстракт:** Аутор у раду анализира Споразум о сукцесији имовине бивше СФРЈ, значај овог Споразума и његових Анекса за државе следнице и развој будућих политичко-економских односа по имплементацији овог Споразума.*

***Кључне ријечи:** Споразум о сукцесији, међународни уговор, Анекси Споразума, принцип реципроцитета, билатерални споразуми.*

Увод

Споразум о сукцесији спада у изузетно значајне уговоре међународног права. Он се закључује с циљем регулисања проблема преузимања права и обавеза државе преднице на државу следницу у погледу низа питања везаних за то подручје, а последица су оснивања или проширења власти, односно успоставе суверености те државе која је до тада припадала другој држави. Она у ствари означава замјену једне државе другом у погледу одговорности за међународне односе неког подручја.¹

По својој правној природи и карактеру сукцесија представља веома сложен правни посао, јер подјелу међусобних права и обавеза државе претходнице у правилу прате неспоразуми и неслагања између државе претходнице и држава следница. Из тих разлога се и поред постојања правне регулативе у свјетлу, прије свега, међународних конвенција као извора међународног права јавља потреба за разним облицима међународног посредовања. Основ за правно посредовање могу бити резолуције Генералне скупштине Уједињених нација, као највеће универзалне организације или одлуке надлежних органа неких регионалних међународних организација, нпр. Европске уније, итд.

* Проф. др Витомир Поповић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

¹ Поближе о томе видјети: Члан 2. тачка 1б) Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на међународне уговоре.

Постизању Споразума у правилу претходе дуги преговарачки процеси, а након његовог постизања јавља се читав низ проблема у њиховој практичној примјени. Овакве карактеристике пратиле су и прате потписивање и примјену Споразума о питањима сукцесије, кога су 29. јуна 2001. године у Бечу, потписале бивше југословенске републике, Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Словенија и Савезна Република Југославија. Потписивању овог Споразума о питањима сукцесије СФР Југославије о тзв. споразумном рјешавању отворених питања сукцесије, претходила је Резолуција Савјета безбједности Уједињених нација број 1022 из 1995. године. Његовим закључењем завршен је преговарачки процес започет 27. августа 1991. године, под покровитељством Мировне конференције Европске заједнице (данас Европске уније).

У коначном тексту Споразума су утврђени основни принципи и обавезе држава наследница при имовинскоправној деоби наслијеђа бивше СФРЈ. Споразум се темељи на одредбама Конвенције о сукцесији држава у односу на државну имовину, архиве и дугове из 1983. године и Конвенције о сукцесији у односу на уговоре из 1978. године, али и на другим правилима и принципима обухваћених међународном дипломатском, уговорном и судском праксом, чију примјену Бечке конвенције у потпуности не искључују. Послије потписивања и ратификације овог Споразума јавили су се одређени проблеми и неспоразуми око његове примјене, која се прије свега састоји у томе да ли се овај Споразум треба примјењивати директно или је неопходно да државе следнице бивше СФРЈ приступе потписивању тзв. билатералних споразума и њиме регулишу међусобна права и обавезе. У овом контексту је нарочито значајно поменути Препоруку број 5 о ефикасном спровођењу Анекса „Г“ Сталног мјешовитог комитета формираног на основу члана 4 Споразума о питањима сукцесије, са састанка одржаног у Београду 18. септембра 2009. године, у којој се између осталог констатује да „примјена Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије није довољно ефикасна и да се пропорукује владама заинтересованих држава сукцесора да закључе билатералне споразуме којима би се омогућила његова ефикасна примјена“, те да се оне уздрже од доношења било којих аката и предузимања корака који су супротни са одредбама Анекса „Г“ и који би омогућили ефикасно остваривање стандарда предвиђених у овом Анексу.²

Структура Споразума

По својој правној структури овај Споразум, односно међународни уговор спада у сложене уговоре јавно-правног карактера и састоји се од више Анекса (од „А“ до „Г“) у којима се ближе разрађују правна рјешења за сљедеће имовинске категорије:

² Поближе о томе видјети: Препоруку број 5 Сталног мјешовитог комитета од 18. септембра 2009. године.

- а) Покретна и непокретна имовина;
- б) Дипломатска и конзуларна имовина;
- ц) Финансијска актива и пасива (осим дипломатско-конзуларних непокретности у иностранству наведених у Додатку Споразума);
- д) Архиве;
- е) Пензије;
- ф) Остала права, интереси и обавезе;
- г) Приватна својина и стечена права.

У преамбули основног текста Споразума о питањима сукцесије СФРЈ, потврђује се да су Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Словенија и Савезна Република Југославија равноправне државе сукцесори СФРЈ. У том смислу, Споразумом се уређују питања сукцесије и **коначно се прихватају рјешења за сразмјерну расподјелу права, обавеза, активе и пасиве СФРЈ у циљу постизања реалне економске равнотеже међу државама сукцесорима.**

Стране су, нарочито изразиле **спремност да сарађују на рјешавању отворених питања сукцесије у складу са међународним правом уз поштовање принципа правичности**, на коме уосталом и почива читава концепција о сукцесији држава, која подразумева примјену општег правила о заједничком прелазу државне имовине и дугова.

На основу принципа **реципроцитета**, бивше југословенске републике потписнице Споразума, као сукцесори СФРЈ, су прихватиле обавезу да сходно унутрашњем законодавству, предузму све неопходне мјере да би се обезбиједила досљедна примјена Споразума од надлежних државних органа (судова, вијећа и тијела) и у том циљу, остварило начело слободног приступа тим органима од стране других држава сукцесора и њихових држављана.

Чланом 2. наведеног Споразума је прописано да **све државе сукцесори имају обавезу и морају да предузму све неопходне мјере заштите државне имовине и архива од губитака, оштећења или уништења, до коначних резултата њихове подјеле**, чиме се принципијелно наглашава потреба међусобне сарадње држава у односу на ону имовину и архиве за које постоји непосредна заинтересованост других држава сукцесора. Да би се овај Споразум могао спровести неопходно је поћи од мјеродавног принципа узајамног повјерења (*bona fide*).

Споразум установљава Стални мјешовити комитет високих представника свих држава сукцесора, који има задатак да надгледа његову примјену. У случају евентуалних спорова везаних за тумачење и примјену Споразума, у првој инстанци рјешење се тражи у међусобним преговорима, у другој инстанци ангажују се личности од ауторитета или Стални мјешовити комитет који у смислу члана 5. става 2. тачка б) у хитном поступку рјешава сва спорна питања доносећи обавезујуће одлуке.

Структура Анекса Споразума

Не улазећи у детаљне анализе сваког од наведених Анекса, као подспоразума, скренућемо пажњу само на нека од питања које они регулишу, како слиједи:

а) Покретна и непокретна имовина

Овај Анекс прописује да се „непокретна државна имовина која се налазила на територији СФРЈ преноси држави сукцесору на чијој се територији та имовина налазила“, а државе сукцесори ће на најбољи начин настојати да помогну једна другој у спровођењу својих дипломатских и конзуларних активности, обезбјеђивањем одговарајуће имовине на њиховим односним територијама.³

Покретна материјална државна имовина СФРЈ која се налазила на територији СФРЈ ће прећи на државу сукцесора на чијој се територији та имовина налазила на дан када је ова прогласила своју независност, с тим да се ова одредба неће примјењивати на покретну материјалну државну имовину од велике важности за културну баштину једне од држава сукцесора и која је изворно са територије те државе, као што су: умјетничка дјела, рукописи, књиге и други предмети од умјетничког, историјског или археолошког интереса за ту државу; и научне збирке и значајне збирке књига или архива који ће припасти тој држави. Таква имовина ће бити идентификована од стране заинтересоване државе сукцесора у што краћем року, али не касније од две године од датума ступања на снагу овог Споразума.

Овај Споразум је тзв. „војној имовини“ дао посебан статус, која ће бити предметом посебних аранжмана који треба да се договоре између заинтересованих држава сукцесора.

б) Дипломатска и конзуларна имовина

Анекс „Б“ Споразума регулише расподјелу дипломатске и конзуларне имовине и она је дијељена првенствено према врсти објеката (тј. непокретности), а не путем новчаних накнада. Дио ове имовине је практично подијељен по потписивању овог Споразума⁴, а за преосталу подјелу имовине која би требала бити окончана у периоду од шест мјесеци од дана потписивања Споразума је

³ Поближе видјети: Члан 2. Анекса „А“, Покретна и непокретна имовина Споразума о питањима сукцесије.

⁴ Поближе видјети: Члан 1. Анекса „Б“, Дипломатска и конзуларна имовина.

утврђен проценат расподјеле, али и сачињене посебне листе о тој имовини, водећи рачуна о географском региону и о сразмјерном учешћу у расподјели. Основу за процјену вриједности имовине чини процјена дата у Извјештају од 31. децембра 1992. године дата на дан 31. децембра 1990. године. Према овом Споразуму покретна државна имовина СФРЈ која представља саставни дио дипломатске и конзуларне имовине ће бити пренијета држави сукцесору која уђе у посјед такве дипломатске и конзуларне имовине, а покретна државна имовина СФРЈ која представља саставни дио дипломатске и конзуларне имовине, а која је од велике важности за културну баштину једне од држава сукцесора биће пренијета на ту државу. Међутим, ни спровођење овог Анекса није дало очекиване резултате и оно је стављено у контекст нарочито расподјеле финансијске имовине и предузећа на територији друге државе. Неспоразуми су се појавили када је Република Србија условила Републику Хрватску и Републику Словенију за већим ангажовањем на питањима повратка станарских права и предузећа, као и повратом више милијарди марака старе девизне штедње из „Љубљанске банке“. Идентична питања су се појавила и у односима између Босне и Херцеговине, односно првенствено Републике Српске у односу на Републику Хрватску и Републику Словенију.⁵

ц) Финансијска актива и пасива (осим дипломатско-конзуларних непокретности у иностранству наведених у Додатку Споразума)

Овим Анексом регулише се расподјела свих финансијских добара СФРЈ (као што су готовина, монетарно злато и други племенити метали, депозитни рачуни и хартије од вриједности) које обухватају посебно:

а) Рачуне и другу финансијску активу која се води на име Савезне владе, савезних органа и организација СФРЈ;

б) Рачуне и другу финансијску активу на име Народне банке Југославије;

ц) Девизне резерве, које обухватају злато и друге племените метале, СФРЈ или Народне банке Југославије;

д) Износи које потражује Народна банка Југославије од банака у другим земљама који представљају резултат незавршених међубанкарских клириншких аранжмана; такве земље су обухваћене, али нису ограничене на оне које се наводе у Додатку 2 овог Анекса;

е) Финансијске квоте и права вучења СФРЈ, Народне банке Југославије и других савезних органа и институција у међународним финансијским организацијама, као и финансијску активу која се води код таквих организација;

ф) Осталу активу СФРЈ, која укључује износе које потражује Народна банка Југославије или СФРЈ од дужника, других од оних који су обухваћени горе наведеним ставовима од „а“ до „е“.

⁵ <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/231815/Gaso-Knezevic-Srbija-se-trudi-da-izvuce-sto-vecu-korist>

Финансијска дуговања обухватају дугове бивше СФРЈ, дугове за које јамчи бивша СФРЈ и финансијска потраживања од бивше СФРЈ.

Главни дио потраживања и дуговања бивше СФРЈ је у пракси већ расподијељен на основу споразума између држава наследица или споразума између њих и дотичних међународних финансијских институција.

Расположива страна финансијска потраживања ће бити расподијељена према следећим омјерима: БиХ 15,50%, Хрватска 23%, Македонија 7,50%, Словенија 16% и СРЈ 38%.

Према истом омјеру би се расподјелила евентуално новопронађена средства у року од 5 наредних година.

Споразум гарантује монетарну независност држава наследица која укључује и право на нову сопствену валуту, без покретања било каквих спорова или жалби у вези с тим.⁶

д) Архиве

Под архивском грађом бивше СФРЈ у смислу Споразума подразумијевају се сви документи, без обзира на датум, врсту или мјесто гдје су смјештени, које је направила или примила бивша СФРЈ (укључујући и све државне структуре, почев од 1. децембра 1918. године) у обављању својих функција и који су 30. јуна 1991. године припадали бившој СФРЈ, у складу са Савезним законом о регулисању савезне архиве. Овај критериј је предвиђен и за „републичку или другу архиву“. Ови документи се односе на филмове, аудио и видео касете и остале записе, све врсте компјутерских записа, укључујући и материјале који представљају културну баштину.

Уколико је републичка или друга архива била измјештена из Републике којој је припадала, или ако је Државна архива СФРЈ била измјештена из своје одговарајуће локације, оне ће, на основу одредбе овог Анекса, а у складу са међународним принципом провенијенције, бити враћена Републици којој је припадала или њеној одговарајућој локацији што је могуће прије, од стране државе која тренутно има контролу над њом.⁷

Споразум гарантује слободан приступ архиви бивше СФРЈ, као и архивама бивших република, датираних 30. јуна 1991. године и раније, представницима свих држава наследица, до потпуне реализације Споразума.

Тренутни власник оригиналне грађе било које архиве која се треба пребацити у складу са Споразумом може да направи копије. Трошкови копирања су предмет посебних споразума, с тим што трошкови превоза падају на новог примаоца.

⁶ Поближе о томе видјети: Члан 1. и 2. Анекса „Ц“, Финансијска актива и пасива.

⁷ Поближе видјети: Члан 1. и 2. Анекса „Д“, Архиве.

е) Пензије

Овај Анекс прописује обавезу држава да преузму одговорност за правно основане пензије и њихову редовну исплату које је финансирала та држава у свом ранијем својству конститутивне републике СФРЈ, без обзира на националност, држављанство, боравиште или пребивалиште корисника. Свака држава истовремено преузима одговорност да редовно исплаћује пензије које дугује својим грађанима који су били цивилни или војни службеници СФРЈ без обзира гдје имају боравиште или пребивалиште, ако су те пензије биле финансиране из савезног буџета или других савезних средстава СФРЈ, под условом да, у случају лица које је држављанин више од једне државе:

1) ако то лице има стално мјесто боравка у једној од тих држава, исплату пензије врши та држава и

2) ако то лице нема стално мјесто боравка ни у једној држави чији је држављанин то лице, исплату пензије врши држава на чијој је територији то лице имало боравиште на дан 1. јуна 1991. године.⁸

ф) Остала права, интереси и обавезе

Овај Анекс прописује сва права и користи које су припадали бившој СФРЈ, а који нису директно обухваћени Споразумом ће се подијелити између држава наследница према омјеру за подјелу потраживања, о чему је већ било ријечи. То могу бити патенти, заштитни знакови, ауторска права, дуговања бившој СФРЈ.

Споразум посебно предвиђа да ће све жалбе против бивше СФРЈ размотрити Заједничка стална комисија. Постоји обавеза да државе наследнице обавијесте једна другу о свим постојећим жалбама против бивше СФРЈ.⁹

г) Приватна својина и стечена права

Анекс „Г“ Споразума гарантује стечена права грађана и правних лица у погледу приватне својине, с обавезом државама сукцесорима да право својине признају, заштите и врате. Према овом Споразуму права на покретну и непокретну имовину која се налази на територији државе сукцесора и на коју су грађани или друга правна лица СФРЈ имали право на дан 31.12.1990. године биће призната, заштићена и враћена у првобитно стање од стране те држа-

⁸ Пближе видјети: Члан 1. и 2. Анекса „Е“, Пензије.

⁹ Пближе видјети: Члан 1. и 2. Анекса „Ф“, Остала права, интереси и обавезе.

ве у складу са утврђеним стандардима и нормама међународног права, и то независно од националности, држављанства, боравишта или пребивалишта таквих лица. Овим се обухватају лица која су након 31.12.1990. године стекла држављанство или ново пребивалиште или боравиште у држави различитој од државе сукцесора. Особе које нису биле у могућности да остваре таква права ће имати право на накнаду у складу са грађанским и међународним правним нормама.

Сви уговори закључени између грађана или других правних лица СФРЈ почев од 31.12.1990. године укључујући и оне закључене од стране јавних предузећа, биће поштовани без икакве дискриминације. Свака држава сукцесор ће обезбједити извршавање обавеза на основу таквих уговора, у случајевима гдје је распадом СФРЈ било онемогућено њихово извршавање.¹⁰

Овај Анекс у свом члану 6. посебну пажњу посвећује станарским правима. Према овој одредби домаће законодавство сваке од држава сукцесора које се односи на „станарско право“ (станарско право/станованска правила/станарско право) ће се примјењивати једнако на лица која су била држављани СФРЈ и која су имала таква права без дискриминације по било ком основу, као што је пол, раса, боја, језик, религија, политичко или друго мишљење, национално или друштвено поријекло, припадност националним мањинама, имовно стање, рођење или други статус.

Овај Анекс је наметнуо дужност државама да поштују облигације државе претходнице у смислу међународног права полазећи прије свега од приватноправних захтијева заснованих на уговорној, квазиуговорној или деликтној основи. Другим ријечима, Споразум о питањима сукцесије СФРЈ има за циљ да штити приватна права југословенских грађана или других правних лица на подручју држава сукцесора на дан 31. децембар 1990. године, као и лица која су након 31. децембра 1990. године, стекла држављанство или су пребивала или боравила у другој држави у односу на државу сукцесора. Приватна права по овом Споразуму морају бити призната, заштићена и повраћена од стране државе сукцесора на основу међународног права, без прављења дискриминације у односу на националну и државну припадност, пребивалиште или боравиште. У случају немогућности остварења ових права гарантује се право на компензацију.

Поред наведеног овај Анекс Споразума позива на закључење билатералних споразума и регулисање свих питања између бивших југословенских република.

¹⁰ Поболиже видјети: Члан 1. и 2. Анекса „Г“, Приватна својина и стечена права.

Примјена Споразума

Одмах након потписивања Споразума о питањима сукцесије бивше СФРЈ, у Бечу 29. јуна 2001. године, земље наследнице бивше СФРЈ, као сукцесори, су приступиле његовој ратификацији. Тако нпр. Босна и Херцеговина је овај Споразум ратификовала 28. новембра 2001. године, Савезна Република Југославија јула мјесеца 2002. Године.¹¹ Посљедњу ратификацију овог Споразума је извршила Република Хрватска, марта мјесеца 2004. године и Споразум је ступио на снагу 2. јуна 2004. године, након његове ратификације од стране свих држава сукцесора.

Вијеће министара Босне и Херцеговине је 2004. године донијело Одлуку о спровођењу Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије на територији Босне и Херцеговине, прописујући процедуру и поступак враћања права на покретну и непокретну имовину.

Међутим, тај процес није био реципрочан и двосмјеран, нарочито у дијелу који се тиче имовине привредних друштава са сједиштем у некој од бивших република Југославије, али ни других видова ове имовине. Тако нпр. док су с једне стране, надлежни органи у Републици Српској омогућавали несметано враћање ове имовине грађанима који су живјели у Републици Словенији, Републици Хрватској, итд., укључујући и доношење одговарајућих судских одлука о њиховим тужбама, са друге стране, Република Хрватска и Словенија су различитим методама онемогућавале враћање имовине физичким и правним лицима из Републике Српске, на коју су они полагали право у овим бившим југословенским републикама, укључујући и обавезе на поврат станарских права, из члана 6. Анекса „Г“ Споразума о сукцесији, а што ће имати за посљедицу непотписивање билатералног споразума о регулисању међусобних права и обавеза између Босне и Херцеговине и Хрватске на бази Споразума о сукцесији. Свјесно избјегавајући своје обавезе које проистичу из Споразума о сукцесији, Хрватска и Словенија су на надлежним судовима, укључујући и највишу судску инстанцу, стале на становиште да предметом ове имовине не могу бити станарска права, нарочито бивших припадника Југословенске народне армије, али и других лица која су се огријешила о хрватски Устав учествујући у борбеним дејствима против Хрватске. Доношењу овакве и сличних одлука није помогла ни чињеница да је Хрватска својим Уставом дала међународним уговорима, какав јесте и овај о сукцесији, већи правни значај у односу на домаће

¹¹ Савезна Република Југославија је прогласила Закон о потврђивању Споразума о питањима сукцесије, који је донијела Савезна скупштина, на сједници Вијећа грађана од 1. јула 2002. године и на сједници Вијећа република од 11. априла 2002. године. Овај Закон је објављен у „Службеном листу СРЈ, Међународни уговори“, бр. 6/2002.

законодавство.¹² Нажалост, то је имало за последицу додатно обесправљење и осиромашење бивших носилаца станарског права и других грађана, који су морали да напусте Републику Хрватску и наставе да живе у Републици Српској или Републици Србији. На различите начине опструисан је повратак Срба у Републику Хрватску, а поред станарских, оспоравано им је и право на враћање њихових кућа, станова и земљишта у приватном власништву, остваривања права на стечене пензије и других остварених права у бившој СФРЈ.

Овдје треба додати и одбијање обавезе за враћањем великог броја одмаралишта и других дијелова предузећа чији су власници јавна и друга предузећа са територије Републике Српске, МУП Републике Српске, њене друге институције, итд.¹³

За разлику од судова у Републици Српској, који су поштовали одредбе о недискриминацији вођења поступака на бази Споразума о сукцесији, судови у Хрватској и Словенији су стали на становиште да се поступци који своју основу имају у Споразуму о сукцесији требају прекинути до потписивања билатералних споразума са Босном и Херцеговином, иако су овакве одлуке у супротности са чланом 26. у вези са чланом 140. Устава Републике Хрватске.¹⁴

На исти начин је поступила и Словенија, одбијајући да испуњава своје обавезе према овом Споразуму и врати покретну, непокретну имовину, станарска права, стару девизну штедњу Љубљанске банке, итд., што је додатно утицало на провођење Споразума о сукцесији. Занемарујући постојање Споразума о сукцесији Република Хрватска и Република Словенија, односно њихова физичка и правна лица, су наставили са подношењем тужби ради остваривања својих права, не осврћући се овом приликом на одлуке својих највиших судских инстанци о немогућности вођења поступака обухваћених Споразумом о сукцесији. У циљу заштите својих имовинских и других права насталих на основу Споразума о сукцесији Народна скупштина Републике Српске је по хитном поступку донијела **Закон о спровођењу Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије на територији Републике Српске.**¹⁵

Без обзира на цитиране одредбе Закона очекивати је да ће надлежни судови Републике Српске стати на становиште које су заузеле и судске инстанце Републике Хрватске, Републике Словеније и Републике Србије о прекиду поступака у односу на правна питања обухваћена Споразумом о сукцесији све до потписивања билатералних споразума о регулисању међусобних права и обавеза, како то и упућује Анекс „Г“ Споразума о питањима сукцесије. У про-

¹² Побоље видјети: Члан 140. Устава Републике Хрватске, „Народне новине“ број 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 и 85/10.

¹³ Наведени подаци представљају дио истраживања аутора овог текста.

¹⁴ Члан 26. Устава Републике Хрватске.

¹⁵ “Службени гласник Републике Српске“, број 71/10.

тивном непримјењивање принципа реципроцитета, али и самог Споразума о сукцесији би Републику Српску могло довести у неравноправан положај и по њене институције, њена правна и физичка лица и сам Споразум о сукцесији свести на голо право (*nudum jus*).

Закључак

Споразум о питањима сукцесије СФРЈ спада у веома значајне изворе и уговоре међународног права. Њиме се регулишу питања од изузетног значаја за регулисање међусобних односа држава наследица бивше СФРЈ и у директној су функцији стабилизације простора Југоисточне Европе. У циљу било каквих могућих избјегавања примјене овог Споразума или евентуално његове злоупотребе, било би неопходно да и највише судске инстанце Републике Српске и Босне и Херцеговине примјене принцип реципроцитета и заузму иста становишта о прекиду вођења свих судских поступака, аналогно као што су то урадиле Република Хрватска, Република Словенија и Република Србија. Прекид ових поступака би трајао до потписивања билатералних споразума ових бивших југословенских република, којима би се на бази Споразума о сукцесији регулисала сва међусобна права, обавезе и евентуална спорна питања, на које указује Споразум.

Prof. Vitomir Popović, LL.D

Summary

Agreement on SFRY succession represents an important international law source and contract. It regulates the issues of mutual relations of successor states to the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia which are contributing to the stability in the South-East Europe region. With the aim to avoid any restrictions to the implementation of this Agreement or its potential abuse, it would be necessary for the highest judicial bodies of the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina to apply the principle of reciprocity and to take the same stand in terms of termination of court proceedings, analogous to the practice of the Republic of Croatia, Slovenia and Serbia. Termination of such proceedings would last until bilateral agreements are signed by these former Yugoslav Republics, which would, according to the Agreement on Succession, determine all mutual rights, obligations and potential disputes arising out of the Agreement.

УНИФИКАЦИЈА КОЛИЗИОНИХ НОРМИ О УГОВОРИМА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ - САВРЕМЕНА КРЕТАЊА

Проф. др Валерија Шаула*

***Апстракт:** Аутор се бави савременим кретањима у материји мјеродавног права за уговоре са међународним елементом, са посебним освртом на Хашке принципе о избору права у међународним трговачким уговорима, који се налазе у разматрању.*

Пореде се рјешења понуђених принципа са упоредним правом и међународним конвенцијама које се баве овим питањима.

Аутор је као прилог овом чланку припремила и превод Хашких принципа.

***Кључне ријечи:** Хашки принципи, унификација, страначка аутономија, јавни поредак, заштита потрошача.*

1. УВОД

Значај уговора са међународним (прекограничним) елементом за међународни промет роба и услуга је немјерљив. Отуд су разумљива настојања да се проблематика одређивања мјеродавног права за такве уговоре што више уједначи (хармонизује) или једнообразно регулише (унификује) у што већем броју држава.

Овакав рад на хармонизацији и унификацији је најпродуктивнији ако се предузима у окриљу међународних организација. Са нешто више успјеха остварени су резултати у међународним организацијама регионалног карактера, али је свакако пожељније да то буде и у оквиру специјализованих међународних организација универзалног типа, каква је Хашка конференција за међународно приватно право (у даљем тексту «Хашка конференција»).

Иако се Хашка конференција унификацијом колизионих норми за уговоре са међународним елементом бави од свог настанка¹, значајно је размотрити

***Проф. др Валерија Шаула, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.**

¹ Види опширније у Шаула, В.: Основи међународног приватног права Републике Српске, Бања Лука, 2011, стр. 42-48.

савремена кретања у овој области јер се она дешавају узимајући у обзир постигнуте резултате у Европској унији и другим дијеловима свијета.

2. РЕГИОНАЛНИ РЕЗУЛТАТИ

Од креирања Хашке конвенције о мјеродавном праву за уговоре о међународној продаји тјелесних покретних ствари 1955. године или Хашке конвенције о мјеродавном праву за међународну продају робе 1986. године², много тога се у савременој трговини промијенило. Њен обим је значајно порастао, а појавили су се и нови модалитети пословања (нпр. електронско) који намећу потребу специфичне регулативе.

Уз то, на међународном плану је донесено низ конвенција, униформних аката, модел закона и принципа у овој области, од којих нека садрже колизионе норме (правила међународног приватног права), док други представљају материјално право уговора (међународно трговачко/пословно право).

У Европској унији, регионалној међународној организацији са елементима супранационалности, питање осавремењавања Римске конвенције о мјеродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године разматрало се у контексти припремања правно обавезујућег комунитарног инструмента-уредбе.³

Осим тога, бројни сегменти законодавства које се тиче материјалног уговорног права већ чини дио правне тековине Европске уније (*acquis communautaire*): заштита потрошача, заступање, осигурање.

Овдје свакако треба поменути и Принципе (Начела) европског уговорног права који, иако нису резултат рада законодавца, него напора научника из ове области, представљају значајан путоказ за законодавце у регулисању ове сложене проблематике.⁴

² Опширније видјети о овој конвенцији у Шаула, В.: Нова Хашка конвенција о мјеродавном праву за међународну продају робе из 1986. године и проблем аутономије воље странака, Годишњак Правног факултета Бања Лука XIII/89, стр. 49-58.

³ Види у Шаула, В.: Унификација колизионих норми о уговорним обавезама у оквиру Европске уније, Бања Лука, 2002, стр. 52 и даље; Уредба број 593/2008 о мјеродавном праву за уговорне обавезе (Уредба Рим I)-Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ EU L 177, 04.7.2008).

⁴ Опширније о овим принципима видјети у Петрић, С.: Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци (1991), vol. 30, бр. 1, стр. 491; Станивуковић, М.: Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског уговорног права (Зборник «Начела европског уговорног права и југословенско право, Прилог хармонизацији домаћег законодавства, приредио Р.Д. Вукадиновић, Крагујевац, 2011), стр. 57-93; Stanivuković, M.: Reform of Conflict Rules for Contracts in Serbia and the European Union Law Model, (Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst, Ed. Vasiljević, M., Kulms, R., Josipović, T., Stanivuković, M., Belgrade, 2010), стр. 439-457.

Унутар Организације америчких држава усвојена је Интер-америчка конвенција о праву мјеродавном за међународне уговоре (Мексико, 1994. године).

Организација за хармонизацију пословног права у Африци усвојила је Једнообразни закон о трговачком праву (1997. године), те Једнообразни закон о превозу робе друмом (2003. године). Они се примјењују у свим државама чланицама те организације.

Треба поменути и напоре Конференције о једнообразном закону (Uniform Law Conference) у Канади, те Мексички центар за једнообразни закон (Mexican Center for Uniform Law), као и Интерпарламентарну скупштину Заједнице Независних Држава, која је надлежна за приближавање и уједначавање националних закона те може да сачињава модел-законе и доноси препоруке.

Ту су и Асоцијација држава Југоисточне Азије (ASEAN), Аустралијска комисија за реформу права и Амерички правни институт (American Law Institute), у чијем окриљу су настали Једнообразни трговачки закон (Uniform Commercial Code) и Начела уговорног и међународног приватног права (Restatement of Contracts and Conflict of Laws).

Укупно гледајући, може се примијетити растућа конвергенција на регионалном плану широм свијета, док недостаје један глобални инструмент.⁵

У том контексту је Хашка конференција, као глобална међународна организација, видјела своју улогу јер је у њеном Статуту предвиђено да ради на прогресивној унификацији међународног приватног права широм свијета.

3. НОВИЈИ РЕЗУЛТАТИ У ОКВИРУ ХАШКЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Током 2006. године Специјална комисија за општа питања и политику Хашке конференције позвала је Стални биро да припреми студију изводљивости о стварању једног инструмента који би се бавио питањем одређења мјеродавног права за уговоре са међународним елементом.

Рад је подразумијевао контакте и сарадњу са другим релевантним међународним организацијама, стручњацима из међународне трговачке и арбитражне праксе. На бази упитника државама чланицама, те међународним арбитражама (путем Међународне трговачке коморе), дошло се до сазнања о потребама међународне пословне заједнице у овој области, те о шароликости међународне и интерне легислативе, а поготово судске праксе.

⁵ Често се истиче да глобална трговина захтијева глобална рјешења (види нпр. Feasibility Study on Choice of Law in International Contracts-Special Focus on International Arbitration, Preliminary Document 22 В, 22. 03.2007. године, стр. 8).

На бази закључка о потреби креирања једног универзалног инструмента оформљена је Радна група о избору права у уговорима са међународним елементом.⁶

Радна група је, између осталог, требала да понуди одговор на питање каква врста инструмента је овдје потребна: обавезујући, подложен ратификацији држава чланица (конвенција⁷), или необавезујући, стављен на располагање државама чланицама да га користе у складу са потребама (модел закон, принципи или водич за добру праксу).

Први резултат рада ове групе је подршка стварању свеобухватног документа, оног који неће само садржавати правила о аутономији воље странака, него и правила у случају недостатка избора. Правила треба да буду пропраћена и неопходним коментарима.

У јуну 2011. године припремљен је документ под називом «Хашки принципи о избору права у међународним трговачким уговорима»⁸. Овај документ је у складу са захтјевом који је постављен још 2010. године од стране Савјета: сачињавање правила која неће имати обавезујућу снагу, а односе се на избор права у трговачким уговорима са међународним елементом.

На састанку Савјета за општа питања и политику Хашке конференције одржаном 17-20. априла 2012. године, основана је Специјална комисија која ће размотрити приједлоге Радне групе и предложити даље кораке. Ова Специјална комисија ће се састати прије краја 2012. године⁹, док ће се у међувремену сви материјали прослиједити државама чланицама на разматрање и потребне консултације ради давања коментара.

Принципи треба да служе подизању свијести о питањима мјеродавног права међу практичарима који се сусрећу са трансакцијама и споровима из међународне трговине, као и законодавцима, правницима у компанијама, стручњацима за арбитражу, академским радницима и судијама.

Посебна пажња је посвећена припреми принципа као корисног алата код поступка пред међународним арбитражама, јер је међународна арбитражна заједница склонија примјени необавезујућих принципа при доношењу одлука.

⁶ Званични документи Хашке конференције о овом питању користе непрецизан и неадекватан назив за ове уговоре, који дословно преведен значи «међународни уговор» (види нпр. у Студији изводљивости о избору права у међународним уговорима-преглед и анализа постојећих инструмената, Preliminary Document 22 В, 22.03.2007. године, доступан, као и низ других докумената који се односе на ову проблематику, на www.hcch.net).

⁷ Хашка конференција за међународно приватно право је до сада доносила конвенције које су државе уносиле у своје правне системе ратификацијом (или сличним механизмом предвиђеним њиховим унутрашњим уставима и законима), а оне ступале на снагу у међународном смислу моментом када се прикупи довољан број ратификационих инструмената.

⁸ Превод поменутог документа налази се у прилогу овом тексту.

⁹ Видјети опширније у документу Conclusions and Recommendations adopted by the Council , са пратећим анексима (посебно је значајан Анекс III, који садржи коначну верзију документа Радне групе).

Иако је било дилема, Радна група није сматрала корисним сачињавати посебан систем правила која би примјењивала арбитража, а посебна за судске органе и поред чињенице да судови не би били склони примјени принципа као необавезујућег система правила.

Овдје ће бити представљена најважнија достигнућа до којих је Радна група дошла проучавајући упоредно право, судску и арбитражну праксу у овој области.

3.1. Аутономија воље странака и њена ограничења

Принцип аутономије воље странака у међународном приватном праву представља логичан наставак примјене тог истог принципа из грађанског права, према коме стране, аутономне да регулишу свој уговорни однос, треба да буду аутономне и да се договоре о примјени мјеродавног материјалног права на њихов уговор.

Уговори са међународним елементом су најважнији инструменти међународне трговине, области у којој је нарочито важно да уговарачи знају по којем праву ће се регулисати њихова права и обавезе, да имају предвидљивост резултата и правну сигурност.

Колико год је неспорно да странке имају аутономију воље у избору мјеродавног права, јер је право странака да изаберу мјеродавни правни поредак тако широко прихваћено у законодавству држава да се може сматрати општим принципом права прихваћеним од стране цивилизованих држава¹⁰, толико су присутне дилеме у којој мјери странке при томе треба да буду ограничене. Ограничења варирају у појединим законодавствима, па чак и у међународним инструментима.¹¹

Треба нагласити да се принципи односе само на трговачке уговоре са међународним елементом (зато су из њиховог поља примјене изостављени потрошачки уговори и уговори о раду, код којих је потребна већа заштита слабије стране примјеном императивних правила која се не могу дерогирати вољом странака).¹²

¹⁰ Често се наглашава да је аутономија иманентна уговорном праву, да је фундаментални елемент уговора, а основна сврха уговорног права у цјелости је да се омогући дејство намјерама странака (Atiyah P.S., *Contracts, Promises and Law of Obligations*, *Law Quarterly Review (LQR)*, vol. 94, 1978, стр. 195).

¹¹ Према неким ауторима, ограничења аутономије се у пракси користе као изговор да се умјесто страног примијени домаће право суда (видјети опширније у Студији изводљивости, цитирана у фусноти под 6, стр. 9).

¹² Видјети опширније у документу *Policy Document regarding Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, стр. iii, para. 10.

Прва дилема која се овдје јавља је да ли уговор мора имати објективни међународни елемент (различита припадност уговарача, мјесто закључења и/или извршења уговора нису у истој држави и сл.) или саме странке, својим избором мјеродавног права, могу уговор учинити таквим да он има међународни елемент, због чега се на њега имају првенствено примијенити колизионе норме.

Традиционално гледајући, везе са страним правом треба да буду објективне (боравиште, мјесто пословања странака, мјесто закључења уговора, мјесто извршења)¹³, но све су упорнији они који сматрају да га и избор странака може учинити уговором с међународним елементом. У овом посљедњем случају, међутим, суд који поступа може да на такав уговор примијени своје императивне норме, ако су сви елементи релевантни за конкретан случај у вријеме избора права за ту државу чисто домаћи (унутрашњи).¹⁴ Могућа је и примјена императивних норми неког страног поретка ако се он сматра ближим уговорном односу (ради обезбјеђења признања у држави о чијим се императивним нормама ради).

Концепт примјене императивних норми¹⁵ сматра се препреком за евентуално фразулозно понашање странака које би жељеле да избјегну управо ове норме, бирајући мјеродавно право неке друге државе. Ово је уједно и најважније ограничење страначке аутономије.

Разноликост императивних норми у националним системима и немогућност њихове сазнатљивости стварају препреку за странке. Посебно је отежавајућа околност и чињеница да се све више говори о међународним (барем

¹³ Међународни инструменти дају различите и често веома широке дефиниције појма уговора са међународним елементом (странке треба да имају своја сједишта у различитим државама, трансакција треба да има неку разумну везу са страном државом, трансакција гдје је потребно извршити избор између права различитих држава).

¹⁴ Исту дилему имали су и редактори Римске конвенције (Конвенција земаља ЕЕЗ о праву мјеродавног за уговорне обавезе), па је теорија констатовала да из формулације члана 3 (3) Конвенције, који забрањује странкама избјегавање императивним норми државе која је у најближој вези са уговором, произилази да се Конвенција односи и на ситуације које су претежним дијелом, али и искључиво, интерне, а странке су се споразумјеле о мјеродавности страног права (видјети нпр. Lando O., The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Common Market Law Review (CMLR), vol. 24, 2/1987, стр. 164, те Williams P.R., The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, International Comparative Law Quarterly (ICLQ), vol. 35, 1/1986, стр. 3).

¹⁵ У енглеској терминологији користи се израз „mandatory rules“, а преводи као правила од којих се не може одступити, због њихове велике важности, те се дају додатна појашњења да су то норме «ius cogens», «imperative», «obligatory». Опширније о томе у Kunda, I., Međunarodna prisilna pravila: određenje pojma u evropskom ugovornom međunarodnom privatnom pravu (у Зборнику радова са V конференције о међународном приватном праву «Међународно приватно право и заштита страних инвеститора», Подгорица, 2008. године), стр. 254-283; Петровић, М., Принципи европског уговорног права и прописи непосредне примене, (Зборник «Начела европског уговорног права и југословенско право, Прилог хармонизацији домаћег законодавства», приредио Вукадиновић, Р. Д., Крагујевац, 2011), стр. 105-122.

регионалним) императивним нормама, корпусу правила створених у унификованој међународној (регионалној) регулативи, као нпр. у Европској унији, што је потврдио и Суд правде Европске уније.¹⁶ Ови прописи служе очувању економске, политичке и друштвене структуре државе, те имају функцију заштитног законодавства у ситуацијама када странке немају једнаку моћ. Уколико се даје дејство овим нормама, долази до примјене права домаће државе (права суда-*lex fori*).

Овај институт је важан и у арбитражној пракси јер арбитражи треба да воде рачуна о томе да њихова одлука не буде проглашена супротном императивним нормама оне државе гдје ће се тражити признање и извршење њених ефеката.

Поред тога, у модерно доба се могу појавити принципи и вриједности који имају трансанционалну природу¹⁷, оне који су широко прихваћени и признати (нпр. поштовање људских права, недискриминација, заштита слабије стране, што ће посебно доћи до изражаја код заштите потрошача¹⁸ и у области радних односа).

Још једно ограничење аутономије је веома важно, а у међународном приватном праву представља готово једини механизам сигурне заштите од штетних дејстава примјене неког страног права.¹⁹ То је институт јавног поретка.

Иако нека императивна правила могу чинити његов саставни дио, појам јавног поретка је много шири од њих, али истовремено може да буде и ужи, јер нису све императивне норме дио јавног поретка.

Иако је примјена института јавног поретка значајнија у областима права које не остављају простора странкама да користе аутономију тј. које су регулисане императивним нормама и које носе специфичности сваке државе (статусно, наследно или породично право), није искључено да се суд (други орган) позове на овај институт као ограничење (одбијање) избора странака код уговорних односа са међународним елементом (нпр. у ситуацији која указује на незаконито поступање).

¹⁶ У предмету *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECI C-381/98, пресуда од 09.11.2000, објављена у ECR I-9305 (доступна и на <http://curia.europa.eu>).

¹⁷ Видјети детаљније у Студија изводљивости о избору мјеродавног права у међународним уговорима-Посебан фокус на међународну арбитражу, Preliminary Document 22 C, 22.03.2007. године), стр. 6.

¹⁸ Директиве Европске уније из области заштите потрошача су први продор европског законодавца у област уговорног права а Уговор из Мастрихта прокламује начело високог нивоа заштите потрошача, па она постаје један од темеља Европске уније (видјети опширније у Петрић, С., цитирано дјело, стр. 476, фуснота 9; Петровић, М., Правила о мјеродавном праву у функцији заштите потрошача:упоредна анализа права Европске уније и права Србије (у Зборник радова са VII конференције за међународно приватно право „Проширење европског правосудног простора на државе чланице CEFTA“, уредиле Бордаш, Б., и Станивуковић, М., Нови Сад, 2010. године).

¹⁹ Превладава мишљење да другом институту, који би такође представљао ограничење воље странака-забрани заобилажења или евазије закона, нема мјеста у уговорним односима (види нпр. код Nygh P.E., *The Reasonable Expectations of the parties as a Guide to the Choice of law in Contract and in Tort* (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol 251 (1995) pp. 269-400, стр. 311).

Овај механизам којим се отклања примјена мјеродавног права ради очувања основних вриједности државе суда треба веома опрезно користити и настојати да се за њим не посеже олако и често јер он може постати моћно оружје суда за неоправдану примјену домаћег права у трансакцијама које имају међународни елемент.

Због немогућности да се овај институт, промјењив у времену и простору, ближе дефинише, у законодавствима држава налазимо неодређене формулације, правне стандарде, који омогућавају органу примјене да у конкретном случају процијени да ли је норма страног права коју би требало примијенити, супротна домаћем јавном поретку.

Ублажено дејство института јавног поретка постиже се кориштењем специфичних формулација којим се наглашава изузетност његове примјене, само када је то нарочито оправдано и када резултат примјене стране норме у конкретном случају очито крши основне вриједности домаћег јавног поретка.²⁰

Хашки принципи о избору права у међународним уговорима (у даљем тексту „Хашки принципи“) афирмишу аутономију воље странака, те је проширују и на правна правила која нису дио националног или међународног кодификованог система.²¹ Ово посебно јер међународне трговачке арбитраже често дају значајну улогу принципима, супротно државним судовима.²²

Дозвољено је и цијепање мјеродавног права (уговарање више права за различите аспекте, дијелове уговора), накнадна промјена избора, а нема ни ограничења конекситета (објективне везе изабраног права са уговором).

Осим изричитог избора, Хашки принципи предвиђају да се треба узети у обзир и прећутан избор који јасно произилази из одредаба уговора или околности, при чему клаузула о изабраном суду (пророгациона или арбитражна клаузула) сама по себи не значи избор материјалног права изабраног суда.

Избор права има аутономну судбину па се не може оспоравати због неваљаности главног уговора.

Ако је странкама дозвољен избор, подразумијева се да странке изабирају материјално право са чијим садржајем су упознате и који им одговара. Из избора је искључена установа узвраћања или преупућивања (*renvoi*), до које се долази ако би странке имале у виду и колизионе норме изабраног права, што је мало вјероватно. Наравно, треба оставити могућност да се под изабраним правом подразумијевају и колизионе норме ако су то странке изричито предвидјеле.²³

²⁰ Опширније о институту јавног поретка видјети у Шаула, В.: *Основи међународног приватног права Републике Српске*, II измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2011, стр. 89; Сајко К.: *Међународно приватно право*, IV измијењено и допуњено издање, Загреб, 2005, стр. 251; Муминовић, Е.: *Међународно приватно право*, Сарајево, 2006, стр. 108.

²¹ Видјети члан 2 Хашких принципа. Можемо овдје поменути нпр. UNIDROIT принципе о међународним трговачким уговорима или Принципе европског уговорног права, Incoterms ICC.

²² Студија изводљивости о избору права у међународним уговорима-преглед и анализа постојећих инструмената (Preliminary Document 22 В, 22.03.2007), стр. 14.

²³ О још неким питањима видјети чланове 8-10 Хашких принципа.

3.2. Мјеродавно право у недостатку аутономије воље странака

Како је раније речено, творци Европских принципа су били мишљења да будући инструмент који би се бавио питањем аутономије воље треба да регулише и питања мјеродавног права у њеном одсуству.²⁴

До сада усаглашени Хашки принципи не садрже норме о објективно мјеродавном праву, па остаје да се види да ли ће препорука Специјалне комисије ићи у том правцу.

Друга варијанта је била да се регулише само питање аутономије, а ако се стране нису одлучиле да то учине због превида²⁵ или се нису могле договорити о мјеродавном праву, инструмент се не би ни примјењивао.

То би онда значило примјену националних колизионих норми за уговорне односе са међународним елементом, тј. обавезу суда да нађе рјешење за питање мјеродавног права у одсуству аутономије воље према свом међународном приватном праву.

Разноликост колизионих норми са објективним тачкама везивања се огледа у рјешењима од најближег и најприкладнијег права, мјеста склапања или мјеста извршења уговора, до персоналног права странака или само оне странке која врши чинидбу карактеристичну за уговор. Могуће су и комбинације ових критеријума, те успостављање оборивих претпоставки о најближем праву.

Мјесто закључења уговора међу одсутним странама изазива проблеме квалификације јер се тај појам не тумачи на исти начин у упоредном праву.

Мјесто испуњења уговора као одлучујући критеријум није подесан у ситуацијама када има више таквих мјеста.

Персонално право уговарача (ако је оно заједничко) или оне стране која врши карактеристичну обавезу може довести до проблема избора одлучујуће тачке везивања код физичких лица (држављанство, пребивалиште или редовно боравиште) или код правних лица (мјесто оснивања или сједишта, мјеста пословања).

Као што се може закључити из претходних разматрања, сваки од постојећих објективних критеријума има одређене недостатке који могу довести до практичних проблема.

Критеријум примјене права с којим је уговор у најближој вези²⁶ домини-

²⁴ Ово је потврђено и у каснијем раду на инструменту (видјети Извјештај о активностима и перспективе развоја будућег документа (Preliminary Document, 06.03.2010. године, стр. 6, параграф 16).

²⁵ Сматра се да се код ових уговора, у случају да није уговорено мјеродавно право, никада не ради о превиду јер ове уговоре, као и арбитражне и друге клаузуле које се у њих уносе, састављају веома искусни правници, експерти из ове области.

²⁶ У енглеској и америчкој судској пракси користе се термини «Proper Law of the Contract», «Centre of Gravity» метод.

ра у модерном развоју колизионог регулисања на међународном плану. Овај метод којим се за свако конкретно чињенично стање проналази мјеродаван правни поредак, неки су већ давно прозвали «импресионизмом у праву»²⁷ и сматрали га неприкладним, поготово што се он сам не препоручује за кодификацију. Овај начин одређивања мјеродавног објективног права има смисла баш у некодификованим системима, гдје су судије у улози оних који стварају право, тј. гдје је судска пракса извор права.

Улога суда (арбитраже) код одређивања најближег права је огромна. Судија (арбитар) треба да узме у обзир широк дијапазон фактора (пребивалиште, боравиште, сједиште, мјесто закључења уговора, мјесто испуњења уговора, природа и предмет уговора, мјесто вођења преговора, смјештај предмета) и одабере онај којем уговор претеже, водећи рачуна о њиховом укупном значају.

Иако се оваквом методу може замјерити превелика флексибилност и занемаривање принципа предвидљивости рјешења, вриједност оваквог поступања се огледа првенствено у прилагодљивости правних рјешења стално нарастајућим потребама међународне трговине и размјене.

Приликом креирања Римске конвенције ово начело је подигнуто на ниво општег и примарног правила, али су дате одређене претпоставке о томе шта се има сматрати најближим правом (право државе редовног боравишта вршиоца карактеристичне обавезе; право државе гдје се налази некретнина за коју је везан уговор; право до којег се долази подударношћу главног мјеста пословања превозника и пошилаоца, тј. мјеста укрцаја и искрцаја, код уговора о превозу робе).

4. ЗАКЉУЧАК

Значај уговора са међународним елементом за развој трговине, размјене роба, услуга, капитала, а тиме и људи, је од огромног значаја у савременим условима. Уговорни односи прелазе границе једног суверенитета, имају међународни елемент, а тиме настаје и потреба одређења мјеродавног права за њихово регулисање.

Како је различитост националних законодавстава која ову материју регулишу схваћена као препрека развоју свјетске трговине, сваки покушај уједначавања или једнообразног регулисања на међународном плану је изузетно вриједан.

²⁷ Видјети у Nadelmann, K., *Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations*, *American Journal of Comparative Law* (AJCL), 24/1976, стр. 11.

Зато смо овим радом указали на савремене тенденције у регулисању поменути материје, како би се стручна јавност у Републици Српској и шире са њима упознала.

ПРИЛОГ:

ХАШКИ ПРИНЦИПИ О ИЗБОРУ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВАЧКИМ УГОВОРИМА

Преамбула

Ови Принципи представљају општа правила о избору права у међународним трговачким уговорима. Они афирмишу принцип страначке аутономије са ограниченим изузецима.

Они могу бити кориштени као модел за стварање националних, регионалних, наднационалних и међународних инструмената.

Они се могу користити за тумачење, допуну и развој правила међународног приватног права.

Могу их користити судови и арбитраже.

Члан 1.

Поље примјене

1. Ови Принципи се примјењују на избор права у међународним уговорима које склапају двије или више страна у обављању свог заната или професије.

2. За сврхе примјене ових Принципа:

(и) уговор је међународни, осим ако стране имају своја мјеста пословања у истој држави и ако су однос страна и сви други елементи, без обзира на изабрано право, у вези само са том државом;

(ии) ако страна има више мјеста пословања, посматраће се оно које је у најближој вези с уговором и његовим извршењем, имајући у виду околности које су биле познате, или које су странке имале у виду, прије склапања уговора или у моменту склапања уговора.

3. Ови принципи не регулишу питање мјеродавног права за:

а) способност физичких лица;

- б) уговоре о арбитражи или избору суда;
- ц) друштва или друга колективна тијела;
- д) поступак стечаја;
- е) стварноправне посљедице уговора;
- ф) питање да ли је заступник овлаштен да обавезе принципала према трећем лицу.

Члан 2.

Слобода избора

1. За уговор је мјеродавно право које су изабрале стране. У овим Принципима помињање израза право подразумијева правна правила.

2. Стране могу изабрати

(и) право које ће бити мјеродавно за цијели уговор или само за један његов дио и

(ии) различита права за различите дијелове уговора.

3. Избор се може мијењати у било које вријеме без утицаја на већ створена права трећих лица.

4. Није потребно да постоји веза између изабраног права и странака или њихове трансакције.

Члан 3.

Изричит или прећутан избор

Избор права, или било каква измјена избора права, мора бити учињена изричито или јасно произлазити из одредаба уговора или околности.

Споразум странака о надлежности суда или арбитраже за рјешење спорова из уговора сам по себи не значи избор права.

Члан 4.

Формална ваљаност избора права

Избор права не треба да задовољи никакав захтјев у погледу форме, осим ако су се стране другачије споразумјеле.

Члан 5.

Сагласност

1. За сагласност странака у погледу избора права мјеродавно је право које би се примијенило да та сагласност постоји.

2. Међутим, како би доказала да није дала сагласност на избор права, страна се може позвати на право државе свог мјеста пословања, ако према околностима није разумно то питање подвргнути праву које је предвиђено у претходном ставу овог члана.

Члан 6.

Аутономија

Избор права не може се оспоравати само због неваљаности уговора.

Члан 7.

Установа *renvoi*

Избор права не подразумијева правила међународног приватног права изабраног права, осим ако стране то изричито нису предвидјеле.

Члан 8.

Обим мјеродавног права

Право које су странке изабрале регулисаће све аспекте уговора међу странама, укључујући, али не ограничавајући се на, слjedeћа питања:

- а) тумачење,
- б) права и обавезе које произлазе из уговора,
- в) извршење, те посљедице неизвршења уговора, укључујући процјену штете и камата,
- г) различити начини престанка обавезе, застарјелост и рокове застаре,
- д) ваљаност и посљедице неваљаности уговора,
- ђ) терет доказа и
- е) предуговорне обавезе.

Члан 9.

Формална ваљаност уговора

1. Уговор је формално ваљан ако је ваљан према праву које су изабрале стране, али то не значи да се неће примјењивати било које друго право које би требао да примијени суд или арбитража у сврху подржавања формалне ваљаности.

2. Промјена мјеродавног права неће утицати на формалну ваљаност.

Члан 10.

Пренос/уступање права

У случају уговорног преноса/уступања права повјериоца према дужнику која би била резултат уговора између дужника и повјериоца:

а) ако су стране уговора о преносу/уступању изабрале право мјеродавно за тај уговор, то право ће регулисати узајамна права и обавезе повјериоца и примаоца тражбине које произлазе из њиховог уговора;

б) ако су стране уговора између повјериоца и дужника изабрале право мјеродавно за уговор, то право ће се примјењивати на питања:

(и) да ли се пренос/уступање може истаћи против дужника,

(ии) права примаоца према дужнику, и

(иии) да ли су обавезе дужника извршене.

Члан 11.

Императивна правила која имају предност и јавни поредак

1. Ови Принципи не спречавају суд да примјени императивна правила права суда која имају предност и која се примјењују без обзира на то које право су изабрале стране.

2. Право суда одређује када суд може или мора, односно ће узети у обзир императивне норме које имају предност, а чине дио неког другог права.

3. Суд може одступити од примјене изабраног права ако и у мјери у којој

би та примјена била очито неспојива са основним појмовима јавног поретка (*ordre public*) суда.

4. Ставови 1, 2 и 3 ће се примјењивати и у судском поступку који се тиче арбитраже.

5. Ови Принципи не спречавају арбитражу да примјени јавни поредак (*ordre public*), или да примјени или узме у обзир императивне норме права које није оно које су изабрале стране, ако се то од ње тражи или ако на то има право.

Превод: Проф. др Валерија Шаула
Prof. dr Valerija Šaula
Faculty of Law
University of Banja Luka

UNIFICATION OF CONFLICT OF LAW RULES IN CONTRACTS WITH INTERNATIONAL ELEMENT-RECENT DEVELOPMENTS

Summary

The paper deals with recent development in international community in relation to establishing common principles in the field of conflict of law concerning contracts with international element.

Under the auspices of the Hague Conference on Private International Law a Working Group of specialists have developed a set of principles, i.e. the Hague Principles, regulating the issues of party autonomy, its limitations and choice of law rules in case there is no party autonomy.

The author has prepared a translation of the principles drafted so far and appended it to the paper.

Key words: *Hague Principles, unification, party autonomy, public policy, consumer protection.*

ТРЕТМАН „НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ“ У МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ ОДНОСИМА¹

Проф. др Александар Ћирић*

Апстракт: Аутор заснива своја истраживања на анализи развоја и еволуцији стандарда „најповлашћеније нације“, са кратким историјским освртом, затим посвећује пажњу употреби терминологије за обележавање овог правног института. Након тога следе разматрања о његовим општим појмовним обележјима, особинама и посебним специфичностима у међународним изворима права, посебно у Општем споразуму о царинама и трговини, као и праву Светске трговинске организације, указујући и на решења законодавства Србије. Посебан осврт, аутор посвећује врстама клаузула „најповлашћеније нације“. Дејство и сфера примене „најповлашћеније нације“ представља централни део рада, у оквиру кога аутор најпре полази од утицаја фундаменталних карактеристика, да би то питање довео у контекст утицаја праксе и конкретних примера, као што је „Canada-Autos Appellate Body“ доводећи дејство овог института са тзв. проблемом „The Free Rider (слободни јахач)“. Полазећи од тенденције ширења дејства „најповлашћеније нације“, аутор је овај стандард анализирао и у контексту међународног инвестиционог права, на примеру „Maffezini v. Kingdom of Spain“, пред ICSID-ом. На крају је, на подлози спроведене анализе, дат одговарајући закључак.

Кључне речи: „Најповлашћенија нација; Принцип недискриминације; Међународни трговински односи; Општи споразум о царинама и трговини (GATT); Светска трговинска организација (WTO); Комисија ОУН за међународно право.

1. Увод

Савремени међународни трговински односи (МТО) се заснивају на успостављању јединственог правног подручја, које тежи да покрије готово читав планетарни простор. Све више нестају границе између међународних и

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

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

унутрашњих норми у промету робе, услуга и новца. Правила Светске трговинске организације (СТО - *World Trade Organization-WTO*), данас, представљају институционални оквир мултилатералног трговинског система, односно правно-регулаторни оквир светске трговине.² Оснивањем СТО 1994. године, суштински се мења универзални правни режим МТО. СТО тежи успостављању универзалног система правног регулисања међународног промета, као правне надградње привредне глобализације. Ова Организација је следбеник изворне идеје Општег споразума о царинама и трговини (*General agreement on tariffs and trade-GATT, 1947*), о мултилатерализацији МТО. Њен основни концепт почива на сталној либерализацији националног и међународног трговинског промета, уклањањем препрека у циљу подстицаја и развоја трговинских односа. При томе је недискриминација претпоставка за постизање циљева слободније трговине, чија је непосредна еманација режим безусловне клаузуле најповлашћеније нације. Право СТО је установило колективне обавезе свих својих чланица да поштују право засновано на споразумима донетим у оквиру Организације. Њиме се штите интереси очекивања чланица СТО, уз њихово право на одређена индивидуална одступања од општег правног режима. Остваривање регулаторне функције СТО подразумева адекватно конструисан нормативни систем, који је подржан механизмом запређених санкција, за случај његовог нарушавања.

Руководне идеје на којима се ослања трговинска размена на глобализованом светском тржишту данашњице се реализују применом темељних начела у форми транспарентности, предвидивости, најповлашћеније нације, националног третмана, реципроцитета и др. Читав концепт мултилатерализоване либерализације правног система СТО почива на два темељна начела, која су преузета из ГАТТ-а 1947. Реч је о стандардима најповлашћеније нације и националног третмана, који су препрека дискриминацији у МТО. Ова два начела су окосница успостављања мултилатерализације и функционисања стандарда недискриминације у МТО. Регулатор су услова слободне конкуренције на светском тржишту. Предмет овог рада су појмовна обележја и дејство стандарда, односно начела „најповлашћеније нације“ (*The most favored nation - MFN*). Услед ограниченог обима прилога, ван наше конкретније и свеобухватније анализе су остала многа важна питања у вези са стандардом „најповлашћеније нације“. Међу њима су проблеми о регионалним привредним интеграцијама и, с тим у вези, њиховог утицаја на ограничења и изузетке од појмовних обележја овог значајног правног института. Принцип *MFN* се стално обогаћује новим садржајима, тако да се пракса суочава и са изазовима који, поред развоја међународних регионалних трговинских односа, произилазе и из међудржавних споразума о подстицају и заштити страних инвестиција.

² „*The WTO shall provide the common institutional framework for the conduct of trade relations among its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Annexes to this Agreement*” (став 1. члана I Споразума о СТО).

Очување принципа *MFN* у режиму СТО, заснива се на сопственом механизму решавања спорова, што значи да у оквиру права СТО постоји могућност за накнадно тумачење и проверу поштовања његове примене. Оно значајно утиче и на стратегију спољнотрговинске политике већине чланица СТО. Својом атрибутивном појмовном интенцијом о мултилатерализацији и раширеном дејству на све чланице СТО, систем „најповлашћеније нације“ омогућава равноправност у праву коришћења погодности и олакшица које произлазе из мера предузетих у трговинским односима унутар СТО. Кључна питања у вези са појмовним домашајем и ширином дејства „најповлашћеније нације“ заснивају се на начину тумачења клаузуле о *MFN*, посебно у вези са његовом применом у пракси. Ми ћемо на та питања указати, уз констатацију да она, као и многа друга, посебно она која се тичу изузетака и ограничења од „најповлашћеније нације“, заслужују посебне анализе.

2. Поглед на развој система „најповлашћеније нације“

Ембрионтретмананајповлашћенијенације(*MFN*), датираизпериадафеудализма, од *XI* до *XIII* века-каовидједностраног додељивања еквивалентних уступака трговцима из различитих иностраних градова од стране тадашњих владара.³ После *XV* века, концепт најповлашћеније нације је промовисан од стране суверених држава, као идеал једнакости за које су се нације залагале у то време. Коришћење клаузуле најповлашћеније нације у билатералним комерцијалним уговорима је, увећањем обима трговинске размене међу европским народима, такође повећано. До друге половине *XVII* века, *MFN* клаузуле обавезују уговорне стране да међусобно признају постојеће и будуће концесије дате од стране било које државе било којој другој нацији. На пример, у Уговору између Велике Британије и Шведске из 1654. године⁴ је предвиђено: „Људи, становници оба савеза ће користити права у сваком од краљевства, таквим значајним и потпуним привилегијама, узајамним односима, слободама и имунитетима, који се признају било ком другом странцу у тренутку потписивања (тзв. „садашња клаузула најповлашћеније нације, примедба аутора) и биће коришћена у будућности“.

Појава *MFN* новијег времена се везује за Трговински споразум између Франсуске и Велике Британије, познат као Кобден-Шеваље уговор о слободној трговини између Велике Британије и Француске од 23. јануара 1860.⁵

Након тога, стандард *MFN* је у дугом временском периоду био предмет двостораних међудржавних трговинских и њима сличних споразума.

³ A. Yanai, *The Function of the MFN clause in the Global Trading System*, (March 2002), online: IDE APEC Study Center; http://www.ide.go.jp/English/Publish/Apec/pdf/apec13_wp3.pdf, at 2.

⁴ *Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden 11 April 1654*, BSP 1/691.

⁵ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Cobden%E2%80%93Chevalier_Treaty

У савременим МТО дошло је, најпре, до премештања уговарања начела најповлашћеније нације са међудржавног нивоа (држава-држави), на ниво регионалних привредних интеграција (попут Европске уније и Северноамеричког споразума о зони слободне трговине-НАФТА и др.)⁶, да би своју најширу примену нашло на мултилатералној основи, најпре у систему *GATT-a*, а затим у праву Светске трговинске организације.

3. Термин, појам и врсте „најповлашћеније нације“

3.1. Термин

Положај држава, који произилази из третмана “најповлашћеније нације”, правно значи нешто друго од онога што би се дословним језичким тумачењем употребљеног израза закључило. Не ради се, како би се могло лаички протумачити, о повлашћивању једне земље у односу на друге државе. Употреба ове терминологије је често у средствима јавних информисања погрешно интерпретирана, уносећи забуну у јавности. Супротно од тога, реч је о изједначавању земаља и спречавању дискриминације у МТО. Погрешним тумачењем употребљених термина и израза су посебно биле иритиране САД, нарочито у односу на саопштења у јавности да неки тоталитарни режими у свету уживају њихову „преференцију“ најповлашћеније нације. Услед тога је 1998. године у Сједињеним Државама, израз „статус најповлашћеније нације“ преименован у „нормални трговински односи“ („*normal trade relations*“ – *NTR*).⁷

Међудржавни споразуми из периода билатералне међународне сарадње, који су закључивани без клаузуле најповлашћеније нације, су се означавали „хладним трговинским споразумима“.⁸ Данас се уговорне одредбе о *MFN* у дискурсу међународне јуриспруденције означавају као *grandfather clause*.⁹ У основи, поред манљивости у називу у теорији и пракси је у најчешћој употреби израз „најповлашћенија нација“ (е. „*The most favored nation*“; ф. „*La nation la plus favorisée*“; р. «Наибольшее благоприятствование“).

⁶ Такође је, 1983. године, закључен Споразум о привредној сарадњи између Европске заједнице и Андског пакта, у чијем члану 4. је била предвиђена клаузула најповлашћеније нације.

⁷ *Wikipedia, the free encyclopedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/Most_favoured.

⁸ М. Бартош, Међународно јавно право, Београд, 1951, стр. 70-88.

⁹ Овај израз у буквалном преводу значи „деда клаузула“, што би преносно могло да се протумачи као начело са улогом „*pater familias-a*“ читавог правног поретка успостављеног у споразуму *GATT* и касније преузетог у праву СТО. У вези са тим видети: *Kenneth Dam, The GATT, Law and International economic organization, The University of Chicago, 1970, p. 19.*

3.2. Појам и особине

Статусу „најповлашћеније нације“ се традиционално удељивала значајна пажња у литератури, при чему је он дефинисан на различите начине.¹⁰ У пракси постоји низ типова и система највећег повлашћења, са специфичним појмовним обележјима.¹¹

У основи, систем подразумева обавезу сваке стране уговорнице из међународног трговинског споразума, да призна другој страни, њеним физичким и правним лицима у областима њихових узајамних односа, права, преимућства, привилегије и олакшице у мери у којој их је она одобрила, или ће их у будућности одобрити било којој трећој држави, њеним физичким или правним лицима. Дакле, страна уговорница, која даје трговинске уступке другој страни из вишестраног (мултилатералног) споразума мора одобрити дате уступке свим потписницима из таквог споразума.

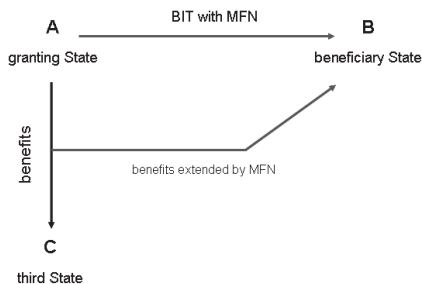
Генерално, систем највећег повлашћења подразумева постојање обавезе једне државе (*Granting state*) да призна држави партнеру (*Beneficiary state*), његовим физичким и правним лицима, роби договорене номенклатуре, све повластице које је признала физичким и правним лицима, или роби из треће државе (*Third state*).¹²

Овакав стандард подстиче либерализацију међународне трговине, посебно укидањем постојећих баријера и забраном увођења нових, што је један од основних циљева постављених, најпре, *GATT*-ом, а касније и правним ме-

¹⁰ M. F. Nsour: *Rethinking the World Trade Order: Towards a Better Legal Understanding of the Role of Regionalism in the Multilateral Trade Regime*, p. 51, <http://books.google.rs/books>

¹¹ OECD, као и UNCTAD, је припремио истраживања посвећена клаузулама о MFN. Видети: OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, Working Papers on International Investment, Working Paper № 2004/2 (2004)*, <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>. Такође видети: Конференција ОУН за трговину и развој: „Режим најповлашћеније нације“ (1999. год), Серија докумената УНКТАД о проблематици међународних инвестиционих односа. Документ UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III).

¹² Шема преузета од: S. W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses*, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27:2/2009.



ханизмом СТО.¹³

MFN у режиму СТО значи да, уколико једна њена чланица одобри трговинске олакшице некој другој, дужна је да их одмах и безусловно одобри и свим другим чланицама СТО, које имају правни и пословни интерес у односима са том чланицом. На пример, ако земља увозница снизи царину са 8% на 5% продавцу одређене робе из државе извознице, та стопа се аутоматски мултилатерализује у односу на такву врсту робе („*like products*“), која има порекло са територије било које од осталих чланица.

Поред класичних трговинских односа, важне области у којима се примењује стандард најповлашћеније нације се тичу царинског режима, дажбина, пореза и такси, као и формалности којима се подвргавају инострана роба, услуге, стране инвестиције и др. Држава гарантор (*garanting state*) је дужна да призна уступке у наведеним и другим областима, безусловно примени на све остале заинтересоване чланице СТО. Ово решење у праву СТО датира од доношења Нацрта статута Међународне трговинске организације (*International Trade Organization - ITO*), којим је формулисан систем *MFN* (чл. 16), као и национални третман (чл. 18). Иако је покушај оснивања *ITO* остао неуспешан, он је, ипак, резултирао усвајањем текста Општег споразума о царинама и трговини (*General Agreement on Tariff and Trade - GATT*). Споразум је, у свом изворном тексту, у потпуности укључио одредбе о режиму најповлашћеније нације (чл. *I GATT*), као и о стандарду националног третмана (чл. *III GATT*).

У преговорима о оснивању Међународне трговинске организације (*ITO*) Сједињене Државе су тврдиле да је *MFN* институт „апсолутно фундаменталан“. При томе је *MFN* одредба, из Нацрта статута за *ITO*, постала први параграф члана *I GATT*-а, и практично је остала непромењена и у каснијем његовом коначном тексту.¹⁴ На основу чл. *I GATT*-а, држава - његова потписница, је дужна да призна роби пореклом из других држава потписница режим не мање повољан од оног, који је доделила или ће у будућности доделити роби из било које земље потписнице (тзв. „будућа клаузула *MFN*“, примедба аутора).¹⁵

За еволуцију и особине института *MFN* је битно указати на два важна аспекта мултилатерализоване *MFN* одредбе, коју ваља разликовати од *MFN* одредби из билатералних споразума, из периода до усвајања *GATT*-а.

¹³ Декларацијом министара Уругвајске рунде трговинских преговора из 1986. године, су се потписнице тадашњег *GATT*-а обавезале да: а) не предузимају нове мере трговинских ограничења, које су у супротности са правилима *GATT*-а (*standstill klauzula*) и б) постепено, на неретиципној основи, укидају рестриктивне мере, које су у супротности са начелима *GATT*-а (*rollback klauzula*). Видети: А. Тирић, Међународно трговинско право, Ниш, 2010, стр. 277.

¹⁴ Donald McRae, *MFN IN THE GATT AND THE WTO*, <http://papers.ssrn.com>; J. H. Jackson, *World trade and The Law of the GATT 252 (1969)*. Donald McRae, *MFN IN THE GATT AND THE WTO*, <http://papers.ssrn.com>

¹⁵ Видети део под 3.3, *Infra*.

Прво, укључивање стандарда „најповлашћеније нације“ у *GATT* га је учинило мултилатерализованим правним институтом. Тиме и престаје неопходност закључивања билатералних споразума са клаузулом најповлашћеније нације, јер је његово дејство у систему *GATT* постало аутоматско.

Друго, *GATT* се определио за безусловну клаузулу *MFN*. Према чл. *I GATT-a*, клаузула најповлашћеније нације се међу његовим потписницама признаје „одмах и безусловно“.¹⁶ То омогућава једнаке конкурентске могућности учесника МТО и њихов равноправан положај на тржишту. Члан *II* Општег споразума о трговини услугама (*The General Agreement on Trade in Services - GATS*) утврђује режим „најповлашћеније нације“ у односу на цео Споразум. Он изричито предвиђа да: „У односу на посебне мере, обухваћене *GATS-ом*, сваки члан СТО је дужан да пружи одмах и безусловно за услуге и даваоце услуга из сваке друге чланице СТО режим не мање повољан, од оног који он пружа услугама или даваоцима услуга из било које друге земље“ (тзв. негативна клаузула најповлашћеније нације, примедба аутора).

Комисија за међународно право ОУН определила је систем најповлашћеније нације као „третман признат од стране државе гаранта, држави корисници, према њеним лицима или правима у одређеном односу, који не може бити мање повољан од третмана који је већ пружен од стране државе гаранта некој трећој држави, у односу на њена лица или права.“¹⁷ Комисија је режиму *MFN* придала својство „правног института“, не посматрајући га искључиво са аспекта права међународних уговора техничког и економског карактера.¹⁸ Она је предложила Генералној скупштини да државе чланице ОУН усвоје одговарајућу конвенцију на резултатима примене клаузуле о *MFN* у пракси. Сама та чињеница показује да принцип најповлашћеније нације није опште признат. Другим речима он се не може примењивати аутоматски, без конкретног уношења у текст уговора.

Схватане најповлашћеније нације према Закону о спољнотрговинском пословању Србије,¹⁹ подразумева примену најповољнијих услова у спољнотрговинском промету са земљом којој је овај третман додељен међународним споразумом или одлуком Владе. Најповољнији услови не укључују концесије одобрене споразумом о слободној трговини, споразумом о царинској унији, аранжманом о пограничној трговини и услове одобрене или засноване на прелазним споразумима о успостављању зоне слободне трговине или царинске уније.

¹⁶ See: *International Law Commission [ILC], Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries*, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l719.pdf

¹⁷ О томе више: *M. F. Nsour: Rethinking the World Trade Order: Towards a Better Legal Understanding of the Role of Regionalism in the Multilateral Trade Regime*, p. 51, <http://books.google.rs/books>

¹⁸ A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2)

¹⁹ Видети: чл. 6. Закона о спољно-трговинском пословању, «Сл. Гласник Републике Србије», бр. 36/2009, 36/2011 и 88/2011.

Из појмовних обележја стандарда „најповлашћеније нације“, могу се издвојити најмање четири његова елемента:

а) Положај најповлашћеније нације признат једној земљи мултилатерализује се у односу на друге државе. Клаузула се не односи на повластице које једна држава даје својим грађанима и предузећима, као ни на повластице које се међусобно примењују између чланица једне савезне државе.

б) Повластице које произилазе из највећег повлашћења одраз су реализације јавноправних овлашћења државе. Супротно томе, повластице које држава даје *iure gestionis*, у вршењу своје приватноправне делатности, остају ван домашаја клаузуле највећег повлашћења. Једна земља се може позивати на погодности које проистичу из снижавања царина, али не и на оне које резултирају из уговора о испоруци робе.²⁰

в) Права и повластице трећих држава се код клаузуле највећег повлашћења појављују као предмет упоређивања – *tertium comparationis*. То значи да држава корисница највећег повлашћења може захтевати да јој се аутоматски признају, под истим условима, права која су трећој земљи призната на основу уговора, закона или чланства у СТО, или некој другој организацији.

г) Положај најповлашћеније земље не изискује подређивање строго дефинисаним правилима понашања. Обим права и обавеза у првом реду зависи од већ датих повластица, као и повластица које ће бити евентуално убудуће дате трећим земљама.

Посебна карактеристика стандарда најповлашћеније нације се огледа у његовом дејству, по коме се оно протеже и на трговинске повластице у корист држава, које нису учествовале у преговорима око признавања конкретних концесија. Једини услов је да је њима начелно признат статус најповлашћеније нације (по основу уговора, чланства у међународној организацији и сл.), у односима са државом која је такве повластице одобрила.²¹

Особине стандарда „најповлашћеније нације“ у праву СТО, данас, ваља посматрати у контексту заштите интереса очекивања, као општег правног постулата реализације односа и сарадње њених чланица. Он полази од колективне обавезе свих чланица СТО да поштују начела и правила установљена споразумима донетим у оквиру Организације. *Ratio* ове заштите може се илустровати следећим примером. Држава А је дала концесије држави Б на увоз текстила. Олакшице нису од значаја у моменту када су одобрене, већ имају значај *de lege ferenda*. Произвођачи текстила из других држава чланица заснивају, на тако преузетој обавези државе А према држави Б, сопствене пословне одлуке у погледу обима и квалитета производње, инвестиција и територијалне дистрибуције робе. Наведена обавеза државе А је „мултилатерализова-

²⁰ N. Ho: *Clause de la nation la plus favorisée*, Paris, 1930, p. 19.

²¹ Видети део 4.2. *Infra*.

на“ применом „највећег повлашћења“. Обавеза, коју је држава А преузела приступањем СТО, постала је обавеза према свим државама чланицама СТО, а не само према држави Б. Из наведеног примера јасно је да обавеза државе А мултилатерализована дејством клаузуле највећег повлашћења, има дејство на правну ситуацију других држава чланица СТО: оне ову обавезу „присвајају“ као премису чију примену очекују у односу на привредне субјекте под својим суверенитетом, који такође, на подлози исте вере, доносе своје пословне одлуке. Овакво „очекивање“ (односно интерес очекивања – „*expectation interest*“), заслужује правну заштиту.²² Њу обезбеђују норме садржане у систему споразума СТО, чија се примена гарантује кроз ефикасан механизам решавања спорова и изрицања санкција за случај њиховог нарушавања.

3.3. Врсте клаузула „најповлашћеније нације“

Клаузула је уговорна форма конкретизације начела „најповлашћеније нације“. У правној теорији постоји више класификација ове клаузуле. Поменићемо само неке од њих: а) једностране и двостране; б) условне и безусловне;²³ в) садашње и будуће; г) позитивне и негативне и др.

Односи држава се у принципу заснивају на реципроцитету. Доследно томе, једнострана клаузула се у пракси ретко среће. Тако, може се срести у уговорима на основу којих се бродовима једне државе, која нема морску обалу, једнострано признаје статус корисника морских лука од стране приобалне земље.

Двострана клаузула најповлашћеније нације се изричито предвиђа у уговорима као израз потпуног реципроцитета. Текст клаузуле изражава намеру страна уговорница да систем најповлашћеније нације признају свака свакој „под условом реципроцитета“. Од строге еквивалентности се, у пракси, може и одступити, тако да се оне не морају састојати у узајамним погодностима апсолутно исте врсте, али је за то потребан међусобни споразум о асиметричном третману. У противном, важи претпоставка да је положај најповлашћеније нације дат и примљен под условом пуног реципроцитета.

Безусловна клаузула највећег повлашћења обавезује уговорну страну да све повластице, одобрене ма којој трећој држави, одмах и без услова призна и другој страни уговорници.²⁴ Безусловна клаузула обезбеђује симултано и непосредно коришћење свих предности датих трећим земљама. Њој се придаје значај темељних вредности у систему либерализације МТО. У правној лите-

²² П. Цветковић, О праву Светске трговинске организације: асиметрија права и обавеза као кључна детерминанта, <http://teme.junis.ni.ac.rs/teme2-2009/teme%202-2009-09.pdf>

²³ С. Обрадовић, *op. cit.*, стр. 22-31; А. Јелић и М. Сукијасовић, Повластице у међународним економским уговорима, Београд, 1963, стр. 157-163.

²⁴ С. Обрадовић, Трговински уговори с највећим повлашћењем, Београд, 1933, стр. 22-25.

ратури се истиче да само уговори са безусловном клаузулом садрже систем највећег повлашћења, док се уговори који садрже условну клаузулу називају „реципроцитетним уговорима“.

Код условне клаузуле највећег повлашћења, страна уговорница може претендовати на повластице дате трећој земљи, уколико испуни одређени услов да би дошла у исти положај који има трећа земља. Такође, уколико је трећој земљи повластица дата уз одговарајући еквивалент, концесију или накнаду, онда ће и земља уговорница стећи права на те повластице ако призна такве уступке, или “одговарајући еквивалент” другој страни уговорници. Незгода код условне клаузуле највећег повлашћења је у томе што лишава систем најповлашћеније нације аутоматског дејства. Фактички односи између страна уговорница могу се регулисати преговорима. Стога неки правни писци сматрају да је овај тип клаузуле својеврстан вид повреде система највећег повлашћења.

Садашњом (*pro futuro*) клаузулом се може утврдити да ће њен корисник уживати само оне повластице које земље буду стекле после потписивања међудржавног уговора са клаузулом највећег повлашћења. Клаузулом *de (pro) peterio* корисник се овлашћује да може уживати само оне повластице које су трећим земљама признате у односу на државу уговорницу до момента потписивања међудржавног уговора. У случају сумње, сматра се да се ради о временски неограниченој клаузули.

Известан значај за клаузулу највећег повлашћења има и начин њеног формулисања - у позитивном и негативном смислу. Позитивном формулацијом текста клаузуле се другој уговорници “признају све повластице..”, а негативном формулацијом се уговорна страна обавезује да неће дати ни једној трећој земљи било какву повластицу коју не би признала другој страни уговорници. То је обавеза “изједначења сметњи”.²⁵

4. Дејство и сфера примене „најповлашћеније нације“

4.1. Опште напомене

Као што смо и напред констатовали, из појмовног одређења *MFN* садржаног у *GATT*-у 1994, произилазе оквири његовог дејства, које подразумева да је обавеза стране уговорнице-државе гаранта, или чланице СТО, коју је преузела приступањем у чланство Организацији, постала обавезна према свим осталим уговорницама, односно чланицама. Обавеза чланице је мултилатерализована дејством клаузуле највећег повлашћења на правну ситуацију других чланица СТО. Оне ову обавезу „присвајају“ као премису чију реализацију очекују, преносећи такво „очекивање“ и на привредне субјекте под својим суверени-

²⁵ А. Ђирић, Међународно трговинско право, Ниш, 2010, стр. 138.

тетом, који на таквој премиси и заснивају своје пословне одлуке.²⁶ Овакав „интерес очекивања“ – *«expectation interest»*, заслужује правну заштиту, а њу обезбеђује право СТО, посебно активирањем механизма решавања спорова.²⁷

Подручје деловања најповлашћеније нације се простире на материју царина и других дажбина које се примењују на увоз или извоз, чија се наплата реализује у увозу или извозу, као и на дажбине које погађају међународни трансфер средстава намењених плаћању увоза или извоза, на начин наплате дажбина, на све прописе који се односе на формалности око увоза, извоза или су у вези са њима.²⁸ Поред тога, клаузула најповлашћеније нације, у режиму *GATT-a*, односно права СТО, санкционише дискриминаторни третман и у односу на „сличне“ производе („*like products*“), по чему она има шири обухват робе од начела националног третмана, који се примењује у случају постојања дискриминаторних мера у односу на робу која је „директно конкурентна или заменљива“ домаћом робом („*Directly competitive or substitutable goods*“).²⁹

На основу нових уговора СТО, који припадају „пакету“ тзв. „обухваћених споразума“ („*covered agreements*“), који чине окосницу права СТО, дејство принципа *MFN* је проширено ван подручја његовог традиционалног предмета – робе. Оно се протегло на бројне друге области, од којих су најзначајније сфере услуга и право интелектуалне својине. Тако је систем најповлашћеније нације постао „угаони камен темељац“ и тзв. „нових трговинских споразума СТО“, као што су, у првом реду, Општи споразум о трговини услугама (*The General Agreement on Trade in Services - GATS*) и Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS*).

Сходно чл. II *GATS-a*, предвиђена је широка сфера применене *MFN* у односу према „свакој мери, која је обухваћена Споразумом“.

Генерално посматрано, *MFN* онемогућава хегемонистичке државе да једнострано намећу обрасце понашања у МТО,³⁰ док се у сваком конкретном случају проблем сфере примене режима најповлашћеније нације своди на тумачење самих текстова клаузуле у међународним трговинским и њима сличним споразумима. Неки од њих имају широку сферу дејства, док други

²⁶ П. Цветковић, *op. cit.*, <http://teme.junis.ni.ac.rs/teme2-2009/teme%202-2009-09.pdf>

²⁷ О процедури решавања спорова пред СТО, видети: А. Ћирић, *The Dispute Settlement Procedure Before the World Trade Organization: Yearbook on International Arbitration*, Antwerp, Berlin, Copenhagen, Vienna, Graz, „European Academic Press“, 2010. - Vol. 1 (2010), str. 57-74..

²⁸ П. Цветковић, *op. cit.*, <http://teme.junis.ni.ac.rs/teme2-2009/teme%202-2009-09.pdf>

²⁹ У истом купеу са захтевима чл. I, налазе се и захтеви чл. III ГАТТ-а у вези са „националним третманом“, робе, која је након приступа на унутрашње тржиште изједначена у статусу са домаћом робом.

³⁰ Детаљније о овоме видети: S. W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses*, *Berkeley Journal of International Law*, [Vol. 27:2/2009, p. 508.

изричито предвиђају уже поље примене. При томе се користе многи „каучук“ појмови, као што је стандард „аналогне околности“, „слични производи“ („*like products*“).³¹ Тумачење текста треба да определи тачну сферу дејства сваке конкретне клаузуле. Практична искуства у досадашњим примерима о схватању „најповлашћеније нације“ у контексту права СТО, могу послужити као оријентир у тумачењу њеног дејства. Међутим, дејство и обухват у примени најповлашћеније нације, мерен кроз функционисање споразума у систему СТО и других међународних споразума, значајно је сужен кроз велики број ограничења и изузетака, који по оцени Светске банке прелазе 40% обима светске трговине. Томе посебно доприносе тзв. регионалне резерве, којим се дејство клаузуле највећег повлашћења ограничава у односу на поједина подручја, регионе, који обухватају земље са ужег или ширег географског простора.³² Све је израженија тежња ка тзв. „регионалној привредној интеграцији“ и регионалном развоју, што је условило да је број међународних организација данас импозантан. Указује се на појаву пролиферације и дуплирања њихових надлежности. Предлаже се увођење посебног међународног тела (*international clearing house*), ради успостављања реда у њиховом делокругу рада.³³ Изванредно брз развој светске индустријске производње и ширење међународне робне размене, условљавају потребу контролисаног удруживања. Уношење ограничења у односу на домаћај клаузуле најповлашћеније нације, знатно сужава њено дејство. Најчешће врсте ограничења су: територијална; стварна; временска и институционална.³⁴

4.2. Дејство клаузуле *MFN* на примеру „*Canada-Autos Appellate Body*“ и „*The Free Rider problem*“

У случају *Canada-Autos Appellate Body*, Апелационо тело СТО је истакло, да су предмет и сврха члана *I GATT-a* „да забрани дискриминацију производа на основу њиховог порекла или пласмана у различите земље“. Апелационо тело је констатовало да је забрана дискриминације у члану *I* подстисај за концесије, на реципрочној основи, која се, дејством најповлашћеније нације

³¹ M. J. Trebilcock and R. Howse, *The regulation of international trade*, 3rd edition, Routledge, New Yourk, 2005, p. 49-83.

³² M. J. Trebilcock, Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 3rd edition, "Routledge", 2005; N. Nagarajan, *Regionalism and The WTO: New rules for the game*, *Economics papers*, N0-128, June, 1998, <http://www.acp-eu-trade.org>

³³ Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Д. Ђурђев, Д. Дивљак, Међународно привредно право, Нови Сад, 2008, стр. 75.

³⁴ Више о ограничењима и изузетима од клаузуле најповлашћеније нације видети: Р. Ђуровић/А. Ћирић, Међународно трговинско право, Ниш, Општи део, 2005, стр. 74-77.

мултилатерализује и протеже на све остале чланице.³⁵ Међутим, члан *I GATT-a* је више од подстицаја – он садржи обавезу да се такве предности примене у односу на све чланице СТО.³⁶ Дејство мултилатерализације концесија међу чланицама СТО, а самим тим и *GATT-a*, која произлази из *MFN* третмана, искључује обавезу на преговарачке процесе на билатералној основи. Тако, уколико чланица *X* одобри чланици *Y* повољности она се шири на све остале чланице СТО, без било каквих додатних услова. Такав начин мултилатерализације обезбеђује погодности и чланицама које уопште нису ни преговарале о њима, а у замену нису дужне на било какве уступке са своје стране. У дискурсу јуриспруденције се, у вези са тим изнедрио тзв. „*The Free Rider problem*“ («слободни јахач»; «бесплатна возња»). Дакле, поједине државе могу, држећи се по страни, без икаквог учешћа у преговорима («слободни јахачи»), «бесплатном возњом», стићи до повољности у МТО, које даје конкретна држава некој трећој земљи. Како безусловна клаузула највећег повлашћења омогућава да обавеза поштовања одобрених концесија, преузета у односима са једном конкретном државом, постаје обавеза према свима, односно право свих осталих, постоје схватања да та чињеница умањује користи од одобрених повољности, будући да у њиховом коришћењу може учествовати велики број држава, без икаквих претходно испуњених услова. Постоје мишљења да се овај проблем може решавати коришћењем условне клаузуле највећег повлашћења. Међутим, слабости таквог приступа су у чињеници да би у том случају било потребно водити међудржавне преговоре о условима под којима би се признавале одређене повластице. Тиме би процес либерализације, са нивоа мултилатерализације МТО, могао бити враћен некадашњем билатерализму.³⁷ Овакве дилеме су само један од показатеља све сложености МТО, која од регулаторних тела на различитим нивоима, а пре свега од СТО, захтевају изналагање изнијансираних решења и стално усавршавање постојећих механизма.

4.3. Дејство „најповлашћеније нације“ у области међународног инвестиционог права на примеру „*Maffezini v. Kingdom of Spain*”

Када је реч о појединим секторима МТО, најновији изазови савременог периода који се тичу клаузуле *MFN* се, поред наведених, шире и на друге сфере, као што је материја међународних инвестиција. У пракси се појављују спорови, чије решење може значајно утицати на примену и дејство режима *MFN*, у појединим конкретним односима. У том смислу је индикативан став трибуна-

³⁵ *Appellate Body Report, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, 84, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (May 31, 2000).

³⁶ D. McRae, *MFN IN THE GATT AND THE WTO*, <http://papers.ssrn.com>

³⁷ Видети: *Mavroidis, P.C., Horn, H.*, „*Economic and legal aspects of the Most-Favoured-Nation clause*“; *European Journal of Political Economy*, Vol 17, 2001, p. 234. Видети и: *Viner, J.*, „*The Most Favoured-Nation Clause in American commercial Treaties*, *International Economics*, The Free Press, Glencoe, IL., 1951.

ла Међународног центра за решавање међународних инвестиционих спорова (*The International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*), у предмету „Мафесини против Каљевине Шпаније“.³⁸ Тужилац Мафесини, држављанин Аргентине, поднео је тужбу по основу двостраног инвестиционог споразума између Аргентине и Шпаније пред *ISCID* центром са седиштем у Вашингтону. Шпанија је истакла приговор, да је сагласно чл. X(3) тог Споразума, Мафесини био дужан да покрене поступак пред националним судом Шпаније у року од 18 месеци пре подношења тужбе, сагласно одредбама Споразума. Међутим, тужилац је указао на одредбу о клаузули најповлашћеније нације из Споразума између Аргентине и Шпаније (чл. 4.), који је предвиђао да: „сва питања, која уређује Споразум, подлежу режиму који не може бити неповољнији од режима, који примењује свака од страна уговорница у области инвестиција, које се реализују на њеној територији из треће државе.“ Тужилац се позвао на околност да је, сагласно двостраном инвестиционом споразуму закљученом између Шпаније и Чилеа предвиђено да инвеститори, у улози тужиоца нису дужни да подносе своје тужбе најпре унутрашњим судовима Шпаније. У том смислу, упоређивањем се може доказати да аргентински инвеститор има мање повољан третман, од чилеанских инвеститора у Шпанији. На основу тога је тужилац тврдио да, на подлози клаузуле о *MFN* из аргентинско-шпанског споразума, он има право да му се призна повољнији режим, који је додељен чилеанским инвеститорима, сагласно шпанско-чилеанском двостраном инвестиционом споразуму.

Суд је одбио наводе Шпаније да се клаузула о *MFN* у аргентинско-шпанском споразуму примењује само у односу на одредбе које се тичу материјално-правних питања, а не односе се на процесне одредбе, наводећи при том да се, на основу самих услова клаузуле о *MFN*, она примењује у погледу „свих питања регулисаних Споразумом“. После разматрања постојеће међународне и судске праксе Шпаније, суд је одлучио да тужилац може искористити клаузулу о *MFN* из аргентинско-шпанског споразума, као основ примене повољнијег режима, предвиђеног у шпанско-чилеанском инвестиционом споразуму, чиме га је ослободио и обавезе претходног подношења тужбе државном суду Шпаније.

Одлука у предмету Мафесини открива могућност проширења дејства клаузуле о *MFN* на неслуђено широке сфере. Указује се да клаузула има особину која јој омогућава преображај у „надговорну норму“ (*“super-treaty” provision*), која ће омогућавати чланицама-бенефицијарима право избора из каталога повољности, оне која је призната трећим чланицама од друге стране (чланице) и која је најповољнија, чиме се ствара пракса „трагања за повољним уговором“ (*“treaty-shopping”*).³⁹

³⁸ *Maffezini v. Kingdom of Spain*, 25 January 2000, ICSID Case No. ARB97/7.

³⁹ Видети: *International Law Commission, Fifty-ninth session, Geneva, 7 May-8 June and 9 July-10 August 2007, Most-favored nation clause, Report of the Working Group*, p. 421, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1719.pdf

Проблеми који могу проистећи из одлуке у спору „Мафесини“, су садржани у питању да ли могу државе гарантори унапред одредити какву обавезу оне у стварности преузимају клаузулом о *MFN* у инвестиционим и другим трговинским споразумима.⁴⁰ Да ли оне дозвољавају бенефицијару унапред неодређена права, или права која су предвидива и ограничена? Таква неизвесност има за последицу неодређеност сфере дејства клаузуле о *MFN*.

Предмет „Мафесини“ је допринео да државе настоје да формулишу клаузуле о *MFN* на начин који би предупредио шире, а самим тим и њено непредвидиво дејство. У споразумима се текст клаузуле, све чешће, формулише уз изричита искључења појединих погодности. Таква предострожност је резултат неизвесности у погледу тумачења дејства клаузуле о *MFN* од стране надлежних правосудних институција, укључујући и панеле и орган за решавање спорова у систему СТО. Неки судови су стали на становиште да клаузула о *MFN* допушта позивање на друге споразуме у циљу утврђивања шта у конкретним околностима представља „правичан и равноправни режим.“⁴¹

6. Закључак

На подлози спроведене анализе се може закључити да систем „најповлашћеније нације“ није сам себи циљ. Он је средство реализације једног даљег циља – успостављања једнакости и недискриминације учесника МТО на светском тржишту и националним тржиштима земаља њиховог седишта. Стандард недискриминације има како општи, тако и уговорни карактер.

Дејство најповлашћеније нације диктира њена природа, која је усредсређена на пружање једнаке конкурентске шансе свим субјектима на светском тржишту респектујући: а) право држава да се не подвргавају дискриминацији, као и њихово право на коришћење свих услова у односу на приступ робе на страном тржиште, који важе у погледу обављања делатности физичких и правних лица на страном тржишту и б) обавезу признавања иностраној роби, иностраним правним и физичким лицима из једне државе, статуса најповлашћеније нације, на основу кога се лицима из било које треће државе не може признати статус који би био мање повољан у односу на конкретну државу;

⁴⁰ О карактеристикама и дејству *MFN* у инвестиционим споразумима видети: *Most favored nation treatment United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2010, p. 1-141, http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf*

⁴¹ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, 25 May 2004, ICSID Case No. ARB/01/7; Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Award of the NAFTA Tribunal, 10 April 2001, I.L.R. vol. 122 (200), p. 352. Будемо: International Law Commission, Fifty-ninth session, Geneva, 7 May-8 June and 9 July-10 August 2007 Most-favored nation clause, Report of the Working Group, p. 422, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1719.pdf*

Начело недискриминације је угаони камен темељац за успостављање и даљи развој МТО⁴². Оно, у основи, тежи реализацији система изједначења субјеката спољнотрговинског пословања. Забрана дискриминације има две димензије. Прва, која се односи на систем најповлашћеније нације, је допуњена другом - начелом „националног третмана“.

На крају овог излагања ваља подвући да, сагласно класификацији Комисије ОУН за међународно трговинско право, државе у материјално-правном смислу, примењују стандард најповлашћеније нације у следећим областима: царинске дажбине; царинска обрада робе; порези и таксе; нетарифне мере регулисања (технички стандарди, административна правила, санитарне и карантинске формалности итд.); сфера валутно-финансијских односа; правни положај иностраних физичких и правних лица; режим транспорта (бродови, терет, друга транспортна средства); транзит; режим интелектуалне својине; приступ правосуђу, признање и испуњење иностраних судских и арбитражних одлука; посебан статус дипломатских, конзуларних и других представништава; друга питања трговинско-економске сарадње, укључујући област индустрије, технологије и веза, као и друге области јавног привредног сектора.

Стандард „најповлашћеније нације“ подстиче либерализацију међународне трговине, посебно укидањем постојећих баријера и забраном увођења нових, што је један од основних циљева постављених, најпре, *GATT*-ом, а касније и правним механизмом СТО. У режиму СТО значи да, уколико једна њена чланица одобри трговинске олакшице некој другој, дужна је да их одмах и безусловно одобри и свим другим чланицама СТО, које имају правни и пословни интерес у односима са том чланицом.

Особине стандарда „најповлашћеније нације“ у праву СТО, данас, ваља посматрати у контексту заштите интереса очекивања, као општег правног постулата реализације односа и сарадње њених чланица. Он полази од колективне обавезе свих чланица СТО да поштују начела и правила установљена споразумима донетим у оквиру Организације. Обавеза чланице је мултилатерализована дејством клаузуле највећег повлашћења на правну ситуацију других чланица СТО. Оне ову обавезу „присвајају“ као премису чију реализацију очекују, преносећи такво „очекивање“ и на привредне субјекте под својим суверенитетом, који на таквој премиси и заснивају своје пословне одлуке. Овакав „интерес очекивања“ – *«expectation interest»*, заслужује правну заштиту, а њу обезбеђује право СТО, активирањем механизма решавања спорова.

Практично искуство у схватању „најповлашћеније нације“ у контексту права СТО, може послужити као оријентир у тумачењу њеног дејства. Међутим, обухват у примени најповлашћеније нације, мерен кроз функционисање спора-

⁴² О томе: А. Ђирић, Међународно трговинско право, Ниш, 2010, стр. 109; P. Muchlinski, *The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard, International and Comparative Law Quarterly*, [ICLQ vol 55, July 2006 pp 527-558].

зума у систему СТО и других међународних споразума, значајно је сужен кроз велики број ограничења и изузетака.

Принцип најповлашћеније нације није опште признат. Он се не може примењивати аутоматски, без конкретног уношења у текст међународних уговора, као што су и споразуми у оквиру СТО.

Aleksandar Ćirić, Ph. D.

Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

MOST-FAVORED-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL TRADE RELATIONS

Summary

The author based his research on the analysis of the development and evolution of the most-favored-nation (MFN) standard. Article begins with a brief historical overview, then dedicates attention to the terminology of this legal concept, and continues by considerations about the general conceptual features, to characteristics and particularities of the MFN treatment in international law sources, especially in the General Agreement on Tariffs and Trade, as well as in the law of the World Trade Organization. Text, also, indicates on solutions in the legislation in Serbia. A special review in the paper is devoted to the types of the most-favored-nation clauses. Analysis of the effect and scope of application of the most-favored-nation treatment is a central part of the work, in which the author begins from fundamental characteristics of the MFN treatment impact. The paper puts this issue in the context of the impact of practice and specific examples, such as Canada – Autos, Appellate Body Report, by bringing the effect of this legal concept with the so-called “free-rider” problem. Starting from the tendency of extending MFN treatment, author has analyzed this standard in the context of international investment law, on the ICSID’s case Maffezini v. Kingdom of Spain. In the end of this article an appropriate conclusion is given on the bases of conducted analyses.

Key words: *most-favoured-nation (MFN); non-discrimination principle; international trade relations; General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); World Trade Organization (WTO); United Nation International Law Commission (ILC).*

O OBAVEZI AKREDITIVNE BANKE DA ISPITA PODNETE DOKUMENTE

Prof. dr Radovan D. Vukadinović*

***Apstrakt:** Jedna od obaveza koju akreditivna banka preuzima prema nalagodavcu i korisniku akreditiva jeste i ispitivanje podnetih dokumenata. Ovu obavezu akreditivna banka duguje korisniku i nalagodavcu, a ispunjava je primenom duplih standarda. U odnosu prema korisniku, banka ispituje usklađenost podnetih dokumenata u skladu sa doktrinom stroge saobraznosti i prema standardu za pregled dokumenata koji su određeni u JP. U odnosu prema nalagodavcu, banka istu obavezu ispunjava u skladu sa ugovorom o otvaranju akreditiva i pravilima merodavnog nacionalnog prava o nalogu ili mandatu. Ovakvom primenom dvostrukih standarda može se narušiti ravnoteža u zaštiti interesa nalagodavca i korisnika, a time dovesti u pitanje poverenje koje dokumentarni akreditiv uživa ne samo kao sredstvo plaćanja, nego i kao sredstvo obezbeđenja i zaštite interesa strana koje u njemu učestvuju.*

***Ključne reči:** dokumentarni akreditiv, nalagodavac, akreditivna banka, korisnik, doktrina stroge saobraznosti, pregled dokumenata, usklađena prezentacija.*

1. Uvod

Pod poslom dokumentarnog akreditiva u širem smislu se razume skup odnosa koji se uspostavljaju između nalagodavca, akreditivne banke, ostalih banaka koje učestvuju u poslu i korisnika. Akreditiv u užem smislu čini samo odnos koji se uspostavlja između akreditivne banke i korisnika akreditiva. Odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva je u Zakonu o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) definisan kao pravni posao u kome je akreditivna banka obavezna da isplati korisniku određenu novčanu svotu pod uslovom da joj budu podneti dokumenti prema uslovima utvrđenim u akreditivu.¹

*Проф. др Радован Д. Вукадиновић, Правни факултет у Крагујевцу.

¹ Čl. 1072. ZOO.

Prema Jednoobraznim običajima i praksi za dokumentarne akreditive, revizija iz 2007. godine, (u daljem tekstu JP)², dokumentarni akreditiv je definisan kao svako utanačenje, bez obzira na naziv ili opis, koje je neopozivo i kojim se konstituše konačna obaveza akreditivne banke da honorira usklađenu prezentaciju. Bez obzira na izvesne razlike (i nedostatke) koje se mogu naći u navedenim definicijama³ zajednička im je obaveza koju akreditivna banka preuzima prema korisniku akreditiva. ZOO njenu obavezu neopravdano svodi na isplatu određene novčane svote, dok je u JP obaveza akreditivne banke označena širim pojmom i obuhvata »honorisanje usklađene prezentacije.« Da bi akreditivna banka mogla da izvrši ovu obavezu potrebno je da ispita podnete dokumente kako bi utvrdila da li predstavljaju usklađenu prezentaciju i na osnovu toga donela odluku o honorisanju.

Iako ovu obavezu mogu imati i nominovane banke, predmet rada je zbog obima ograničen samo na analizu obaveze koju je preuzela akreditivna banka. U tom cilju je poseban položaj akreditivne banke analiziran kroz navođenje njenih obaveza, u prvom delu rada, i analizu standarda za ispitivanje usklađenosti podnetih dokumenata i posledica koje nastaju, u drugom delu rada. U analizi navedenih pitanja se polazi od teze da rešenja iz Jednoobraznih pravila pogoduju bankama jer im otvaraju mogućnost da ublaže doktrinu stroge saobraznosti i načelo autonomije akreditiva.

Razloge posebnog položaja u kome se nalazi akreditivna banka bi trebalo tražiti u činjenici da u istom poslu zasniva pravne odnose sa tri strane čiji su interesi međusobno suprotstavljeni i ne moraju se podudarati sa njenim interesima. Akreditivna banka uspostavlja pravne odnose sa dužnikom iz osnovnog posla, korespondentnim bankama i sa poveriocem iz osnovnog posla. Od korespondentnih banaka, od značaja su one prema kojima akreditivna banka ima obavezu rambursa po osnovu honorisanja podnetih dokumenata.

Interesi ugovornih strana u izvršenju osnovnog posla (čemu služi dokumentarni akreditiv) su suprotstavljeni i različiti. Tako je interes prodavca da robu naplati što je moguće pre i u punom iznosu, čak i bez obzira na stanje isporučene robe, dok je interes kupca da plati cenu samo za robu koja u potpunosti odgovara uslovima iz ugovora o prodaji. Otvaranjem dokumentarnog akreditiva, akreditivna banka preuzima delikatnu ulogu posredovanja sa namerom da štiti interese obe strane. S obzirom da otvaranje akreditiva spada u uslužne poslove, akreditivna banka nema samo neutralnu ulogu, već ima i sopstvene interese:⁴ da naplati proviziju i troškove za svoje usluge. Stoga je dužna da prilikom izvršavanja obaveza koje je preuzela

² CC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007 Revision, ICC Publication No 600. Pravila se primenjuju od 1. jula 2007. godine. Prevod Pravila objavio Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije.

³ Vid. R. Vukadinović, Ima li mesta za dokumentarni akreditiv u novom Građanskom zakoniku Srbije. *Prav. život*, 2011, knj. 548, br. 10, str. 663-686.

⁴ Grassi, P. S., Letter of Credit Transactions: The Banks' Position in Determining Documentary Compliance - A Comparative Evaluation under U.S., Swiss and German Law (1995). *Pace International Law Review*. Paper 86. <http://digitalcommons.pace.edu/intlaw/86Grosso>, str. 84.

prema navedenim licima, vodi računa ne samo o interesima nalagodavca (o čemu će još biti reči) već i o sopstvenim.

2. Obaveze akreditivne banke

Osoben položaj akreditivne banke je određen obavezama koje otvaranjem preuzima prema licima koja učestvuju u akreditivnom poslu: nalagodavcu, ostalim bankama koje učestvuju u akreditivnom poslu i prema korisniku. U pitanju su obaveze koje se razlikuju kako po vrsti, tako i prema pravnoj prirodi i međusobnom odnosu. Iako sve navedene obaveze imaju osnov u akreditivnom poslu u širem smislu, one su pravno nezavisne i akreditivna banka duguje njihovo ispunjenje različitim licima.

Prema nalagodavcu, akreditivna banka preuzima obavezu da ispita podnete dokumente i da ih prosledi najkraćim putem nakon honorisanja. Akreditivna banka se prema nalagodavcu nije na izričit način obavezala da ispita podnete dokumente, već to proizilazi iz njene uloge da kao nalogoprimec štiti interese nalagodavca i da postupa po njegovim nalozima.⁵ Tako je odredbama člana 751. ZOO, propisana obaveza nalogoprimeca da u slučaju kad nalagodavac nije dao određena uputstva o poslu koji treba obaviti, postupa kao dobar privrednik, rukovodeći se interesima nalagodavca.

Prema nominovanim bankama akreditivna banka ima obavezu ram-bursa. *Prema korisniku*, osnovna obaveza akreditivne banke se sastoji u honorisanju usklađene prezentacije. Ispitivanje dokumenata se podrazumeva jer banka ne može odlučiti o honorisanju pre nego što ustanovi da li postoji usklađena prezentacija. Kako odluku o tome može doneti samo nakon pregleda i ispitivanja dokumenata, ispitivanje dokumenata nije predviđeno kao posebna obaveza akreditivne banke, pa je korisnik ne može tužiti zbog toga što nije pregledala dokumente, niti je na to može naterati, već zbog toga što nije u propisanom roku donela odluku da li podneti dokumenti predstavljaju usklađenu prezentaciju. U slučaju kad banka donese odluku da podneti dokumenti ne predstavljaju usklađenu prezentaciju, korisnik može osporavati takvu odluku pozivajući se da se banka nije pridržavala standarda za pregled dokumenata koji su propisani JP.

⁵ Vid. A. Karl, *Letters of Credit and „The Doctrine of Strict Compliance“* thesis, Uppsala, 2004, str. 24.

2.1. Obaveza akreditivne banke da pregleda podnete dokumente prema ugovoru o otvaranju akreditiva

Prihvatanjem naloga za otvaranje akreditiva između akreditivne banke i kupca (nalogodavca) nastaje poseban pravni odnos koji se, u odnosu na ukupan akreditivni posao, naziva unutrašnji odnos. U većini zakonodavstava ovaj odnos nije regulisan kao poseban ugovor i smatra se neimenovanim pravnim poslom. U pravnoj teoriji ovaj odnos se, uglavnom, kvalifikuje kao ugovorni odnos.⁶ Shvatanje o postojanju ugovornog odnosa između akreditivne banke i kupca preovladava i u domaćoj teoriji, u kojoj se navedeni odnos označava kao ugovor o otvaranju akreditiva.

Ugovorom o otvaranju akreditiva akreditivna banka se obavezuje da po zahtevu nalogodavca otvori akreditiv u korist trećeg lica, korisnika akreditiva, a druga ugovorna strana, nalogodavac (komitent, kupac), se obavezuje da obezbedi akreditivno pokriće ili da pruži druga sredstva obezbeđenja, plati proviziju i nadoknadi druge nužne troškove. Ovaj ugovor pokazuje zbog čega se banka jednostrano obavezuje prema korisniku akreditiva, odnosno zbog čega izdaje akreditiv i zasniva tzv. spoljni odnos. Tako posmatrani, unutrašnji i spoljni odnosi su uzročno povezani i ovaj drugi proizilazi iz prvog. Međutim, u pravnom smislu, oni su odvojeni i samostalni pa će banka biti obavezna prema korisniku i kada je ugovor o otvaranju akreditiva ništav ili je prestao da postoji iz drugih razloga. Otuda se postavlja pitanje njegove pravne prirode i pravnog dejstva prema nalogodavcu i, eventualno, prema korisniku.

Kao što je već rečeno, u teoriji preovladava shvatanje da je reč o ugovornom odnosu, ali ne postoji saglasnost koja vrsta ugovora je u pitanju. Jedino je u američkoj pravnoj teoriji, koja polazi od prakse američkih banaka,⁷ ovaj odnos kvalifikovan kao kvaziugovorni.⁸

⁶ Izuzetak predstavlja američko pravo, gde se ovaj odnos tretira kao kvaziugovorni. Vid. B. Kozolchyk, *Letters of Credit*, Ch. 5, Vol. IX, u: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tiibingen, 1979, str. 41-42.

⁷ Kozolchyk, *n. delo*, s. 41.

⁸ Prema kvaziugovornoj koncepciji kupčev nalog za otvaranje akreditiva obavezuje jedino njegovog potpisnika (kupca), jer obećava da de rambursirati banku za akreditivni iznos. Naspram ove kupčeve obaveze iz naloga ne stoji odgovarajuća bančina obaveza da otvori akreditiv. Bančina obaveza nastaje tek stvarnim otvaranjem akreditiva ili njegovom isplatom. U tom smislu, prihvatanjem naloga, banka se ne obavezuje da će otvoriti akreditiv, već jedino „elastično obećava“ mogućnost da može dodati do otvaranja akreditiva. Bančina „elastičnost“ vremenski je ograničena do momenta kad se akreditiv ima smatrati otvorenim (established). Vid. B. Kozolchyk, *Legal Aspects of Letters of Credit and Related Secured Transactions*, *Lawyer of the Americas*, Vol. 11, No. 1/1979, s. 272. Prema Jednoobraznom trgovačkom zakoniku SAD, smatra se da je akreditiv otvoren, u odnosu na komitenta, čim mu se pošalje akreditiv ili, čim se akreditiv ili ovlašćeni pismeni izveštaj o njegovom otvaranju pošalje korisniku. Vid. čl. 5-106(la).

Zastupnici ugovorne koncepcije, odnos između kupca i akreditivne banke tretiraju kao dvostrano obavezni ugovor. Osnovna obaveza banke, iz tako zaključenog ugovora, je da otvori akreditiv i da se u svemu pridržava kupčevih uputstava, dok se kupac obavezuje da za te usluge plati bankarsku proviziju i dostavi pokriće ili regresira banku za isplaćeni akreditivni iznos. U pogledu vrste ugovora, u uporednom pravu postoje različita shvatanja.

Tako se prema engleskom pravu, odnos između kupca i izdavačke banke posmatra u okviru širokog pojma zastupanja (agency),⁹ a samo izuzetno se tretira kao ugovori odnos *sui generis*.¹⁰

U francuskom pravu, ugovor o izdavanju akreditiva predstavlja, u osnovi, ugovor o nalogu-mandatu, koji se, prema pojedinim mišljenjima, zaključuje na osnovu svojstva ličnosti (*intuitu personae*).¹¹

Prema nemačkom pravu, u pitanju je ugovor o delu (*Werkvertrag*) sa karakterom ugovora o zastupanju, koji za predmet ima obavljanje posebnog trgovačkog posla, shodno paragrafima 675. i 631. Nemačkog građanskog zakonika, pre nego ugovor o vršenju usluga.¹²

Postoje i shvatanja da ovaj odnos predstavlja poseban trgovački ugovor na koji se primenjuju pravila ugovora o zajmu ili kreditu.¹³

U domaćoj teoriji ugovor o izdavanju akreditiva se smatra vrstom ugovora o nalogu,¹⁴ s tim što pojedini autori naglašavaju elemente ugovora o zastupanju, ugovora o delu¹⁵ ili ugovora o komisiju.¹⁶ Postoje i shvatanja da je reč o ugovoru u korist trećeg lica.¹⁷

Shvatanju o banci kao kupčevom zastupniku se može prigovoriti zbog toga što korisnik nema pravo da stavlja prigovore koji se tiču nedostataka predmeta ugovora, kao što to može nalogodavčev saugovarač u poslu zastupanja.¹⁸ S druge strane, ni iz-

⁹ A. G. Davis, *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, London, 1954, str. 51; F. M. Ventris, *Bankers' Documentary Credits*, London, 1980, str. 60.

¹⁰ E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit*, Singapore, 1970. str.152.

¹¹ J. Stoufflet, *Le Credit Documentaire*, Paris, 1957, str. 201.

¹² N. Horn, Medunarodna plaćanja i akreditiv, *Pravni život*, br. 12/1976, s. 23; R. Liesecke, Die neuere Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofes, zum Dokumentenakkreditiv, *WM*, 1966, s. 460; J. Zahn, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, 5. Auflage, Berlin/New York, 1976, s. 34; A. Karl, *Letters of Credit and „The Doctrine of Strict Compliance“* thesis, Uppsala, 2004, str. 18.

¹³ U ovom smislu Kozolchyk, *n. delo*, str. 40, navodi italijansko, meksičko, kolumbijsko, honduraško i salvadorsko pravo.

¹⁴ V. I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd, 1981, str. 450.

¹⁵ Z. Vajner, *Međunarodna plaćanja, osiguranje plaćanja i finansiranje u vanjskoj trgovini*, Beograd, 1965, str. 68.

¹⁶ Antonijević/Petrović/Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982, str. 288.

¹⁷ M. Vučković, *Finansiranje spoljne trgovine*, Beograd, 1965, s. 107. Vid. A. Menendes, Letter of Credit, its Relation with Stipulation Pour Autrui, 2010, <http://ssrn.com/abstract=2019474>

¹⁸ V. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, G. Milanovac/Kragujevac, 1980, knj. II, str. 620.

davačka banka ne može činiti izjave u ime nalogodavca, kao što to može činiti pravni zastupnik iz člana 795. Zakona o obligacionim odnosima. Ni pravilima komisiona se ne može u potpunosti objasniti priroda odnosa između nalogodavca i izdavačke banke, mada iznete razlike u uporedno pravnim shvatanjima, upravo potiču iz različitog tretiranja pravne prirode komisiona.¹⁹ Osnovna razlika između komisiona i ugovora o izdavanju akreditiva se sastoji u tome što je nalogodavac, pored odnosa sa izdavačkom bankom, u odnosu i sa korisnikom, dok kod komisiona ne postoji pravna veza između komitenta i trećeg lica.

Pravilima komisiona, zastupanja ili naloga ne mogu se objasniti ni odredbe Jednoobraznih pravila o ograničenju ili isključenju odgovornosti akreditivnih banaka kada koriste usluge drugih banaka da bi izvršile uputstva nalogodavca. JP predviđaju da u tom slučaju banke to čine za njegov račun i na njegov rizik. Isto tako, banke ne snose bilo kakvu odgovornost ni u slučaju da uputstva koja su prenele ne budu sprovedena, čak i kad su same po sopstvenoj inicijativi izabrale druge banke.

Razloge za za odstupanja od osnovnih pravila ugovornog prava u pogledu ograničenja ili isključenja odgovornosti bi trebalo tražiti u snažnoj poziciji koju banke imaju u međunarodnom prometu,²⁰ što ovom odnosu daje *sui generis* prirodu.²¹

2.2. Ispitivanje dokumenata kao deo obaveze akreditivne banke da honoriše usklađenu prezentaciju

Otvaranjem akreditiva banka preuzima osnovnu obavezu da korisniku (ili drugom preteru) honoriše usklađenu prezentaciju. U ranijim verzijama JP, akreditivna banka je bila obavezana da korisniku honoriše podnete dokumente ako po spoljnom izgledu odgovaraju uslovima akreditiva. Obaveza honorisanja usklađene prezentacije se u važećoj reviziji JP pominje na više mesta (čl. 1, 4, 7, 14, 16), ali na bezličan ili depersonalizovani način, konstatacijom da akreditivna banka mora da honoriše usklađenu prezentaciju, bez navođenja prema kom licu je preuzela takvu obavezu. Tako se u članu 15. JP, koji je naslovljen kao »usklađena prezentacija«, samo konstatuje: »kad akreditivna banka utvrdi da je prezentacija usklađena, mora da honoriše.« Ostavljajući po strani raspravu o teško razumljivom stilu i jeziku JP u čijim pojedinim odredbama nema ili subjekta ili predikta, nesporno je da je ovu obavezu, kao osnovnu, akreditivna banka preuzela prema korisniku. ZOO je u tom pogledu jasan kad u članu 1072. navodi da se akreditivna banka obavezuje da kori-

¹⁹ Tako, u francuskoj, italijanskoj, švajcarskoj, skandinavskoj i domaćoj teoriji, jedan broj autora smatra da komisioni posao predstavlja posebnu vrstu mandata (*Isto*, str. 577).

²⁰ V. Lj. Rozenberg, *Pravo međunarodnih plaćanja*, drugi svezak, Zagreb, 1975, str. 105.

²¹ U ovom smislu Ellinger, *n. delo*, str. 152. i Rozenberg, *n. delo*, str. 32, kvalifikuju ovaj odnos kao *sui generis*.

sniku isplati određenu novčanu svotu...« Dilemu ne bi smela da unese ni odredba JP prema kojoj akreditivna banka ovu obavezu ispunjava »prezenteru«, odnosno podnosiocu dokumenata, koji je određen kao: korisnik, banka ili druga strana koja čini prezentaciju.

Obavezu honorisanja i ispitivanja podnetih dokumenata banka izvršava u skladu sa uslovima otvorenog akreditiva i Jednoobraznim pravilima. Pri tome se mora imati u vidu da akreditiv u užem smislu karakteriše pravna odvojenost ili samostalnost u odnosu na osnovni posao i ugovor o otvaranju akreditiva. Princip ili načelo autonomije je priznato i u onim pravima u kojima je dokumentarni akreditiv regulisan kao poseban posao. U pitanju je poseban princip čiju sadržinu i značenje treba tumačiti u skladu sa opštim pravnim načelima, kao što je načelo savesnosti i poštenja. Na ovakav odnos ne utiče činjenica što su JP prihvaćena gotovo od svih banka iz čitavog sveta, budući da nemaju normativnu snagu, već predstavljaju samo sakupljenu praksu i običaje.

Načelo autonomije akreditiva u užem smislu, proizvodi materijalno i procesno dejstvo.²² U materijalnom smislu, na obavezu akreditivne banke ne utiče postojanje ili prestanak osnovnog posla i ugovora o otvaranju akreditiva. Procesno dejstvo se ispoljava kroz zabranu nalogodavcu da akreditivnoj banci ističe prigovore koji imaju svoj osnov u navedenim ugovorima. Stroga i formalna primena načela autonomije i načela poslovanja dokumentima, a ne robom ili uslugama, omogućava akreditivnoj banci da prema nalogodavcu i korisniku primenjuje različite standarde kod ocene da li podneti dokumenti predstavljaju usklađenu prezentaciju i da li odgovaraju uslovima iz ugovora o otvaranju akreditiva.

3. Način ispitivanja podnetih dokumenata

Način ispitivanja dokumenata je definisan doktrinom stroge saobraznosti, a u tehničkom smislu je konkretizovana standardom za pregled dokumenata.

Pod doktrinom stroge saobraznosti se podrazumeva obaveza akreditivne banke da u ispunjenju svoje obaveze prema korisniku ispituje jedino podnete dokumente, a ne robu. Dokumenti imaju centralno mesto u realizaciji akreditivnog posla, pa za njihovo tumačenje i proveru važe posebna pravila, koja su u engleskoj teoriji i sudskoj praksi nazvana doktrina stroge saobraznosti (*The doctrine of strict compliance*). Doktrina stroge saobraznosti je pravni princip koji banku ovlašćuje da odbije dokumente koji nisu strogo saobrzni uslovima akreditiva.²³ U slučaju

²² Vid. R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, posebni deo, Kragujevac, 2009, str. 459-61.

²³ Za englesko pravo vid. C. Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade*, London, 1980, str. 248. za nemačko pravo vid. Westphalen, *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, 3rd edition, Heidelberg 1987) str. 240-241. Za italijansko pravo vid. E. Arban, *The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal*

Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd,²⁴ Lord Sumner (Sumner) je to definisao tako da: "Nikako nema mesta za dokumente koji su skoro isti ili koji služe istom cilju." Iz tih razloga »akreditivni posao predstavlja pravni odnos striktnog prava«²⁵ u kome važi formalizam i usko tumačenje spornih odredbi.

Iz ove doktrine se ranije podrazumevala i obaveza banaka da sve dokumente proveravaju razumnom pažnjom kako bi utvrdile da su po spoljnom izgledu u skladu sa odredbama i uslovima akreditiva.²⁶ Ako dokumenti u svemu odgovaraju uslovima akreditiva, i ako otvoreni akreditiv odgovara dobijenom nalogu, akreditiv funkcioniše na vrlo jednostavan i efikasan način. Svi učesnici u poslu ispituju jedino dokumente i svaki od njih, na osnovu ispravnih dokumenata, dobija odgovarajuću naknadu, jer se doktrina stroge saobraznosti ne primenjuje samo u odnosima između banaka i prodavaca, već i u odnosima između banaka i između akreditivne banke i kupca.²⁷ S obzirom da je obaveza postupanja razumnom pažnjom izostavljena u novim JP, stepen pažnje koji akreditivna banka duguje nalogodavcu prilikom ocene usklađenosti prezentacije, treba tražiti u merodavnim nacionalnim propisima, tamo gde postoje,²⁸ koje bi trebalo tumačiti kontekstu pravila koja važe za ugovor o nalogu ili mandatu.

4. Pravo (ili obaveza) banke da odbije neusklađenu prezentaciju

Osnovna svrha dokumentarnog akreditiva je da cenu iz osnovnog posla umesto nalogodavca korisniku isplati akreditivna banka. Ovu funkciju akreditiv može da ispuni samo ako banka ispita podnete dokumente i na osnovu toga donese odgovarajuću odluku o honorisanju. Stoga se postavlja pitanje da li će i prema kome će biti odgovorna banka ako nije pregledala dokumente, i na taj način nije omogućila

System, *Arizona Journal of International & Comparative Law* Vol. 23, No. 1 2005, str. 77-104, za kanadsku praksu: J. F. Dolan, A Principled Exception to the Strict Compliance Rule in Trilateral Letter of Credit Transactions, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=1088834>

²⁴ Presudu je doneo engleski House of Lords, a objavljena je u: (1927) 27 Ll.L. Rep. 49. Komentarisano prema: Ellinger, *n. delo*, str. 277; Gutteridge/Megrah, *n. delo*, str. 89; F.M. Ventris, *Bankers' Document-taj Credits*, London, 1980, str. 15.

²⁵ Z. Zdravković, Pravni aspekti međunarodnog akreditivnog posla, Zbornik radova o stranom i uporednom pravu, sv. 2, Beograd, 1963, str. 215.

²⁶ R. Vukadinović, Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva, Beograd, 1989, str. 59.

²⁷ Ellinger, *n. delo*, str. 277; Stoufflet, *n. delo*, str. 212, 314; A. Karl, *n. delo*, str. 23.

²⁸ U Jednoobraznom trgovačkom zakoniku SAD čl. 5-109(2) jasno je propisana obaveza akreditivne banke kao agenta da dokumente ispita razumnom pažnjom i u doboj veri. U slučaju povrede ove obaveze nalogodavcima je dato pravo i tzv. kaznenu štetu. Vid. L. G. Weinberg, Letter of Credit Litigation – Bank Liability for Punative Damages, *Fordham Law Review*, Vol 54, Iss. 5(1986) str. 920.

korisniku da pokuša da naplati cenu, i kada pregled dokumenata nije obavila potrebnom pažnjom. U prvoj situaciji koja će teško nastati u praksi, povređeni su i interesi nalogodavca jer će mu se korisnik kao prodavac iz osnovnog posla obratiti sa zahetvom da plati cenu, jer se otvaranjem akreditiva obaveza ne gasi, već se samo suspenduje njeno izvršenje. S obzirom da je nalogodavac već imao troškove oko otvaranja akreditiva, osnov za naknadu štete može tražiti samo u bančinoj povredi obaveze da pregleda dokumente.

Druga situacija postoji u slučaju kad akreditivna banka utvrdi da podneti dokumenti ne predstavljaju usklađenu prezentaciju. U tom slučaju prema odredbama člana 16. a. JP, banka »može odbiti da honorise ili negocira.«

Pitanje se postavlja zbog toga što se navedena formulacija može tumačiti tako da daje pravo banci da može da izabere ili da honorise, ili da odbije neusklađenu prezentaciju. Zabuna može nastati ako se ovakvo formulisana opcija tretira kao subjektivno pravo banke koje može, ali i ne mora da koristi bez štetnih posledica (odgovornosti) zbog izbora bilo koje od navedenih opcija. Doduše u JP se ne pominje »pravo« banke, već se koristi neutralni i nepravni izraz »može« da odbije. Tumačenjem *a contrario* to znači da banka može i *da honorise* takvu neusklađenu prezentaciju. Kako je akreditivna banka prema korisniku preuzela obavezu da honorise usklađenu prezentaciju, a prema nalogodavcu da ispita podnete dokumente (najmanje razumnom pažnjom) postavlja se pitanje da li će banka ako se odluči da honorise neusklađenu prezentaciju povrediti neku od navedenih obaveza. Odgovor bi trebalo tražiti tumačenjem obaveza koje je banka preuzela prema korisniku i nalogodavcu.

Honorisnjem neusklađene prezentacije banka neće povrediti obaveze koje ima prema korisniku. Naprotiv, na taj način banka omogućava korisniku da naplati cenu iako nije ispunio uslove za to. Stoga je izvesno da se korisnik neće tome protiviti, niti pokrenuti bilo kakav postupak protiv banke. Iako je teško, nije i nezamislivo, pretpostaviti ovakvo ponašanje banke. Na primer u slučaju kada je nalogodavcu odobrila kredit za akreditivno pokriće, pa joj je u interesu da ga na ovaj način održi na snazi. Drugi razlog može biti uverenje banke da će nalogodavac prihvatiti honorisane dokumente i sa manjim nedostacima, koji sa stanovišta doktrine stroge saobraznosti predstavlja neusklađenu prezentaciju, ali se prema opštim standardima ugovornog prava mogu tretirati kao nebitni ili neznatni nedostaci. Tipičan primer je slučaj kad banka kao saobrazne dokumente primi fakturu koja umesto na 5000 vreća šećera glasi na 4997 komada.²⁹ Prema merilima doktrine stroge saobraznosti i standardima za pregled dokumenata iz JP, takvo odstupanje čini podnete dokumente neusklađenom prezentacijom što predstavlja osnov da banka odbije njihovo honorisanje. Međutim, prema opštim pravilima ugovornog prava, takvo odstupanje se tretira kao neznatno

²⁹ *Moralice (London) Ltd v E. D. & F. Man*, 1954, 2 Lloyd's Rep. 526.

i prema pravilu *de minimis non curat lex* ne daje pravo drugoj strani (nalagodavcu) da odbije takvu isporuku, niti da pokrene postupak pred sudom protiv banke. Banci se ne može prigovoriti ni da je povredila obavezu ispitivanja dokumenata. Naprotiv, banka je upravo na osnovu pregleda dokumenata ustanovila da postoje odstupanja. S obzirom da je nalagodavcu zbog načela autonomije akreditiva onemogućeno da prigovorom spreči banku da honoriše takve dokumente, zaštitu svojih interesa može tražiti samo u okviru ugovora o otvaranju akreditiva koji je regulisan merodavnim nacionalnim pravom. U domaćem pravu bi na sva pitanja koja nisu na izričit način regulisana ugovorom o otvaranju akreditiva trebalo primeniti pravila o nalogu iz ZOO. Tako je odredbama člana 751. ZOO, akreditivna banka kao nalagoprimalac, obavezana da primljeni nalog (za otvaranje akreditiva) izvršava u skladu sa dobijenim uputstvima, pažnjom dobrog privrednika. Iz toga se može zaključiti da je banka obavezna i da dokumente pregleda pažnjom dobrog privrednika koja je svakako niži stepen pažnje od pažnje koja se zahteva prema doktrini stroge saobraznosti. Primenom pažnje dobrog privrednika i primenom doktrine stroge saobraznosti može se doći do različitih rezultata povodom istih dokumenata. Akreditivna banka može dokumente, u kojima faktura glasi na 4997 vreća umesto na 5000 vreća, smatrati neusklađenom prezentacijom i odbiti njihovo honorisanje, a da korisnik takvoj odluci o odbijanju honorisanja ne može prigovoriti prigovorom *de minimis*.³⁰ Međutim, u slučaju da odluči da honoriše takve dokumente, banka može zahtevati od nalagodavca da iste dokumente prihvati sa obrazloženjem da sadrže samo neznatna odstupanja. Slična situacija može nastati i u slučaju kada je roba utovarena posle ugovorenog roka.³¹ Takvo odstupanje u datumu čini konosman neusklađenim ali, ako ga banka prihvati i honoriše, pa nakon toga prosledi nalagodavcu, nalagodavac ga može odbiti samo ako dokaže da je zbog toga pretrpeo štetu i da se banka kao nalagoprimalac nije prilikom honorisanja rukovodila njegovim interesima.

5. Zaključak

Primena različitih standarda za ispitivanje akreditivnih dokumenata može narušiti ravnotežu u zaštiti interesa koju akreditiv nastoji da obezbedi kupcu i prodavcu iz osnovnog posla. Nalogodavci to mogu izbeći ili otkloniti ako u ugovoru o otvaranju akreditiva izričito ugovore da će banka imati pravo na akreditivno pokriće i naknadu za honorisani iznos samo ako im preda dokumente koji odgovaraju uslovima iz ugovora prema standardu stroge saobraznosti. U praksi se, međutim, takvo rešenje ne može očekivati iz više razloga. Jedan od njih je (pogrešno) uverenje nalagodava-

³⁰ Vid. R. Jack, *Documentary Credits the law and practice of documentary credits including stand-by credits, and performance bonds*, London / Dublin / Edinburgh 1991, nr. 8.22

³¹ O sudskoj praksi vid. D. Kražovska, *Impact of the Doctrine of Strict Compliance on a Letter of Credit Transaction*, Aarhus, 2008, str. 44-53. B. Kozolchyk, *Strict Compliance and the Reasonable Document Checker*, UCC Article 5 Symposium, *Brooklin Law Review*, Spring 1990.

ca da je akreditivna banka i prema njima u obavezi da istom pažnjom ispita podnete dokumente kao i prema korisniku. Drugi razlog je praktične prirode i svodi se na to da su učesnici u unutrašnjem prometu dužni da se u obavljanju svih poslova ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, čija sadržina je u odnosima između trgovaca konkretizovana na stepen pažnje dobrog privrednika. Polazeći od toga da načelo savesnosti i poštenja i pažnja dobrog privrednika zadovoljavaju redovne potrebe učesnika, učesnika koji želi pojačanu pažnju, mora to posebno ugovoriti. U tom slučaju bi i banke za pojačanu pažnju zahtevale veću naknadu i proviziju, čime bi verovatno smanjili procenat korišćenja akreditiva kao sredstva plaćanja koji je prema procenama daleko najzastupljenije sredstvo koj se koristiti u međunarodnom platnom prometu.

U teorijskom smislu, primenom dvostrukih (bifurkacionih)³² standarda za pregled dokumenata na zaobilazni način se otvara prostor za ublažavanje strogog i apstraktnog karaktera obaveze akreditivne banke tako što se umesto doktrinom stroge saobraznosti, usklađenost prezentacije ceni u skladu sa doktrinom »suštinske ili materijalne« saobraznosti.³³ Primena takvih standarda omogućava akreditivnoj banci da od korisnika zahteva usklađenost u podnetim dokumentima »slovo po slovo,« ali je istovremeno ovlašćuje da vrši pritisak na nalagodavca da kao odgovarajuće primi i dokumente koji »suštinski« odgovaraju uslovima otvorenog akreditiva. Stoga banke računaju da će nalagodavci primiti i dokumente sa manjim ili neznatnim odstupanjima, osim ako u postupku protiv banke ne dokažu da su zbog takvih odstupanja pretrpeli štetu ili gubitke, odnosno da su lišeni očekivanja koja su imali od ugovora prilikom njegovog zaključivanja. Teret takvog dokazivanja je, međutim, na strani nalagodavaca, čime se potvrđuje teza da postojeća rešenja iz JP pogoduju pre svega bankama za koje važe stroga i definisana pravila, dok je položaj nalagodavaca vraćen na rešenja koja postoje u nacionalnim pravima.

³² Bifurkacioni standardi predstavljaju kombinaciju standarda iz doktrine stroge saobraznosti i materijalne saobraznosti u formi koja odgovara akreditivnoj banci. P. Grassi, *n. delo*, str. 116.

³³ O ublažavanju doktrine vid. R. Vukadinović, *n. delo*, str. 67-68; za američko pravo i rešenja predviđena u UCC 5-108, vid. J. F. Wood, Drafting Letters of Credit: Basic Issues Under Article 5 of the Uniform Commercial Code, UCP 600, and ISP98, *Banking Law Journal*, Feb. 2008, str. 120-121; B. Kozolchik, U.C.C. Article 5 Symposium Strict Compliance and the Reasonable Document Checker, *Brooklyn Law Review*, Spring, 1990, str. 9, <http://www.natlaw.com/strictcompl.pdf>.

Radovan Vukadinović, PhD
Faculty of Law, Kragujevac

ON DUTY OF ISSUING BANK TO EXAMINE DOCUMENTS IN LETTER OF CREDIT

Summary

One of the undertakings by issuing bank assumes to the applicant and the beneficiary is the examination of the documents. This obligation the issuing bank meets to the applicant and the beneficiary by double standards. In relation to the applicant, the bank examines the compatibility of documents in accordance with the doctrine of strict compliance and to the standard for examination of documents according to art. 14 of UCP 600. In relation to the beneficiary, the bank fulfills this obligation in accordance with the contract for opening letters of credit and the applicable rules of national law on mandate. This use of double standards can disrupt the balance in protecting the interests of the applicant and beneficiary, and thus jeopardize the trust that documentary credit enjoys not only as a means of payment, but also as a toll for the security and protection of interests of the parties that participate in it.

Keywords: *documentary credit, applicant, issuing bank, beneficiary, the doctrine of strict compliance, examination of documents, complying presentation.*

ЈОВАН ДУЧИЋ И ИВО АНДРИЋ У ДИПЛОМАТИЈИ

Др Момир Милојевић*

Апстракт: У 2012. години се навршило 140 година од рођења Јована Дучића (1872) и 120 година од рођења Иве Андрића (1892). Иако рођени у различито време имали су доста заједничког, од социјалног порекла до друштвеног положаја. Више од две деценије (1920-1941) су провели у активној дипломатској служби Југославије. У свом деловању су достигли врхунац. Били су врхунски дипломати. Јован Дучић је био први југословенски амбасадор (1939), а Иво Андрић помоћник министра иностраних дела (1937). Обојица су били широко образовани, европејци по схватањима и чланови Српске академије наука, а у најширој јавности су остали познати као врхунски књижевници.

Кључне речи: Јован Дучић, Иво Андрић, дипломатија, Југославија, књижевност.

І - ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Разматрајући теоријска питања изградње и функционисања правног система прошле године смо се задржали на годишњицама везаним за живот и рад Ханса Келзена, вероватно највећег правника XX века. Намерно нисмо поменули да је у години објављивања Келзеновог капиталног дела “Главни проблеми теорије државног права” (1911) умро велики немачки правник Георг Јелинек, чија је дела Ханс Келзен често наводио. Милан Гавриловић је исте (1911) године у Паризу одбранио докторску дисертацију под насловом: “Држава и право”¹. Помињемо Милана Гавриловића због значаја његовог дела, јер сматрамо да треба спасти од заборава наше прегаоце на том пољу. И ове (2012) године можемо да кажемо да се (17. фебруара) навршило сто година од одбране доктор-

* Др Момир Милојевић, редовни професор Правног факултета у Београду.

¹ На нашем језику објављена 2007. године.

ске дисертације Илије Шуменковића о јавним субјективним правима појединаца² (15. маја), докторске дисертације Нинка Перића о теорији злоупотребе права и грађанском законодавству. Обе дисертације разматрају основна питања права од највећег значаја за његово схватање и примену. И поред свег поштовања према њима, а нарочито према Шуменковићу³, који је такође разматрао Јелинеково схватање, сматрамо да су данас за нас значајније 140. годишњица рођења Јована Дучића (1872) и 120. годишњица рођења Иве Андрића (1892)⁴. За то има више разлога.

Имена Јована Дучића и Иве Андрића се најлакше могу везати за њихову ужу постојбину Босну и Херцеговину. Међутим, има и других веза између њих. Много шта им је заједничко, како с личног тако и друштвеног становишта. Обојица су поникли у сиромашним породицама, похађали (у различито време због разлика у годинама) средње школе у Сарајеву, а широко образовање стекли у иностранству. Бавили су се књижевношћу и постали чланови Српске академије наука. Заједничко им је било и друштвено деловање. И поред популарности стечене књижевним радом били су професионални дипломати у правом смислу речи. Они нису били “поете у фраку”, јер нису слати у дипломатске мисије зато што су били књижевници⁵. Било је, и данас има таквих, али су Јован Дучић и Иво Андрић, као још неки други (нпр. Милан Ракић, Растко Петровић, Бранко Лазаревић и др.), били државни службеници који су, по природи посла, своје дужности најчешће обављали у иностранству. Њихове животне стазе су полазиле из Требиња и Травника и ишле су кроз Бијељину, Мостар, Сарајево, Бањалуку, Вишеград, Зеницу, Београд, Париз, Рим, Мадрид, Женева, Букурешт, ишле упоредо, спајале се и укрштале, да би се завршиле на разним странама света, али су најбоље године живота провели у служби истог послодавца. Зато није чудо да су, у различито време, службовали у истим градовима.

Од Андрићевог уласка у дипломатију њихове каријере су текле упоредо и истовремено су прекинуте окупацијом Југославије 1941. године⁶. Истовремено је завршен животни пут Дучићевог познаника из ране младости и Андрићевог пријатеља Владимира Ћоровића, јер је непријатељска граната у области Средоземља погодила авион којим је Ћоровић напуштао Југославију, па је вечни мир нашао у плавој гробници⁷. Од тада су Дучић и Андрић били принуђени

² I. Choumenkovitch, Les droits subjectifs publics des particuliers, Paris, 1912.

³ Тај рад не наводи у докторској дисертацији М. Поповић, Појам субјективног права, Нови Сад 1971.

⁴ Исте године (1892) је рођен и наш познати правни теоретичар Ђорђе Тасић чија је животна судбина била још трагичнија за време окупације Југославије.

⁵ Било је много познатих политичара и научника који су у младости писали песме, нпр. Стојан Новаковић, Слободан Јовановић, Ханс Келзен, Ђорђе Тасић и др.

⁶ Такође и Растка Петровића.

⁷ Андрићев вршњак Тасић је стрељан 1943, а те године су у Америци умрли (7. јануара) Никола Тесла и (7. априла) Јован Дучић.

да крену различитим стазама - Дучић у емиграцију, а Андрића су стражарно спровели у окупирани Београд. Није нам намера да понављамо њихове биографије, већ да подсетимо на њих у мери у којој су допринели професији која има за циљ одржавање мира, који се, по општем веровању, може обезбедити поштовањем међународног права.

Дучић и Андрић су били много више посредно повезани преко заједничких пријатеља. Један од њих је био Владимир Ћоровић кога је Дучић у раној младости упознао у Мостару. На Велеиздајничком процесу у Бањалуци (1915-1916) Ћоровић је осуђен на 5 година тамнице, а Врховни суд је казну повисио на 8 година⁸. У оптужници и пресуди је као отежавајућа околност (“карактеристикон”) наведено да се у Београду оженио “сестром познатог националисте др Јована Скерлића”⁹ с којим је Дучић становао у студентској соби у Паризу и који је Дучића протежирао у Београду. На истом процесу је осуђен и Дучићев пријатељ Атанасије Шола. У писму Радоју Кнежевићу из Америке, од 17. априла 1942, Дучић каже да га је “глас да је нестао без трага Владимир Ћоровић окаменио”. Владимир Ћоровић је био исто тако везан за Андрића. Док је издржавао казну у Казненом заводу у Зеници у истом граду је био Андрић у интернацији и на служби у Војној болници (1915-1917). Њих двојица су (с Н. Бартуловићем и А. Машећем) покренули “Књижевни југ” (1918). Сачувана је фотографија Иве Андрића и Владимира Ћоровића с Вељком Петровићем у посети манастирима Скопске Црне Горе (1935).¹⁰

Дучићу и Андрићу је била заједничка љубав према Његошу. Дучић је (1934) поклатио Требињу споменик Његошу, рад Вајара Томе Росандића, а Андрић је, 24. децембра исте године, одржао предавање на Коларчевом народном универзитету у Београду с темом: “Његош као трагични јунак косовске мисли.”¹¹ Прва реченица је била: “Ова је драма почела на Косову”¹², а у закључку суморног текста: “Увек, као на сликама старих мајстора, једна битка се бије на земљи, а друга, упоредо, на небесима”.¹³ Да ли је то метафора велике битке малих и великих, о којој ће писати у својим дипломатским извештајима, која је и данас актуелна? Важно је да се данас на то подсетимо и над њиховим извештајима замислимо.

⁸ В. Ћоровић, Црна књига, Београд 1920, 1989, стр. 153.

⁹ Исто, стр. 155.

¹⁰ Објављена у књизи М. Караулац, Андрић у дипломатији Београд 2008.

¹¹ Предавање је касније објавио “Српски књижевни гласник”, 1935, књ. XI V, бр. 5, 1. јули, стр. 348-365.

¹² Исто, стр. 348.

¹³ Исто, стр. 364.

II - ЈОВАН ДУЧИЋ

Јован Дучић потиче из сиромашне породице. Рођен је у Подглављу код Требиња.¹⁴ Бољи познаваоци тврде да је реч о Требињу, “тачније о предграђу које се назива Хрупјели или о нешто удаљенијем селу које се назива Подглавље”¹⁵. С обзиром да су временом и Подглавље и Хрупјели постали саставни део Требиња, песник сада почива у месту свога рођења.¹⁶ Ни датум и година нису тачно утврђени. Помињу се 5. и 15. фебруар¹⁷, 15. јули и 1. новембар.¹⁸ Није тачно утврђена ни година рођења. Наводе се 1869., 1871., 1872., 1874., 1875. и 1876.¹⁹ Коста Павловић и Миладин Милошевић наводе 1874. годину²⁰, али Дучићева школска документа, “како она из Учитељске школе у Сомбору тако и са Женевског универзитета, помињу 1872”²¹. Тај податак наводи и Миодраг Митић који је подробније изучавао живот и рад дипломата који су се истовремено бавили и књижевношћу.²² “Више проучавалаца је настојало да докаже исправност неких других година, месеци и дана, али ниједан доказ не почива на довољно чврстим аргументима.”²³ Имајући то у виду чини нам се да је најприближнија година 1872. не зато што ћемо најмање погрешити опредељујући се за средину, већ зато што се наводи у школским документима. Није спорно да су Дучићеви били у сродству с Владиславићима на шта су били поносни, нарочито на Саву Владиславића који је на прелазу седамнаестог у осамнаести век направио славну дипломатску каријеру на руском двору у доба Петра Великог²⁴ и да је Јованов отац Андрија учествовао у Херцеговачком устанку (1875) када је био рањен²⁵ или погинуо и сахрањен на православном гробљу у Дубровнику.²⁶

¹⁴ М. Милошевић, Јован Дучић у дипломатији, Каталог изложбе, Београд 2012, стр. 5.

¹⁵ И. Негришорац, Јован Дучић (1874-1943), “Српски биографски речник”, 3, Нови Сад 2007, стр. 460.

¹⁶ Исто, стр. 464.

¹⁷ Тај датум узима М. Милошевић, нав. дело, стр. 5, ослањајући се на уверење Српске православне парохије требињске - Извод из књиге рођених, од 8. априла 1938, које наводи и К. Ст. Павловић, Јован Дучић, Београд 2001.

¹⁸ И. Негришорац, нав. дело, стр. 460.

¹⁹ Исто, стр. 460; - С. Битановић, Јован Дучић у знаку Атене, Београд 1997, стр. 79.

²⁰ Вид. бел. 14.

²¹ И. Негришорац, нав. дело, стр. 460.

²² М. Митић, Поете у фраку, Београд 2002, стр. 13, не наводећи извор.

²³ И. Негришорац, нав. дело, стр. 460.

²⁴ Ј. Дучић, Гроф Сава Владиславић - један Србин дипломата на двору Петра Великог и Катарине I, Питсбург 1942.

²⁵ И. Негришорац, нав. дело, стр. 460.

²⁶ С. Витановић, нав. дело, стр. 79.

Јован Дучић је после завршене основне школе у Требињу (1884) с мајком прешао у Метковић, а затим у Мостар где је завршио Трговачку школу и упознао се с чувеним. Мостарцима, браћом Ћоровић, Алексом Шантићем и Атанасијем Шолом. Школовање је наставио у Учитељској школи у Сарајеву (1890), али је годину дана касније (1891) прешао у Учитељску школу у Сомбору коју је завршио 1893. „с дипломом учитеља у српским основним школама“. Исте године је постављен за учитеља основне школе у Бијељини. Ту се није дуго задржао, јер је због две песме нађене у његовом стану (“Ој Босно” и “Отаџбина”) оптужен за “ометање јавног мира и реда”, па му је Земаљска влада у Сарајеву, 10. јула 1894, забранила рад у српским школама²⁷. Ипак је успео да се запосли као учитељ у Српској православној основној школи у манастиру Житомислић (1894-1895). Одатле је прешао у Мостар за учитеља, али се више бавио писањем да би могао да живи. Био је један од оснивача и уредника часописа “Зора” чији је програмски циљ изложио у позиву за претплату на часопис.²⁸ Био је активан и у друштву “Гусле”. Међутим, ни у Мостару се није могао дуже задржати, јер је, у фебруару 1899, ухапшен заједно са Светозаром Ћоровићем и отпуштен из школе.²⁹

Јован Дучић је, уз помоћ пријатеља, отишао (1899) у Женеву и уписао се на Филозофско-социолошки факултет, а идуће године је добио стипендију српске владе (1900). Извесно време је провео у Паризу (1899-1902), где је срео многе познате личности. Био је у соби с Јованом Скерлићем и Миланом Гролом, преко кога је упознао Милана Ракића, будућег колегу у дипломатији, и будуће шефове Вослава Маринковића и Косту Куманудија. Летњи распуст 1904. је провео у Београду, а 1906. је завршио студије филозофије, финансија, политичке историје, историје религије, упоредног законодавства и социологије.³⁰

Диплома стечена у Женеви није била довољна Дучићу да буде примљен за чиновника у Министарству иностраних дела, али није био ни одбијен. Уз помоћ Јована Скерлића и Слободана Јовановића носиоцу ордена Светог Саве четвртог реда (1904) је председник владе и министар иностраних дела Никола Пашић дао решење (од 11 в јануара 1907) о плати у износу од 150 динара месечно “под погодбом да се врати у Босну и Херцеговину и тамо по инструкцијама ради док себи не створи положај”.³¹ Тамо је Дучић постао и дописник “Политике”, а од 1908, члан редакције и уредник књижевне хронике. По повратку у Београд Дучић преко “Политике” позива Београђане на митинг. После збора је почело уписивање добровољаца. Међу првима су се уписали дипломирали правник и сарадник “Политике” Миомир Миленовић, сарадник “Полити-

²⁷ И. Негришорац, *нав. дело*, стр. 461.

²⁸ С. Витановић, *нав. дело*, стр. 84-85.

²⁹ И. Негришорац, *нав. дело*, стр. 461.

³⁰ *Исто*, стр. 461.

³¹ М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 5, 22.

ке” Јован Дучић, администратор “Политике” Димитрије Стевановић, конзул, књижевник и сарадник “Политике” Бранислав Нушић и уредник “Политике” Владислав Рибникар.³²

Српска влада је у јесен 1908. послала Дучића у Рим да ради на пропаганди против аустроугарске политике и анексије Босне и Херцеговине где је остао два месеца. Објавио је на италијанском језику књигу “Анексија Босне и Херцеговине и српско питање”³³ коју је поделио италијанским парламентарцима три дана пре дебате о Босни.³⁴ На брзину и на малом броју страна Дучић је изложио стање од Кримског рата (1853) до устанка у Босни и Херцеговини 1875-1878 (стр. 3-8), устанак Срба из Босне и Херцеговине 1876-1878 (стр. 9-16), план Аустро-Угарске за окупацију Босне и Херцеговине и притисак великих сила да Србија и Црна Гора уступе Аустрији ослобођену покрајину (стр. 16-20), аустријску управу у окупираној покрајини 1878-1908 (стр. 20-29), политику Србије од Берлинског уговора 1878. до краја 1908. која није престајала да босанско питање сматра за основу своје националне политике (стр. 29-37), анексију Босне и Херцеговине с међународног становишта. Анексија је кршење међународног уговора од највећег значаја, а босанско питање је европско питање (стр. 37-43).³⁵ Затим следе разматрања о анексији Босне и Херцеговине са становишта Србије и Црне Горе (стр. 44-49) и анексији Босне и Херцеговине са италијанског становишта (стр. 50-60).

Рад Јована Дучића у Босни и Херцеговини и Италији је уважаван, али то није било довољно да аутоматски отвори врата у дипломатију. Била је потребна подршка Јована Скерлића и Слободана Јовановића да министар иностраних дела Милован Миловановић уврсти Дучића у дипломате³⁶ и припреми указ о постављењу за писара прве класе у Посланству у Цариграду који је краљ Петар I потписао 8. маја 1910. године. Из Цариграда је убрзо премештен у Софију где су му шефови били познати дипломати Светислав Симић³⁷ и Мирослав Спалајковић, који је докторску дисертацију посветио Босни и Херцеговини.³⁸

³² Нав. према М. Митић, нав. дело, стр. 63.

³³ J. Douchitch, L'annessione della Bosnia e dell'Erzegovina e la questione Serba, Roma, Tipo grafia Labicana, 1908, p. 61.

³⁴ И. Негришорац, нав. дело, стр. 461-462.

³⁵ Анексија је прикривена као ревизија чланова XXV и XXIX Берлинског уговора коју су прихватиле разменом писама све уговорнице. К. Strupp, Documents pour servir a l'histoire du droit des gens, t. II, Berlin 1923, pp. 37-38. Иако није била уговорница Србија је морала да изјави, 18/31. марта 1909, да ће прихватити све што велике силе предузму у вези са чланом XXV Берлинског уговора., Исто, стр. 36-37.

³⁶ М. Митић, нав. дело, стр. 26. Да ли су они интервенисали и код Пашића 1907. како наводи М. Милошевић, нав. дело, стр. 5

³⁷ Писао је и под псеудонимом Павле Орловић

³⁸ M.J. Spalaikovitch, La Bosnie et l'Herzegovine. Etude d'histoire diplomatique et de droit international, Paris, 1899.

Уследили су кратки боравци у једном месту и брзи премештаји. Дучић је одбио предлог за премештај у Цетиње желећи да иде поново у Рим. То му се остварило крајем јуна 1912. године. Захваљујући својој продорности успевао је да разговара с представницима држава знатно вишег ранга од његовог, чак и с председником грчке владе Елефтериосом Венизелосом развио је пропаганду пишући у италијанским листовима у којима је објашњавао став Србије, посебно у погледу граница и односа с Италијом и Ватиканом. Почетком јуна 1914. је премештен у Атину, где се (1916) поново срео с председником владе Венизелосом, али и с министром иностраних послова Политисом, професором Правног факултета у Паризу и чланом комисије пред којом је Шуменковић бранио докторску дисертацију,³⁹ чије дело и данас светли пуним сјајем у правној науци. На предлог председника владе и министра иностраних дела Николе Пашића премештен је у Посланство у Мадриду (1918) где ће дочекати крај Првог светског рата и где ће (1919) за посланика доћи његов пријатељ књижевник Анте Тресић Павичић. Као званични представник Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца присуствовао је откривању споменика Незнаком јунаку у Лисабону (1921). Био је непријатно изненађен када је (у другој половини 1922) био поново премештен у Атину, иако је у Мадриду био више од четири године. Безуспешно је молио новог министра иностраних дела Момчила Нинчића⁴⁰ да још мало остане у Шпанији. После одсуства у Београду у Атини је затекао ранијег шефа Живојина Балугџића кога ће (од 1. септембра 1923) замењивати као отправник послова.

Јован Дучић није дуго остао у Атини. Нови министар иностраних дела др Војислав Маринковић га је предложио за шефа Сталне мисије у Друштву народа (1924) у жељи да се тој организацији посвети већа пажња. Најозбиљније схвативши тај посао Дучић је (20. априла 1925) послао исцрпан извештај новом министру иностраних дела Момчилу Нинчићу о месту Краљевине СХС у светској организацији и раду њене делегације. Документован, али неповољан. Предлаже Министарству да се Стална делегација кадровски и материјално ојача да би могла да одговори све већим потребама и задацима. Тражио је да се за секретаре поставе др Иван Суботић и др Стојан Гавриловић и да се ојача административно и техничко особље и обезбеде услови које имају већа посланства. Министарство није прихватило ни један предлог, а Дучић је из личних разлога напустио Женеу и отишао за генералног конзула у Каиру (1925). На тој дужности није дуго остао, јер је укинут Конзулат, а отворено Посланство (1926) у коме је Дучић постао отправник послова. На том положају је остао скоро пет година (с прекидом од две године), нарочито се залажући за развијање привредних односа. Успео је да, путем размене нота, закључи с

³⁹ Вид. бел. 2.

⁴⁰ После више година министровања написао је двотомну студију М. Nintchitch, *La crise bosniaque (1908-1909) et les puissances européennes*, t. 1-2, Paris 1937, pp. 418, 412.

Египтом Трговински уговор, 15. маја 1927.⁴¹ и Привремени трговински споразум 13. марта 1930. године.⁴²

Унапређење за посланика (1932) је подразумевало премештај у другу државу. Искусни дипломата је упућен у (не) пријатељску Мађарску, чија је влада злоупотребљавала заштиту мањина, тражила ревизију уговора о миру и омогућавала деловање усташких организација у Мађарској. О томе је писао министру иностраних дела Богољубу Јевтићу у извештају од 13. јула 1932, под насловом: “Мађарски песимизам о Југославији. Бесправност Србије као некултурне земље, у коме указује на тежак положај Србије и српског народа у Југославији. Страни дипломати у Будимпешти су га хвалили, али је он премештан по потреби службе. Упућен је у Рим (1933) да замени свог давног познаника и колегу Милана Ракића који је поднео оставку и гневно напустио земљу у којој нису хтели да разговарају с југословенским представницима. Дучић се нашао у Риму у време затегнутих односа између Југославије и Италије због италијанске политике која је своје остварење видела помоћу разбијања Југославије, с једне стране помагањем усташа, а с друге ширењем у Албанији. Италија је била у лошим односима како с Великом Британијом тако и с Грчком у којој је и Венизелос (када се нашао у опозицији) био против балканског пакта. Дучићу је било потребно доста времена и стрпљивог рада на побољшању односа између Југославије и Италије. Морао је да уложи сву вештину коју је учио код Саве Владиславића: “Нигде не заострити, не доводити до сукоба, не ићи у страсти, не препоручивати прека решења. Одложити све што није довољно прецизно. Дакле, начин најбољег дипломате.”⁴³ То је био пут до споразума с Италијом који ће и загорчати Дучићев положај у Италији.

Преговоре за закључење уговора је водио у Риму с италијанским министром иностраних послова Галеацом Ћаном о чему сведоче Дучићеве белешке од 29. октобра и 20. новембра 1936. године. Међутим, конци су повлачени из Београда, јер су преговори вођени на основу материјала и инструкција које је из Београда давао Иво Андрић. Одатле се управљало преговорачким процесом који је укључивао и промене преговорача. Дучићу није било право што је био ван преговора у завршној фази. Не искључује се могућност да је то учињено да би се лакше окончали преговори с ‘Баном који није волео Дучића, што се види из његовог “Дневника”⁴⁴. Политички споразум између Југославије и Италије су, 25. марта 1937, у Београду потписали председник владе и министар иностраних послова Милан Стојадиновић и италијански министар иностраних по-

⁴¹ Ратификовао га краљ Александар I 12. децембра 1928 “Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца”, бр. 26-X11, од 1. фебруара 1929, стр. 125-128.

⁴² У име Југославије га је потписао посланик у Египту Јован Дучић, а у име Египта министар иностраних послова Ваџиф Бутрос Гали. Ратификовао га краљ Александар I 23. јуна 1930. “Службене новине Краљевине Југославије”, бр. 283-XCV1, од 9. децембра 1930, стр. 2205.

⁴³ Ј. Дучић, Гроф Сава Владиславић стр. 254. Нав. према С. Витановић, нав. дело, стр. 71.

⁴⁴ Тако М. Милошевић и М. Митић, нав. дело, стр. 238.

слова Галеацо Тано. Јован Дучић је присуствовао потписивању уговора. Његово изостављање из завршне фазе преговора Стојадиновић је објаснио: “Дучић није био најзадовољнији што је он остављен по страни директних преговора, али то је било једино услед питања која су делегати имали да дискутују а за која је била потребна чисто стручна, техничка спрема. Он је, усталом, свршио први, главни и уводни посао, посао са много умешности, дипломатског такта и вештине, са урођеном интелигенцијом и господством каквог дубровачког поклисара.⁴⁵ Непуна два месеца касније је обавестио Дучића да ће тражити за њега агреман за посланика у Румунији.

Румунски агреман за Јована Дучића је брзо добијен и 8. јуна 1937. је потписан указ о његовом именовању за посланика. Дучић је својим аутомобилом стигао у Београд 4. октобра, “ожалостан и са слутњама да постаје непожељан у служби”⁴⁶. Дужност у Букурешту је преузео 3. новембра, а 12. новембра је предао акредитивна писма краљу Каролу 11. У тој земљи се политички пријатније осећао, а и друштвено у Букурешту, “малом Паризу”. У тој држави је доживео највише службено признање. Подизање посланства на ранг амбасаде (указом од 22. децембра 1938) је повлачило подизање ранга шефа дипломатске мисије. Указом од 6. јануара 1939. Јован Дучић је постао први југословенски амбасадор и то не у великој држави како је до тада био обичај. Месец дана касније (6. фебруара) је тражио од Министарства иностраних дела нова акредитивна писма да би их предао на заказаној аудијенцији код румунског краља. На телеграму је записан и налог да му се пошаљу с потписом “Андрић”. Акредитиви су стигли на време, а са свечаности је остало сведочанство у облику фотографије са испраћаја Дучића коју је направио секретар Коста Ст. Павловић. Миодраг Митић каже да је унапређење Дучића за амбасадора требало да буде компензација за све оно што је изгубио и што је за њега било ненадокнадиво: одлазак из Италије.⁴⁷ Може тако да изгледа, али са Румунијом су дуго одржавани пријатељски односи због порекла југословенске краљице Марије, сестре румунског краља Карола II. Теже је веровати да се ранг представништва подиже због једне личности. Разлози су пре политички. То показује случај односа с Турском. Указом од августа 1939. је Посланство у Анкари подигнуто на ранг амбасаде. Тамошњи посланик Илија Шуменковић је унапређен за амбасадора. Исто се догодило с посланицима Југославије у Лондону, Вашингтону и у Москви после подизања посланства на ранг амбасаде (1942).

У вртлогу догађаја у Европи (1933-1941) је дошло до промена у дипломатским односима. Укинута су југословенска посланства у Берну, Мадриду и Хагу и Отправништво послова у Риги⁴⁸, да би убрзо било поново отворено По-

⁴⁵ М.М. Стојадиновић, Ни рат ни пакт, Ријека 1970, стр. 417.

⁴⁶ И. Негришорац, нав. дело, стр. 463.

⁴⁷ М.М. Стојадиновић, нав. дело, стр. 417. Та објашњења прихвата М. Митић, нав. дело, стр. 50.

⁴⁸ Указ о укидању Краљевског посланства у Берну, Мадриду, Хагу и Краљевског Отправништва послова у Риги, од 7. априла 1933, “Службене новине Краљевине Југославије”, бр. 82-XXУ, од

сланство у Мадриду⁴⁹, а конзуларни односи успостављени тек на основу одлуке Сталног савета Балканског споразума на заседању у Анкари 27. фебруара 1938. године⁵⁰. Исте године је дошло до затварања Посланства у Бечу и “отварања” Генералног конзулата. Исто се догодило с посланством и конзулатом у Прагу. Укинут је Генерални конзулат у Братислави да би се отворила Дипломатска агенција.⁵¹ Те промене су утицале на премештање дипломата. Изгледа да је за Дучића једино место било у Београду. Вероватно зато му је нови министар иностраних послова Александар Цинцар-Марковић предложио да иде у Мадрид. Дучић је то прихватио вероватно сећајући се да је нерадо напустио Мадрид 1922.⁵² Указом од 22. маја 1940. је постављен за посланика у Шпанији. Као специјални изасланик Југославије присуствовао је свечаностима поводом обележавања 800 година Португалије. Искористио је прилику да с португалским министром иностраних послова разговара о успостављању дипломатских односа између Португалије и Југославије. О споразуму је обавестио свог министра иностраних послова 4. августа 1940. од кога је добио решење од 15. новембра 1940. којим је постављен и за посланика у Португалији са седиштем у Мадриду. То је тренутно било спасоносно за Дучића због напада Немачке на Југославију 6. априла 1941. године. Из Мадрида је могао да шаље извештаје југословенској влади која се привремено налазила у Јерусалиму и да се дописује с представницима Југославије у савезничким земљама. Међутим, ни ту није могао дуже остати. Када је Шпанија признала НДХ влада је у знак протеста снизила ниво представљања на ранг отправника послова, а Дучић је прешао у Португалију где су стигли потпредседници владе Слободан Јовановић и Јурај Крњевић.

Јован Дучић је желео да оде у Америку. Маја 1941. је од министра Нинчића тражио тромесечно одсуство ради лечења, што му је одобрено. Посланику Југославије у САД Константину Фотићу је, 25. маја, писао о жељи да дође у САД, а 21. јуна је тражио од владе да га пошаље у специјалну мисију у САД. То му није одобрено, јер се у такву мисију могу слати само чланови владе. У писму Момчила Нинчића, од 9. јула 1941, је речено да у Америку може ићи као приватна личност. И поред тога је остао посланик у Шпанији и Португалији на расположењу и примао плату. Преко Фотића је поднео молбу за продужење одсуства за још годину дана (19. маја 1942), што му је одобрено. Виша сила га је спречила да га искористи до краја.

11. априла 1933, стр. 485.

⁴⁹ Указ о отварању Посланства Краљевине Југославије у Мадриду, од 26. јула 1934, “Службене новине Краљевине Југославије”, бр. 156-XXXV1, од 9. јула 1935, стр. 547.

⁵⁰ И. Андрић, Дипломатски списи (прир. М. Милошевић), Београд 1992, стр. 201.

⁵¹ Решење од 23. децембра 1939, “Службене новине Краљевине Југославије”, бр. 9-III, од 12. јануара 1940, стр. 121.

⁵² Вид. бр. 40.

Јован Дучић је свој рад започео у родној Босни, а завршио га је у далекој Америци. Успешно је радио упркос ометањима и забранама. Први југословенски амбасадор је био и рекордер по броју мисија: 13 мисија у 9 држава, од којих 6 пута шеф мисије, чиме се не може похвалити ниједан наш књижевник. Био је у важним европ-ским државама изузев тадашње три велике силе (Француској, Великој Британији и Немачкој), важним нарочито за односе према нашој земљи (Бугарској, Грчкој, Италији, Мађарској, Румунији). Бранећи наше интересе одважно је разговарао с Мусолинијем, египатским и румунским краљем.⁵³ Из свих места у којима је службовао је слао исцрпне извештаје. Његови месечни извештаји, које је слао на основу Упутства које је заступник министра иностраних дела Коста Кумануди послао шефовима дипломатских мисија 24. јануара 1930, су чинили основ збирних извештаја које је састављало Министарство.⁵⁴ То су извештаји из Египта,⁵⁵ Мађарске⁵⁶ и Италије.⁵⁷

Нераспоређени посланик на расположењу, ослобођен свакодневних дипломатских обавеза Дучић је наставио рад одржавањем предавања и објављивањем политичких коментара, студија и родољубивих песама.⁵⁸ У битно измењеним околностима дугогодишњи југословенски дипломата је променио мишљење о својој држави Док је 1929. говорио да је реч “Југославија” религиозна, дотле је, већ у извеш-тају Богољубу Јевтићу од 13. јула 1932, почео да указује на назадовање Србије и српског народа. Незадовољан и разочаран деловањем појединих политичара и немоћи владе да одржи потребан ред (о чему је јавно говорио још тридесетих година у Министарству иностраних дела) своју критику упериио према њој а онда и према држави. Вести о збивањима у земљи, посебно о злочинима су га ожалостиле и озлоједиле до те мере да је и даље постојала и крварила држава коју је више деценија представљао. Привид непостојања државе (која је била окупирана) су појачавали не само они који нису познавали правила Хашког правилника о законима и обичајима сувоземног рата (1907) него и они који су тезом о нестанку Југославије хтели да имају

⁵³ М. Митић, нав. дело, стр. 81.

⁵⁴ Извештаје објављује Архив Југославије, почев од 2005. године. До данас је објављено шест књига.

⁵⁵ Архив Србије и Црне Горе, Извештаји Министарства иностраних послова Краљевине Југославије (август-децембар) 1930. године, књига I, Београд 2005, стр. 60-63, 118, 224-225, 260; Извештаји за 1931. годину, књ. I, стр. 154-165, 444-445.

⁵⁶ Архив, Извештаји за 1932. годину, књ. III, 2008, стр. 19-21, 54-56.

⁵⁷ Архив Југославије, Извештаји 1933, књ. IV, 2009, стр. 385-387; Извештаји за 1935, књ. VI, 2011, стр. 29-33, 264-266, 420-427, 463-469.

⁵⁸ Објављивани у “Американском Србобрану”, а затим у посебним издањима под различитим насловима. Политичке студије су објављене у Кливленду (1990) под насловом “Верујем у Бога и у српство”, а исте године их је Институт за балканска питања у Београду објавио под насловом: “Спорна питања Краљевине Ју-гославије”. Песме је на српском и енглеском језику приредио Александар Петров, Мање познати Дучић, Требиње-Питсбург-Београд 1994. За приказ М. Милојевића вид “Анале Правног Факултета у Београду”, 1995, бр 6, стр. 736-739.

одрешене руке у преговорима о “будућој држави”, тезом коју ни Хитлер није заступао.⁵⁹ Он је одлучио да “казни” државу према којој није имао територијалне претензије (осим за округ Марибор) већ да обезбеди да га балканске државе не ометају у остваривању његових циљева, посебно да не уђу у савез с Великом Британијом.⁶⁰

На седници владе од 9. априла 1943. председник Слободан Јовановић је саопштио да је умро “краљевски амбасадор Јован Дучић”⁶¹ а влада је одлучила да се Дучић “као велики српски песник сахрани о државном трошку”.⁶² У записнику који су потписали председник владе С. Јовановић и министар М. Крек, који водио записник, је наведен само закључак владе⁶³, али присутан министар М. Грол каже да је расправа о сахрани била жучна и да је донета компромисна одлука⁶⁴ што је вероватно. У две узастопне реченице Дучић је различито квалификован, у првој (саопштење о смрти) је амбасадор а у другој (одлука о сахрани) песник.⁶⁵ Нема помена о расправи као што је било у записницима ранијих седница.⁶⁶ Дучићева породица је одбила не само новчану помоћ већ и присуство представника владе на сахрани, па је био само генерални конзул из Чикага као изасланик краља.⁶⁷ Тако је из дипломатије изишао онај који је у њу једва ушао и први постао амбасадор. Али и у тим важним тренуцима се издваја сјајна личност Слободана Јовановића. Он је наговорио Милована Миловановића да Јована Дучића прими као сталног чиновника, а вољом судбине му је било одређено да као председник владе саопшти да је умро “амбасадор Јован Дучић”, Дан пре тога је (8. априла 1943) упутио телеграм саучешћа Михаилу Дучићу као “министар иностраних послова” да не би ангажовао владу. Није му узалуд Дучић писао писма из Атине, Каира и Букурешта с пуно уважавања.⁶⁸ Ако је југословенска влада оманула у одавању почести то је надокнадила држава Југославија учешћем највиших представника на последњем путу у Требиње заједно с представницима Републике Српске. Ако је неко недостајао то је

⁵⁹ Опширније М. Милојевић, нав. дело, стр. 738. На стр. 737. је омашком наведено да је тело владике Платона извађено из Врбаса, уместо из Врбање, до чега је дошло због повезивања с песмом “Врбас”.

⁶⁰ На седницама југословенске владе у Лондону Дучића и Фотића (посланика, а потом амбасадора у САД) је највише нападао Јован Бањанин. К. Пијевац, Д. Јончић (прир.), Записници седница Министарског савета Краљевине Југославије 1941-1945, Београд 2004, стр. 125, 127, 128, 129, 344.

⁶¹ Исто, стр. 310.

⁶² Исто, стр. 311.

⁶³ Исто, стр. 311.

⁶⁴ Према М. Митић, нав. дело, стр. 242.

⁶⁵ Записници, стр. 310-311.

⁶⁶ Вид. бел. 60.

⁶⁷ М. Митић, нав. дело, стр. 242.

⁶⁸ Савременици о Слободану Јовановићу, Београд 2009, стр. 335-339.

свакако био његов по годинама млађи колега, а кратко време и старешина Иво Андрић.

III - ИВО АНДРИЋ

Иво (у почетку називан и Иван) Андрић такође потиче из сиромашне породице. Ни датум његовог рођења није тачно утврђен, јер се наводе 9. и 10. октобар 1892.⁶⁹ Неспорно је да је рођен у Долцу код Травника, али се најчешће наводи Травник. Основну школу је завршио у Вишеграду, а гимназију у Сарајеву (1912). Уписао се на Мудрословни факултет у Загребу, али је прешао у Беч и Краков. Због избијања рата напустио је Краков и отишао у Сплит, где је ухапшен и осуђен на интернацију. После опште амнестије је, због болести, ослобођен војне обавезе и тако дочекао ослобођење и уједињење у једну државу.

Захваљујући министру вера др Тугомиру Алауповићу, бившем професору гимназије у Сарајеву, Иво Андрић је постављен за секретара у министарству вера (1919). Желећи да ради у дипломатији обратио се министру иностраних дела Анти Трумбићу, с молбом да буде постављен у конзулату у Њујорку. Уз помоћ министра Алауповића Андрићева молба је прихваћена. Указом регента Александра је постављен за вицеконзула у Њујорку, али је решењем министра иностраних дела упућен на рад у Посланство у Ватикану (1920). На свој захтев Андрић је повучен из Рима и постављен у конзулату у Букурешту (1921). Уследили су премештаји у друге конзулате. Прво је послат у Трст где је генерални конзул био др Александар Цинцар-Марковић који ће Андрићу бити шеф на крају дипломатске каријере (1939-1941). У то време је морао да полаже испит за пријем у дипломатску струку. Писмени део испита (израда једног рада на српском језику и два рада на француском: превод једног писма са српског на француски и писани рад на француском) је полагао у Трсту, а усмени касније у Београду. Тема писаног рада на српском је била: “Колико је било српских држава и како су оне постале”. Рад је послат у Београд, а оцењивала га је комисија у којој је један члан био др Владимир Ћоровић. Тема рада на француском је била: “Најважнији узроци Светског рата 1914”. Члан комисије на усменом испиту је био др Милета Новаковић (1923). Због слабог здравља је пребачен у Грац где је, због нових прописа, морао да заврши студије. Уписао се на Филозофски факултет у Грацу и истовремено пријавио за докторат. У школској 1923/1924. години је похађао VII и VIII семестар, а 15. маја је завршио докторску дисертацију на немачком језику⁷⁰ чији превод гласи: “Развој духовног живота у Босни под утицајем турске владавине”. Пошто је положио испите из словенске филозофије (3. јуна 1924) и из историје Аустрије и филозофије (12. јуна с највишом оценом) Андрић је (13. јуна 1924) промовисан за доктора наука.

⁶⁹ Ј. Делић, *Иво Андрић (1892-1975)*, “Српски биографски речник”, 1, Нови Сад 2004, стр. 177.

⁷⁰ Die Entwicklung des geistigen Lebens in Bosnien unter der Entwirkung der Türkischen Herrschaft.

Докторска дисертација Иве Андрића има Предговор, пет поглавља и Прилог. За ове потребе довољно је навести почетак Предговора: “Речено је да је освајањем Цариграда европском човечанству нанета рана. Биће да је мало земаља које су овај удар имале теже и болније да осете него што је случај са Босном.”

Навели смо овај почетак зато што је Јован Дучић у више радова говорио исто о историји Босне (и Херцеговине) која је служила другима за решавање њихових спорова.

Поглавља носе следеће наслове: I. “Предисторија. Духовни живот у Босни пре турског освајања”; II. “Ширење ислама као непосредан утицај турске владавине”; III. “Утицај друштвених и административних институција ислама оличених у турској власти на живот немуслиманског становништва”; IV. “Духовни живот католичког дела становништва за време турске владавине у свом карактеристичном отеловљењу, литерарном и културном деловању фрањеваца”, и V. “Српско-православна црква, њен развој и њено деловање за време турске владавине, као одраз духовног живота православног дела становништва”. У Прилогу су Хибридни писани споменици босанских муслимана као појавни облик деловања ислама на овај део становништва”.⁷¹

С докторском дипломом Андрић је враћен на рад у Београд, да би после нешто више од две године поново уследили премештаји у конзулате у Марсеју (1926), Паризу (1928) и Мадриду, затим у Посланство у Бриселу (1929), где је, за време одсуства посланика, генерала Петра Пешћића, вршио дужност отправника послова. Само што је представљао Југославију на Конгресу савеза међународних сајмова (31. децембар 1929) донет је указ (1. јануар 1930) којим је Андрић постављен за секретара у Сталној делегацији Југославије у Друштву народа на чијем је челу тада био др Илија Шуменковић, истовремено министар правде (1932), трговине и индустрије (1932-1934).

Иво Андрић је, иако већ с дипломатским искуством, тек тада ушао у свет велике дипломатије. Имао је прилику да сретне дипломате из целог света и упозна се са највећим међународним проблемима у целини и свој њиховој сложености. По природи посла био је југословенски представник или члан делегација на многим састанцима Друштва народа и на међународним конференцијама које су одржаване у Женеви⁷². На Европској конференцији за хигијену, одржане од 29. јуна до 7. јула 1931, био је присутан заменик шефа југословенске делегације (Илије Шуменковића)⁷³. На заседању Саветодавне комисије за избеглице (20-21. августа 1931) представљао је Југославију⁷⁴, а влади је послао

⁷¹ Наведено према преводу Зорана Константиновића, изд. “Просвета”, Београд 1994.

⁷² Опширан преглед Андрићевог рада у Сталној делегацији Југославије у Друштву народа, посебно извештаје које је слао у периоду од 1930. до 1932. вид. у И. Андрић, Дипломатски списи, стр. 59-128.

⁷³ Исто, стр. 233, 269. О завршетку рада, извештај И. Андрића од 9. јуна, Исто, стр. 72-73.

⁷⁴ Извештај од 25. августа потписао И. Андрић, Дипломатски списи, стр. 79-80.

извештај о Конвенцији о међународном друштву за пољопривредни хипотекарни кредит од 9. децембра 1931.⁷⁵ Иако није био правник, био је делегат (поред Вертолда Ајзнера) на Другој конференцији за изједначење чековног права (1931)⁷⁶. Био је делегат на XII Скупштини Друштва народа (7-29. септембра 1931)⁷⁷ и ванредној скупштини Друштва народа (1932).⁷⁸ На XIII Скупштини Друштва народа руководио је радом Генералног секретаријата југословенске делегације.⁷⁹ Био је делегат и на заседањима савета Друштва народа 1931.⁸⁰ и 1932. године⁸¹ и Комитета за Европску унију (1931)⁸². Иво Андрић је учествовао и на Конференцији о разоружању (1933).

Иво Андрић је прадио све што се дешава у Женеви, без обзира да ли у томе учествује југословенска делегација, и о томе обавештавао Министарство иностраних дела, односно владу. Вредан је помена извештај о раду Комисије ДН која је израдила предлог о организацији секретаријата Друштва народа, Међународног бироа рада (Међународне организације рада) и Сталног суда међународне правде од 10. августа 1930. године.⁸³ Пратећи рад Међународне организације рада Андрић је известио о раду њеног Управног савета на 56. заседању у Женеви, од 13. до 16. јануара 1932, који је разматрао питања измена плана 393. Версајског уговора (положај и састав Управног савета - М.М.) и општа начела односа с Друштвом народа у складу с чланом 24. Пакта Друштва народа.⁸⁴ По дужности Андрић је слао сва важна обавештења која су се тичала појединих случајева, при чему врло често о петицијама припадника мањина и разговорима страних државника о разним питањима која су се посредно или непосредно тичала Југославије.

Указом краља Александра I, од 12. марта 1933, када је председник владе био др Милан Сршкић, министар трговине и индустрије др Илија Шуменковић, а министар иностраних послова Богољуб Јевтић, Иво Андрић је премештен у Министарство иностраних послова у коме је напредовао у звањима и положајним групама. Његов успон ка врху југословенске дипломатије почиње 8. јула 1935. када је, решењем председника владе и министра иностраних по-

⁷⁵ Извештај од 9. децембра 1931, Исто, стр. 87-88; Извештаји за 1932. књ. III, 2008, стр. 37-38.

⁷⁶ Извештаји за 1931, књ. II, 2007, стр. 92, бел. 181.

⁷⁷ Исто, стр. 349.

⁷⁸ Извештаји, III, 2008, стр. 123.

⁷⁹ И. Андрић, Дипломатски списи, стр. 24, бел. 98.

⁸⁰ Извештаји за 1931, II, стр. 349.

⁸¹ Извештаји за 1932, III, стр. 375-376.

⁸² Извештаји за 1931, II, стр. 349.

⁸³ Извештаји за 1930, I, стр. 65; - I Андрић, Дипломатски списи, стр. 62-3, Вид. такође стр. 59-62, 64-128.

⁸⁴ И. Андрић, Дипломатски списи, Извештај од 18. јануара 1932, стр. 94-95. Вид. такође стр. 103-105.

слова Милана Стојадиновића, постављен за вршиоца дужности начелника Политичког одељења Министарства иностраних послова. Споља гледано, Андрић је наставио посао започет у Женеви, али обрнутим смером. Док је из Женеве слао извештаје Министарству иностраних послова, сада је из Министарства слао обавештења и инструкције дипломатским представницима Југославије у иностранству. Он је те послове вероватно обављао убрзо по преласку на рад у Београду, али је акте морао да потписује (од 8. јула 1935) “по наредби министра”, а самостално тек после 22. априла 1937. када је именован за заступника министра помоћника. Убрзо је, указом краљевских намесника од 5. новембра 1937, др Иво Андрић постављен за помоћника министра иностраних послова.⁸⁵

После до тада најуспешнијег периода рада у Друштву народа (1930-1932) наступио је други (1935-1939) у коме ће Андрић стићи до врха, друге личности у југословенској дипломатији, а можда и прве, јер је министар иностраних послова био и председник владе који се бавио општом политиком државе. Андрић је тада практично спроводио целокупну југословенску спољну политику и давао упутства за рад представништвима у иностранству о врло широком кругу питања о односима са суседним државама (пре свега с Албанијом, Бугарском, Италијом и Мађарском), Малој Антанти, међународном положају Белгије, ставовима САД према питањима Европе и Аншлусу Аустрије, мањинама, нашем наоружању у Енглеској.⁸⁶ Посебна је била Андрићева улога у преговорима с Италијом и припремању сусрета Стојадиновића с Ћаном (1937). Стојадиновић и Андрић су давали упутства преговорачима у Риму о чему је оставио забелешке др Иван Суботић.⁸⁷ Андрић је, 17. маја 1938, обавестио Посланство у Лондону о разговорима Хитлера и Мусолинија о подели интересних сфера у Европи.⁸⁸ Андрић напомиње да су, “са италијанске званичне стране”, нашој влади пружена “најформалнија уверавања о потпуној нетачности...вести о некој подели сфера између Немачке и Италије на Балкану и у Средњој Европи”. Ипак је Министарство иностраних послова доставило ова обавештења Посланству у Лондону “ради информације и употребе”.⁸⁹ Опасност је претила Чехословачкој, о чему је Андрић из Женеве где је био делегат на XIX Скупштини Друштва народа, јавио о забринутости чехословачког делегата због става Француске и Русије. О томе је Стојадиновић обавестио Посланство у Лондо-

⁸⁵ Тим поводом му је Исидора Секулић упутила честитку у којој је написала да је у “данашњим новинама” прочитала оно што јој јуче није рекао и завршила: “Будите срећни и благословени у сваком раду. Сав вам је живот то, рад, па нека вам и најбоља срећа остане у раду” (Писмо од 11. новембра 1937).

⁸⁶ М. Митић, нав. дело стр. 126.

⁸⁷ М. Милошевић, нав. дело, стр. 51; - М. Митић, нав. дело, стр. 126.

⁸⁸ Југославија у италијанској интересној сфери, одрешене руке у погледу претензија на Далмацију, И. Андрић, Дипломатски списи, стр. 188-189; - М. Митић, нав. дело, стр. 126-127.

⁸⁹ И. Андрић, Дипломатски списи, стр. 189; - М. Митић, нав. дело, 127.

ну 19. септембра 1938,⁹⁰ тј. десет дана пре споразума Немачке, Италије, Велике Британије и Француске. Нема реаговања Југославије, која је била заузета својим проблемима, о Миодраг Митић посебно наводи Андрићеве извештаје о немачкој и мађарској мањини у Југославији и југословенским мањинама у Немачкој (Аустрији) и Мађарској⁹¹ којим се питањем и сам бавио.

Последња Андрићева етапа је била најкраћа (свега две године, од 10. априла 1939. до 6. априла 1941), али најтрновитија. На положај посланика у Немачкој је дошао изненада и неуобичајеним путем. Изненада, јер је место посланика у Берлину упражњено образовањем нове владе у којој је дотадашњи посланик у Берлину др Александар Цинцар-Марковић постављен за министра иностраних послова. Он је председнику владе Драгиши Етковићу за попуњавање тог места предложио свог некадашњег вицеkonzула у Трсту (1922), др Иву Андрића који је то прихватио. Нејасно је зашто агреман за њега није тражен директно од немачке владе, већ је тај захтев предат преко немачког посланика у Београду, Виктора фон Херена који је акт југословенске владе проследио немачком министарству иностраних послова са својом препоруком. У свом телеграму Херен је написао да је Андрић упућен да би се нагласио континуитет Стојадиновићеве политике према Немачкој (због које је он смењен, а прича о “континуитету” политике ће се поновити после 27. марта 1941). Да се зазирало од промене владе, потврдио је Андрић у белешци од 5. фебруара 1939. Италијански посланик у Југославији Марио Индели га је, 4. фебруара увече на вест о оставци владе, питао да ли ће остати Стојадиновић с којим су “они” били сагласни.⁹² Намесници и Цветковић су покушали да воде мало другачију политику, што се видело у отезању приступања Тројном пакту.

Др Иво Андрић, помоћник министра иностраних послова, премештен је за посланика у Берлину указом краљевских намесника од 28. марта 1939, а дужности у Министарству иностраних послова је разрешен 7. априла 1939. године. Сутрадан је отпутовао у Берлин, а 10. априла је примио дужност у Посланству о чему је истог дана обавестио Министарство у Београду телеграмом и посебним писмом. Девет дана после преузимања дужности, 19. априла у 11,30 часова, примљен је у свечану аудијенцију код канцелара Адолфа Хитлера, коме је предао акредитивна писма и опозивна писма његовог претходника. По уобичајеном протоколу одржани су краћи говори после којих је Хитлер разговарао с Андрићем. После аудијенције нови посланик је дао изјаву новинарима у којој је нагласио да “намерава да продужи рад свог претходника, садашњег министра иностраних послова г. др Цинцар Марковића. Главни задатак у томе

⁹⁰ И. Андрић, *Дипломатски списи*, стр. 200.

⁹¹ М. Митић, *нав. дело*, стр. 127-129.

⁹² И. Андрић, *Дипломатски списи*, стр. 28. Италијански посланик није знао да је Стојадиновић рекао Андрићу: “Немачка аждаја се устремила на нас... Морам настојати да је отклоним од наше земље. Нека иде на другу страну... Немци су тешки као пријатељи, а опасни као противници ...”. М.М. Стојадиновић, *нав. дело*, стр. 426.

раду биће учвршћење сарадње између Немачке и Југославије на привредном и културном подручју”.⁹³

Ни случајно није поменута политичка сарадња. Андрић је био свестан тежине задатка у времену најзначајнијем за његову државу. Тешкоће је осећао како за време мисије коју је обављао тако и по њеном неоубичајеном завршетку, када је као затвореник спроведен у окупирани Београд, у коме ће бити оптуживан за судбину његових сарадника – сапатника. Зато ће рећи да су му те године биле “најмучније у животу”.⁹⁴ Нашао се у средишту из кога се управљало разарањем не само његове отаџбине, него и међународног система створеног у Версају после завршетка Првог светског рата. У те две године су се збили догађаји који су одредили судбину света. Андрић је присуствовао завршном чину тог великог преокретао. У “Дипломатским списима” Иве Андрића се међу документима из тог времена налази телеграм упућен из Берлина 16. јула 1939. којим се обавештава да се у дипломатским круговима у Берлину проносе гласови о преговорима између Немачке и Совјетског Савеза, што је у Берлину демантовано. Државни секретар Вајсцекер је Андрићу рекао да је једино тачно да се “воде нормалним путем разговори о оживљавању привредних односа који су већ одавно пали испод минимума”.⁹⁵ Ствар је била много шира.

Андрић је заћутао, али је Цинцар-Марковић пренео Андрићеву информацију о демантију у Берлину да су на састанку Рибентрипа и Тана спремни планови “против извесних држава на југоистоку Европе”.⁹⁶ У истом духу и Цинцар-Марковићев телеграм Посланству у Лондону “лично посланику”: “Берлин (Андрић?) јавља: “На немачком надлежном месту речено ми (Андрићу?) да је састанак Рибентроп-Тано био потребан да би се манифестовала идентичност погледа Немачке и Италије, да би се уразумила Пољска и, што је главно, озбиљно опоменули они који је подржавају. Пориче се да се ради о ма каквој акцији против ма које земље на југоистоку.”⁹⁷

О прикривању совјетско-њемачких разговора говори и Андрићево писмо Цинцар-Марковићу од 17. августа 1939. “Сазнајем од америчког отправника послова да се немачко-совјетски преговори које у Берлину од стране Совјета води економски експерт Барбарин приводе крају...Склапању овог уговора не даје се међутим неко нарочито политичко значење. У исто време једна делегација немачких привредника отишла је у Москву да на позив руске владе посети велику пољопривредну изложбу.”⁹⁸ Није познато зашто је Цинцар-Марковић ово обавештење проследио у Лондон тек 21. августа.

⁹³ И. Андрић, *Дипломатски списи*, стр. 30. Текст наводи М. Митић, *нав. дело*, стр. 42-43.

⁹⁴ М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 30.

⁹⁵ И. Андрић, *нав. дело*, стр. 237.

⁹⁶ Андрић, *Дипломатски списи*, стр. 242. За исту вест раније вид. стр. 189.

⁹⁷ *Исто*, стр. 243-244.

⁹⁸ *Исто*, стр. 245. Вид. такође стр. 233.

Два дана касније (23. августа) Цинцар-Марковић ће добити Андрићеву поруку: “Берлин јавља: ‘Државни секретар Верман каже ми да је одлука о склапању Пакта о ненападању са Совјетском Русијом дошла и за њих нагло, али не и неочекивано. Претпоставља се да ће имати уобичајену форму таквог уговора, да ће Москва дати обавезу о немешању у унутрашње прилике Немачке, чији став према комунизму остаје непромењен. За Италију каже да је била на пријатељски начин држана у току преговора, а Јапан да је био обавештен.

Мисли да су започети преговори, које су Енглеска и Француска досад водиле у Москви, изгубили евој смисао.⁹⁹ “Изгубили су зато што се Совјетски Савез обавезао да неће учествовати у рату против Немачке нити помагати било коју државу нити улазити у “групације” уперене против партнера из овог уговора. То је значило да СССР не би могао да помогне ни Југославији ако би је напала Немачка. Немачка је спречила Совјетски Савез да закључи било какав уговор с Француском и Великом Британијом. То је имало далекосежне последице.

За време Андрићевог рада у Немачкој дошло је до напада Немачке на Пољску (1939), Данску, Норвешку, Белгију и Холандију (1940), Југославију, Грчку и Совјетски савез (1941). О томе је детаљно обавештавао Министарство иностраних послова. Користећи немачки термин “офанзива за мир” Андрић пише о плановима за преу-ређење Европе. Вероватно не равнодушно, али смирено, он пише о плановима за Чехословачку, Пољску, Француску и Југославију. У шифрованом писму из Берлина, од 2. октобра 1939, Андрић каже да “немачки званични кругови не верују у неки непосредан успех своје офанзиве за мир чија кулминација треба да буде говор Хитлера у Рајхстагу.¹⁰⁰ Андрић је сазнао за основну садржину тог говора. Хитлер ће покушати, новим статутом, дати чешком народу “неку врсту шире аутономије” у границама Рајха.¹⁰¹ Ситуација с Пољском је била компликованија. Месец дана раније, 1. септембра 1939, Андрић је јавио: “Државни секретар Вернер кога сам видео после Хитлеровог говора, каже ми да реч рат није изговорена са немачке стране и да је операције против Пољске присиљена предузети у циљу одбране. Верман потврђује да данас треба да стигне једна совјетска војна делегација, али не може казати ништа о њеном саставу ни стварном циљу доласка”¹⁰² Две недеље касније, 14. септембра, Андрић је јавио: “Ратни циљеви Немачке у односу на Пољску претрпеће, како изгледа, знатне измене. Из разговора са Немцима из партије види се да би ти циљеви могли бити проширени до потпуне деобе Пољске између Немачке, Совјетске Русије и Литваније, нарочито ако западне силе одбију све

⁹⁹ Исто, стр. 245-246.

¹⁰⁰ Исто, стр. 253.

¹⁰¹ Исто, стр. 376, бел. 1. у документу бр. 160.

¹⁰² Исто, стр. 250.

немачке покушаје за склапање мира и тако ослободе Немачку свију обзира”.¹⁰³ Опет две недеље касније, 28. септембра, Андрић јавља: “Берлин показао жељу да се што пре приступи дефинитивном уређењу пољског питања, тј. стварања пољске државе између Немачке и Совјетске Русије. Немачкој је стало да се то изврши што пре, како би у садашњој својој акцији за мир на западу имала пред светом аргуменат да њене намере нису освајачке и да не жели апсорбовати нове милионе туђег живља.”¹⁰⁴ У писму од 2. октобра Андрић је известио: “У вези са понудама мира ...овде се проучавају проблеми како да се организује живот Пољака...То неће бити такво уређење које би омогућило новој Пољској неку пуну политичку и још мање војничку самосталност и неограничену слободу одлучивања...За Пољску је (Хитлер - прим. М.М.) рекао да се не може сматрати културном земљом и није се правдао за напад на њу саопштавајући да она може постојати у далеко мањем обиму под одређеним гаранцијама.”¹⁰⁵ То је било лажно обећање, јер је у међувремену, 29. септембра 1939. закључен совјетско-немачки споразум о деоби Пољске. Совјетске трупе су још 18. септембра прешле совјетско-пољску границу и заузеле знатан део територије Пољске.

Хитлер је имао у суштини исти план и за Француску, али је морао да поступи мало другачије. Влада маршала Петена, образована 17. јуна 1940, потписала је примирје с Немачком 22. јуна, а с Италијом 24. јуна. Француска влада је задржала власт на 1/3 територије са седиштем у Вишију. Немачка је анектирала Алзас и Лорен, а остали део Француске окупирала, 1940. целу. Андрић је још 15. јуна јавио да се у немачким круговима тврди да “Француска треба да буде сведена у политичком и војном погледу на силу другог реда која никад више својим коалицијама и својим злоупотребљавањем других раса не би могла угрозити Немачку у њеној европској мисији.”¹⁰⁶ Немачка је покушала да у општеевропски уговор увуче потребне европске државе, укључују Француску, али без успеха, вероватно због унутрашњих отпора у побеђеним државама.¹⁰⁷

У немачким плановима Југославија је у почетку била у другом плану, ако не и ван интересовања. То произлази из Андрићевог телеграма од 21. септембра 1940. Поводом пута Рибентропа у Рим у вези са закључењем Тројног пакта (који је закључен у Берлину 27. септембра између Немачке, Италије и Јапана, после неуспеха да се склопи између Немачке, Италије и Совјетског Савеза, у Немачкој је речено да разговори нису имали везе с Југославијом, како је писало у италијанској штампи.¹⁰⁸ Међутим, Ђано је записао да је Рибентроп поновио

¹⁰³ Исто, стр. 251

¹⁰⁴ Исто, стр. 252.

¹⁰⁵ Вид. бел. 101.

¹⁰⁶ Исто, стр. 277. Вид. такође стр. 294.

¹⁰⁷ Исто, стр. 292. Вид. извештаје од 20. и 27. новембра 1940. и 5. фебруара 1941. године.

¹⁰⁸ Исто, стр. 285. Вид. Цинцар-Марковићево обавештење из Берлина (маја 1938) о споразуму Мусолинија и Хитлера о подели интересних сФфера да би се ублажио тежак утисак Аншлуса, стр. 188-189.

да су Грчка и Југославија “подручја талијанских интереса у којима Италија може проводити политику коју сматра за себе добром” и да ће је Немачка у томе “увек помагати и то свом силом”.¹⁰⁹ Није потребно рећи шта се у ствари догодило с Југославијом и колико Немачка није била заинтересована за њу. То је дошло као “казна” за смењивање владе која је потписала Протокол о приступању Тројном пакту. Настојање да се Југославија приволи на то најбоље показује интерес Немачке. Андрић је то знао, иако није учествовао у разговорима о томе.

Иво Андрић је био не само у средишту у коме су ковани освајачки планови, већ и права ратна позорница. У телеграмима од 8. и 21. октобра и 2. новембра 1940. јавља о о бомбардовању Берлина и околине, погођеним местима, мртвима и рањенима и поремећају железничког саобраћаја.¹¹⁰ Знамо како се осећао, да ли је у томе видео неки већи знак отпора освајачима, макар био и лично изложен опасности. Или су његове мисли биле уперене према земљи коју је представљао. А она је у то време била изложена све већем притиску да приступи Тројном пакту.

Иво Андрић се убрзо по доласку у Берлин суочио са појачавањем притиска на Југославију, чак и кад је било у питању извршавање трговинских уговора. Немачка је нарочито отезала са испуњењем уговора о продаји. Испуњење уговора о испоруци 200 авиона је условљавано “пријатељским” ставом Југославије према Немачкој, који се сводио на напуштање Друштва народа, а затим је додано и Балканског савеза, а Рибентроп је додавао и приступање Пакту против Коминтерне. Геринг је уверавао да због тога неће бити прекинута производња авиона, већ да би се могла и убрзати ако би се према Немачкој показали знаци пријатељства. Немачка је чак нудила и кредит од 200 милиона марака да би, по тајном привременом уговору потписаном јула 1939. у Београду, уместо кредита Југославија плаћала испорукама сировина и дрвне грађе.¹¹¹ Када је била у питању испорука 240.000 тона угља успоравање је било објашњавано тешкоћама у превозу.¹¹²

Мучни преговори о приступању Тројном пакту су вођени на више колосека, у разним местима у Немачкој и у Београду где су с немачким послаником Хереном преговарали Цинцар-Марковић и Грегорић. Иво Андрић није учествовао ни у једној фази и то га је дубоко погодило. Као посланик у Немачкој морао је да присуствује потписивању Протокола о приступању Пакту 25. марта 1941. године. После тога се вратио у Берлин, али је касније патио због излагања фотографије с потписивања на којој је међу присутнима.¹¹³ Због реаговања Не-

¹⁰⁹ Исто, стр. 285, бел. 2; стр. 387, док. 198, бел. 2.

¹¹⁰ Исто, стр. 267, 286-287.

¹¹¹ Исто, стр. 240, 371; - М. Митић, *нав. дело*, стр. 82.

¹¹² И. Андрић, *Дипломатски списи*. Извештај од 5. фебруара 1941, стр. 300-301

¹¹³ М. Митић, *нав. дело*, стр. 87, 222.

мачке на промене Владе у Југославији (27. марта 1941) министар иностраних послова Момчило Нинчић је позвао Иву Андрића да дође у Београд на реферисање. Пре поласка за Београд је, 29. марта, рекао државном секретару Вајцзеке-ру да је промена владе унутрашња ствар која не утиче на међународне обавезе. Најавио је могуће уступке који се не косе с националном чашћу.¹¹⁴ У Београду је, вероватно уз учешће Андрића, састављена нота у којој је речено:

1. Југославија се чак и у овом часу нада да ће и по цену највећих жртава очувати своју независност и интегритет;

2. Југославија је вољна да сарађује с Трећим рајхом стављајући своје железнице на располагање Немачкој за транспорт хране и сировина, али не и за прелаз трупа и ратног материјала;

3. Југославија је, као и увек, вољна да сарађује са Немачком;

4. Југославија неће никада објавити рат Немачкој ако не буде нападнута, али ће се одупрети свакој непровокативној агесији;

5. Југославија ће јавно и отворено поштовати све основне обавезе према свим суседима и бити спремна да са њима разговара у свако доба.¹¹⁵

Иво Андрић се 3. априла вратио у Берлин, где нико није хтео да га прими, иако је 4. и 5. априла то тражио три пута. То је 4. априла покушао и преко италијанског амбасадора Алфијерија који је упутио писану поруку Рибентропу. Андрићу је преостало да 4. априла у Београд пошаље последња два телеграма. У телеграму послатом у 13,15 часова Андрић каже: “Како се овде чује, немачки дипломатски и конзуларни чиновници и даље напуштају Југославију. Мислим да би требало водити рачуна да у нашој земљи остане бар онолико немачких дипломатских и конзуларних чиновника колико ми имамо у Немачкој.”¹¹⁶ Андрић није знао да је немачком особљу наређено да се повуче из Југославије и да остане минимум (отправник послова, аташе, техничари и возач) због одлуке о нападу. Конзулати су морали да буду затворени до 3. априла. Али Андрић смањује број особља: “Млађе чиновнике, нарочито војне обвезнике, почећу већ од данас упућивати за Београд, где ће се пријавити Министарству како сам се споразумео са начелником и министром помоћником.”¹¹⁷

У телеграму послатом у 13,50 часова Андрић јавља: “Немачка штампа и радио настављају са ширењем фантастичних вести о прогањању Немаца код нас. У овдашњем дипломатском кору чује се мишљење потпуно неутралних личности да Немци, изненађени догађајима у Југославији, убрзано спремају

¹¹⁴ М. Митић, *нав. дело*, стр. 221. У разговору с Немцима Данило Грегорић је рекао да би Југославија била спремна да демилитаризује јадранску обалу ако би Немачка и Италија гарантовале њене границе.

¹¹⁵ Исто, стр. 221-222.

¹¹⁶ И. Андрић, *Дипломатски списи*, стр. 307.

¹¹⁷ Исто, стр. 307.

повод за евентуалан напад на Југославију. У сваком случају, ова кампања потпуно личи оној коју су у своје време организовали против Чехословачке и Пољске. Мислим да би са наше стране требало систематски реагирати износећи стварно стање и демантујући лажне вести тачку по тачку. Представницима неутралних земаља добро би било већ сад указати на методе и циљеве немачке политике. Андрић.¹¹⁸

Министар иностраних послова Момчило Нинчић је већ претходног дана послао циркуларно писмо југословенским посланствима у том смислу обавештавајући их шта се догодило на демонстрацијама 27. марта 1941. Са своје стране потпредседник владе Слободан Јовановић је, почетком априла, говорио о потреби модернизације пропаганде и објашњавање збивања у Југославији напомињући да Мома (Нинчић) треба да иде у Рим и да објасни Мусолинију шта се догодило у Југославији.

Андрић се свим силама трудио да сачува танке нити мирнодопских односа надајући се смиривању, чему је требало да послужи припремљена нота, али узалуд. Андрићу је 5. априла враћен дипломатски пасош, а 6. априла му је у Протоколу немачког министарства иностраних послова саопштено да целокупно југословенско дипломатско и конзуларно особље мора да напусти Немачку, јер су дипломатски односи прекинути. Швајцарска је преузела заштиту југословенских интереса у Немачкој и немачких интереса у Југославији. То је кратко трајало, јер је немачко министарство саопштило да за тим нема потребе, јер је Југославија окупирана. Противно праву сматрало је да је нестала. Андрић и особље с породицама су специјалним возом напустили Берлин и одвезени у Констанц на граници са Швајцарском, где су, 9. априла, стигли и југословенски представници из Минхена, Диселдорфа, Хамбурга, окупираних подручја (Прага, Ротердама, Брисела, Меца, Париза, Нансија и Лила), Беча, Граца и Клагенфурга (Деловца). Потом су пребачени у Бад Шахен где су остали до 30. маја. Возом су упућени у Београд где су стигли 1. јуна.¹¹⁹ Од 201 лица у затвору је остало 10 који су враћени у Немачку, где су оптужени за шпијунажу. Шесторица су осуђена, а четворица ослобођена и враћена у земљу. Тако је окончана Андрићева дипломатска каријера.

IV - ДУЧИЋ И АНДРИЋ КАО ДИПЛОМАТИ

Јован Дучић је био у активној дипломатској служби више од 34 године, а двадесет година млађи Иво Андрић мало више од 26 година. Јован Дучић је првих десет година провео у класичној дипломатији изграђеној у XIX веку, а касније (као и Иво Андрић) у новој дипломатији после Првог светског рата у којој су обојица дошли до врха. То је важно због различитог схватања улоге ди-

¹¹⁸ Исто, стр. 308.

¹¹⁹ М. Митић, нав. дело, стр. 136-137.

пломатије, а тиме и дужности дипломата. По класичном међународном праву дипломатија је служила за представљање држава.¹²⁰ Током времена је међународно обичајно право додало заштиту сопствених држављана у иностранству¹²¹ и преговарање.¹²² Без обзира на то у пракси је настала и развила се функција праћења прилика у земљи, акредитовања и извештавања о политичким, привредним и културним збивањима. Тако је настао велики број извештаја који представљају богату ризницу за истраживаче. Њу су обогатили извештаји које су слали Јован Дучић¹²³ и Иво Андрић. Они су схватили да дипломатска функција није произвољни луксуз аристократије, иако се и у њихово време сматрало да су дипломати “најбољи део друштва”,¹²⁴ већ једна од основних функција државе, инструмент за опстанак државе у међународној заједници.¹²⁵ Зато се сматрало да модерна дипломатија треба да се развија у три главна правца: а) да буде јавна; б) да буде више потчињена међународном праву и в) да буде инструмент не само националне (државне) политике, већ и међународне (међу-државне) солидарности.¹²⁶ Ово последње се огледа у деловању дипломата на међународним конференцијама и у међународним организацијама.¹²⁷ То је добро упознао Иво Андрић.

Јован Дучић је читав професионални радни век (1910-1941) провео у иностранству, не само у доба мира, већ и у доба ратова (1912-1918, 1939-1941), највише у дипломатским представништвима Србије и Југославије, а врло кратко време у конзуларној служби и као стални делегат Југославије у Друштву народа. То му је омогућило да упозна многе државе и државнике и стекне велико искуство. Иво Андрић је дуже време био у конзуларној служби у иностранству, мање у дипломатској, а највеће искуство је стекао у Сталној делегацији Југославије у Друштву народа и на раду у Министарству иностраних послова у Београду. Било је то у време крхког мира, а стицајем прилика се нашао на челу дипломатске мисије у средишту у коме су планирани, припремани и започињани ратови против више држава, укључујући државу коју је он представљао.

Делатност Јована Дучића се сводила на представљање државе у најширем смислу речи и извештавање. Дучићеви извештаји су били дуги и исцрпни и често писани у поетском маниру. То су ценили његови претпостављени, а наро-

¹²⁰ Зато се у уџбеницима говорило само о о представничкој функцији дипломатије. Вид. нпр. Т. Функ-Брентано и А. Сорел, Јавно међународно право, Београд 1893, стр. 49-69.

¹²¹ Г. Гершић, Данашње дипломатско и консуларно право, I, Београд 1898, стр. 605-610.

¹²² М. Бартош, Међународно равно право, II, Београд 1956, стр. 381-385.

¹²³ Извештај начелнику Министарства иностраних дела Јовану М. Јовановићу о атмосфери у Италији, од 7/20. децембра 1908, пре него што је постао указни чиновник.

¹²⁴ Тако П. Каровић, Дипломација, Београд 1936, стр. 170.

¹²⁵ Тако И. Суботић, Савремена дипломација, “Архив за правне и друштвене науке”, 1937, књ. X XXXI (ЈиI) бр. 1-2, стр. 21.

¹²⁶ Исто, стр. 26. Наводи га и М. Кисовац, Дипломатски представници, Београд 1939, стр. 148.

¹²⁷ И. Суботић, нав. дело, стр. 27, 28.

чито Стојадиновић који је у њима добијао важне податке. Зато није случајно да је у својим мемоарима дословно наводио целе извештаје, нарочито завршни извештај о преговорима с Ђаном.¹²⁸ Нема сумње да је Нинчићу користио Дучићев извештај из Мадрида од 18. јуна 1941. о разговору са шпанским генералом који је предвидео да је последњи тренутак да Немачка нападне СССР, али и да њена победа није извесна.¹²⁹ Извештаји показују да је Дучић и преговарао, о чему сведоче трговински уговори с Египтом (1927, 1930).¹³⁰ Сам Стојадиновић је написао да је Дучић обавио најважнији део преговора с Италијанима (1937). На основу тога Митић је довео у сумњу убедљивост Стојадиновићевог објашњења за увођење нових преговарача, јер није био у питању “никакав стручни и технички споразум већ најзначајнији политички уговор који су две суседне државе закључиле.”¹³¹ Несумњив је политички значај уговора, али су у њему врло значајне правне обавезе: обострана обавеза поштовања заједничких граница, обавеза мирног решавања спорова, неприбегавање рату као средству националне политике (из Бријан-Келоговог пакта, 1928 - прим. М.М.), непружања помоћи нападачу, забране било какве делатности против територијалне целокупности или поретка друге државе (из конвенција о дефиницији напада). За јачање економских односа је било предвиђено закључење посебних споразума.¹³² Нећемо сумњати у способност Дучића да се избори за такве одредбе, али је Стојадиновић морао водити рачуна о потреби да се Италија прецизно обведе према Југославији и не дозволи понављање Трумбићевих грешака. Стојадиновић је сматрао да онај ко води рачуна о политичкој целини, не може да се посвећује појединостима, ни он ни Дучић. Питање је да ли је економски стручњак био потребан, али није искључено да је решење економских одредаба остављено за касније, јер није постигнут споразум. Данас о таквим уговорима преговарају делегације. Дучић је такође успешно преговарао у Лисабону о успостављању дипломатских односа с Португалијом¹³³, што је представљало безбедан пут за повлачење владе у емиграцију (за разлику од 1915).

Потпунији увид је могућ само истраживањем закључивања уговора с државама у време док је Дучић службовао у њима, нарочито у времену између два светска рата. Иако је био у Риму, Дучић се није мешао у кризу у вези с ратификацијом конкордата, али изгледа да није био против, јер је убеђивао Стојадиновића да се много не узбуђује због понашања двојице посланика.¹³⁴

¹²⁸ М.М. Стојадиновић, *нав. дело*, стр. 414-417.

¹²⁹ М. Митић, *нав. дело*, стр. 152.

¹³⁰ Вид. бел. 41 и 42.

¹³¹ М. Митић, *нав. дело*, стр. 148.

¹³² Исто, стр. 148.

¹³³ О Дучићевом раду у дипломатији више М. Митић, *нав. дело*, стр. 138-152.

¹³⁴ М. М. Стојадиновић, *нав. дело*, стр. 490-491. Дучић каже да су се Хрвати “први бацили каменом на конкордат...”. Ј. Дучић, *Верујем у Бога и српство*, Београд 1996, стр. 107.

Заузврат Дучић је био против Рапалског (1922) и из њега проистеклог Римског уговора (1924) и Нептунских конвенција (1925).¹³⁵ Разочаран у политику, Дучић ће касније записати: “За миран живот треба што мање људи и што мање речи. Стварно, речи све покваре, и извитопере, и упропасте, и профанишу.”¹³⁶ Као да је у њему проговорио Андрић, човек сасвим другог кова који се разликовао по личном карактеру, односу према људима и проблемима. Он је говорио да му полемика не прија и да више воли да из прикрајка, такорећи из сенке, посматра ствари, да их постепено анализира и размишља о њима тежећи да открије суштину.¹³⁷

Иво Андрић је имао краћу дипломатску каријеру, али не мање богату. По природи је био “затворен у себе, дистанциран од свега, неприметних емоција и суздржаних реакција”¹³⁸, како је замишљао доброг дипломату.¹³⁹ У посланствима у Мадриду и Бриселу је често вршио дужност отправника послова за време одсуства посланика. О том кратком службовању од непуне две године нема писаних података, али је вероватно повољна оцена његовог рада била препорука за постављење у Сталној делегацији Југославије у Друштву народа. Ту је Андрић у пуном смислу речи обављао све дипломатске послове. Пратио је догађаје, извештавао о њима, а по потреби и преговарао, нарочито у органима Друштва народа и на конференцијама одржаним под његовим окриљем. Андрић је морао да преговара и са функционерима Друштва народа који су прихватили петиције мањина. Својим интервенцијама у Секретаријату ДН је успевао да се већина петиција одбаци и не води поступак због неиспуњења услова који су прописани у резолуцији Савета ДН од 5. септембра 1923. године. Андрић је то протумачио и као право да такву петицију није дужан да прими, па је тако поступио с петицијом дванаесторице избеглица из Софије због употребе увредљивих израза на рачун југословенских власти и становника.¹⁴⁰ Андрићев поступак су одобрили министар иностраних послова Јевтић и његов помоћник Фотић, а с тим се сложио и генерални секретар Друштва народа¹⁴¹ који је, новом резолуцијом Савета, од 13. јуна 1929, овлашћен да одлучује о прихватљивости петиције, а ако сматра да је неприхватљива, о томе обавести

¹³⁵ Ј. Дучић, нав. дело, стр. 114.

¹³⁶ Ј. Дучић, Јутра са Леугара, стр. 8.

¹³⁷ К. Димитријевић, Разговори и ћутања Иве Андрића, “Време забрана. Сведочења значајних савременика”, Београд 1991, стр. 20; - М. Митић, нав. дело, стр. 67.

¹³⁸ М. Митић, нав. дело, стр. 73.

¹³⁹ Исто, стр. 67-73.

¹⁴⁰ По резолуцији Савета ДН петиција је морала бити учтиво напи-сана. К. Пржић, Поступак по молбама мањина упућеним Друштву народа, “Архив за правне и друштвене науке”, 1929, књ. XIX (XXXVI), бр. 3, стр. 209; - Заштита мањина, Београд 1933, стр. 281, бел. 56.

¹⁴¹ Извештај од 28. децембра 1932. Дипломатски списи, стр. 127-128 - М. Митић, нав. дело, стр. 128.

петиционара и пошаље му резолуцију од 5. септембра 1923. године.¹⁴² Био је то последњи извештај, послат из Женева 28. децембра 1932, који је објављен у Андрићевим “Дипломатским списима”.¹⁴³ После тога ће уследити премештај у Београд, у почетку на положај секретара, а затим шефа Одсека за мањине у Министарству иностраних послова.

Преласком у Београд Иво Андрић се нашао само у новом стану (у хотелу “Ексцелзиор”), али не и на новом послу. Сада је морао да, у име владе, одговара на петиције које нови стални делегат Константин Фотић није успевао да одбаци. На том послу Андрић је потврдио раније стечено уверење да се иза петиција крију политичке смутње суседних и неких других држава којима се морао супротставити на свој достојанствен, уздржан, али одлучан начин. То се види из његових порука посланствима, некад с назнакама “ради обавештења” или “ради обавештења и употребе”. Стога су посланствима слате копије обавештења послатих Друштву народа у вези с положајем мањина у Југославији.¹⁴⁴ Нисмо нашли податак на чији је предлог, две недеље по преузимању дужности председника владе и министра спољних послова (24. јуна 1935), Милан Стојадиновић поставио Иву Андрића за вршиоца дужности одсутног начелника Политичког одељења Министарства иностраних послова (8. јула 1935). То је било место за већ искусног, а надасве одмереног чиновника, шкртог на речима, али довољно јасног у изражавању става. Одмереност Андрића у изражавању се огледа и у гневној поруци југословенском посланику у Ватикану због недипломатског понашања на новогодишњем пријему код папе Пија XI, када је, изгледа ћутке, “примио к знању” жалбе кардинала Пачелија због положаја католичке цркве у Југославији. Андрић му је замерио што не јавља да ли је реаговао због неоснованих и неумесних ставова и зашто је примио “белешку” о томе уместо да је Света Столица, ако сматра за потребно, писмено достави преко нунција у Београду. Зато је тражио од посланика да Министарству пошаље оригиналну забелешку уместо преведеног или препричаног обавештења.¹⁴⁵ Био је то последњи Андрићев акт, јер је месец дана касније (28. марта 1939) постављен за посланика у Немачкој. Остао је у свету дипломатије, али и на умногоне различитим пословима.

После шест година проведених у релативном миру у средишту југословенске дипломатије Андрић се нашао на истуреном положају у иностранству где су функције сличне, али и другачије. Исто је само представљање државе, али је остало различито. У Београду је Андрић долазио у додир с највишим представницима других држава, разговарао с њима као домаћин и директно им износио ставове своје владе. Мање је с њима преговарао и ценкао се што

¹⁴² И. Пржић, *Поступак по молбама мањина*, стр. 214; - *Заштита мањина*, стр. 286.

¹⁴³ И. Андрић, *нав. дело*, стр. 127-128.

¹⁴⁴ Нпр. обавештења од 25. и 26. октобра 1938. И. Андрић, *нав. дело*, стр. 203-210. Вид. бел. 91.

¹⁴⁵ И. Андрић, *нав. дело*, стр. 237; - М. Митић, *нав. дело*, стр. 130-131.

је одговарало његовом карактеру. У миру и тишини је учествовао у стварању и формулисању званичних ставова за преговоре и обавештења која је слао југословенским представницима у иностранству чији је шеф био. То је донекле било слично као када је извештавао из Женева, где је морао и да преговара. У Берлину је преговарање било чешће и далеко теже од обичног представљања државе. И тамо је сретао високе стране госте, али као представник једне мале земље на ветрометини светских збивања који је могао да очекује само малу помоћ за своју земљу. Много више је могао да очекује од представника других држава у Берлину с којима се чешће сусретао. С неким од њих је протествовао код немачких власти због хапшења интелектуалаца на окупираној територији Пољске, а и сам је, преко владиних и невладиних канала, покушавао и успевао да из логора извуче један део професора Краковског универзитета.¹⁴⁶ О свему је извештавао своју владу, али му је главни и најтежи био основни задатак дипломатије у односима с државом у којој је био акредитован. Пред њим се испречила политичка препрека која је за њега била превисока. Велико је питање да ли би је могао савладати било ко да је био на његовом месту. Немачку тада нико није могао да спречи да започне рат.

Јован Дучић је био гневан и жалостан што је био јавно смењен и онемогућен да заврши велики посао, а Андрић зато што је био тајно заобиђен и искључен из најважнијих преговора. Без консултовања с Андрићем, у Београду су одлучили да сниже ниво преговарања и да се што мање обраћају немачкој влади. Покушали су то коришћењем новинара и преношењем разговора у немачко посланство у Београду као кад су тражили агреман за новог посланика. Највиши политички представници Југославије (најчешће министар иностраних послова) тајно су ишли у Немачку само по позиву. Рефлектори су упаљени тек када је све било готово (као у совјетско-немачким преговорима). Груба сила је била јача од дипломатије, морала и права. Њена жртва је био Иво Андрић који је касније рекао да су Немци и Немачка били највећа мука његовог живота од које је лично пропатио.¹⁴⁷

V - ЗАКЉУЧАК

Јован Дућић и Иво Андрић су у различито време ступили у дипломатију, али су истовремено завршили у њој. Стицајем прилика нашли су се у државама које нису водиле пријатељску политику према Југославији, једна признањем отцепљеног дела Југославије, а друга оружаним нападом на њу. С првом је Југославија морала да прекине дипломатске односе, а друга, нападач, изјавила је да су ти односи прекинути. То је одредило животне путеве Дучића и Андрића. Дучић је могао слободно да напусти Европу, а Андрић је стражарно спроведен

¹⁴⁶ М. Митић, *нав. дело*, стр. 111.

¹⁴⁷ О раду Андрића у дипломатији М. Митић, *нав. дело*, стр. 213-223.

у Београд. Ко зна каква би његова судбина била да му је дозвољено да пређе у Швајцарску, како је обећано. Те околности су утицале на њихов живот и рад, знатно другачији јер су били ослобођени, али и онемогућени у обављању дипломатских дужности. Могли су само да своде билансе свог рада, иако су још били радно способни.

Недостатак потпуне дипломатске грађе онемогућава потпун увид и оцењивање њиховог рада које се своди на проучавање доступних докумената. За сада су најважнији сачувани Дучићеви и Андрићеви списи, објављени пре двадесет година (1991, 1992), и документи у Архиву Југославије у Београду. Те документе, а нарочито извештаје Дучића и Андрића, треба пажљиво проучити користећи и другу доступну грађу. Међутим, и на основу онога што је објављено може се закључити да су Дучић и Андрић били врсни дипломати и да су радили како су најбоље знали и умели. Нису били творци спољне политике, нити је то било у њиховој надлежности. За неуспехе државе нису одговорни. Учинили су колико су могли и несумњиво спадају у ред оних који су стварали и одржавали углед југословенске дипломатије. Њихов пример показује да је добра дипломатија највише потребна малим државама које могу да се одрже не силом, већ поштовањем права. То сазнање је навело Дучића да напише: “једној земљи нису потребни ни јаки људи него јаки принципи, ни диктатура најбоље и најпросвећеније нечије воље, него диктатура добрих закона. Такозване људе “јаке руке” траже само слаби и сервилни народи, а просвећени траже само јаке институције и неумитне законе”.¹⁴⁸

Јован Дучић је био у повољнијем положају. Искористио га је за родољубиву поезију, држање предавања и публицистички рад из југословенске политичке историје новијег времена, посебно о федерализму и централизму које је повезао с националним питањем. Иако је био свестан немоћи Југославије пред непријатељском оружаном силом, “аждајом” како је Стојадиновић рекао Андрићу, покушао је да нађе корене унутрашње слабости и разједињености због којих није пружен већи отпор на који је алудирао шпански генерал. Дубока размишљања су морала наићи на негодовање у круговима оних који су сматрали да су неопходна практична решења, као и савезници на које су се ослањали. Као дипломата, Дучић је вероватно био сагласан са основама југословенске спољне политике у борби против заједничких непријатеља, иако се о томе није изјашњавао. Од религијског односа према Југославији, преко критике оних који су је разарали, дошао је до сумње у могућност њеног опстанка и залагао се за свесрпску државу. Зато је на крају тестаментa, написаног у Гери 15. јула 1941, написао: “Верујем у Бога и српску расу”.¹⁴⁹

Иво Андрић је био у потпуно другачијем положају. Нашавши се у окупираном Београду повукао се из јавног живота и посветио омиљеном писању

¹⁴⁸ *Ј. Дучић, Јутра са Леутара*, стр. 78.

¹⁴⁹ Израз “раса” је тада био у употреби за означавање народа. Зато су приређивачи Дучићевих дела нашли бољи израз “српство”.

и размишљању. Оставио је све похвале које је добијао од претпостављених. Резултат тога је познат. Захваљујући дугом животу успео је да створи замашно књижевно дело. Као што је Дучић своја размишљања изложио у “Јутрима са Леотара” тако је Андрић своју мудрост и животно искуство изразио у “Знаковима поред пута”. Заборављен као дипломата Андрић је добио највише светско признање за књижевност (Нобелову награду, 1961). То је разлог да покушамо да новим нараштајима приближимо Андрића као дипломату. Томе ће свакако допринети недавно објављена двотомна књига Душана Глишовића¹⁵⁰ која нам није била доступна за сврхе овог рада, чији је једини циљ да подсети на годишњице рођења двојице наших дипломата.

Клонећи се коначних закључака о раду ових врхунских дипломата, имамо на уму занимљиву “прогнозу” Косте Ст. Павловића. Оцењујући рад свог бившег шефа Јована Дучића Павловић је записао: “Да ли је његов рад био користан или штетан показаће будућност. То ће зависити од тога да ли ће се Југославија одржати или не. Ако се Југославија буде одржала, што нам се чини да је у најбоље схваћеном интересу српског народа, његов ће се рад прогласити штетним. Ако се не буде одржала, моћи ће се рећи да политички није успео не зато што је био на кривом путу, већ зато што је пре времена био у праву.”¹⁵¹ Коментаришући ове речи Миодраг Митић је додао: “Када човек сада чита ове редове... схватиће да је ова Павловићева књига не критика, већ апотеоза Дучића као политичког човека и дипломате.”¹⁵² Ми бисмо рекли да је Павловић био у праву колико и Келзен, када је указивао на могућа решења. Бити у праву без обзира шта се догодило. Били смо сведоци свих промена, а не знамо шта ће бити. Не изјашњавајући се о томе у овом времену и овде у Дучићевој и Андрићевој постојбини можемо да кажемо: “Верујемо у Бога и у Републику Српску”.

¹⁵⁰ До Глишвић, *Иво Андрић, Краљевина Југославија и Трећи* 193 9-1941, 1-2, Београд 2012«,

¹⁵¹ К. Ст. Павловић, *Јован Дучић*, Милано 1967.

¹⁵² М. Митић, нав. дело, стр. 243.

ИСКЉУЧУЈУЋА КЛАУЗУЛА У МЕЂУНАРОДНИМ УГОВОРИМА У ОБЛАСТИ САОБРАЋАЈА

Др Душанка Ђурђевић*

Апстракт: Ступањем на снагу Лисабонског уговора из 2007., ЕУ је стекла својство правног лица и способност да закључује међународне уговоре. У области транспорта ЕУ има овлашћење да закључује међународне уговоре у свим питањима транспортног права у којима је овлашћења да интерно, у оквиру ЕУ, уређује те транспортне односе. Сада је, приликом регулисања различитих питања из области саобраћаја, могућа примена националних прописа, међународних уговора које су закључиле само државе чланице ЕУ, секундарних комунитарних прописа, међународних уговора које је закључила само ЕУ са трећим државама или међународним организацијама и тзв. мешовитих уговора а то су међународни уговори које су закључиле с једне стране ЕУ и државе чланице и с друге стране треће државе или међународне организације. Ово поставља питање узајамног односа комунитарних прописа у области саобраћаја и међународних конвенција, као и оправданост употребе искључујуће клаузуле у међународним уговорима.

Кључне речи: Лисабонски уговор, однос међународних уговора према комунитарним прописима, искључујућа клаузула.

Увод

Ступањем на снагу 2009. Лисабонског уговора из 2007.,¹ЕУ је добила својство правног лица²и могућност да самостално закључује међународне уговоре. Пошто је постала субјект међународног права, способна је да закључује

*Др Душанка Ђурђевић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

¹ Лисабонски уговор. чине три дела: Уговор о Европској унији (УЕУ), Уговор о функционисању Европске уније (УФЕУ) и протоколи и декларације које су додате уз уговоре; текст објављен у издању: Консолидовани уговори о ЕУ, Од Рима до Лисабона, Београд 2009.

² Члан 47. УЕУ.

међународне уговоре у своје име. Међународни уговори које закључује ЕУ обавезују институције ЕУ и државе чланице и постају део комунитарног права. Ови међународни уговори морају бити у складу са оснивачким уговорима ЕУ.

Чињеница да ЕУ може да закључује међународне уговоре створила је сложену ситуацију везану за редослед у примени извора саобраћајног права. Сад је могућа примена националних прописа, међународних уговора (конвенција) које су закључиле само државе чланице ЕУ, секундарних комунитарних прописа (нарочито уредби и упутстава), затим међународних уговора које је закључила само ЕУ са трећим државама или међународним организацијама и међународних уговора које су закључили ЕУ заједно са државама чланицама с једне стране и треће државе или међународне организације с друге стране (мешовити уговори).

Надлежност ЕУ у области саобраћаја је заснована на додељеним овлашћењима. Начело додељених овлашћења значи да Унија делује само у границама надлежности које су јој доделиле државе чланице уговором како би постигле одређени циљ.³ Начело додељених овлашћења значи да је потребно да државе чланице претходно овласте ЕУ да би ЕУ могла да доноси одлуке о било ком питању, па тако и у области саобраћаја, јер ЕУ нема сама по себи изворна овлашћења. Државе су то у области саобраћаја учиниле још у Римском уговору а у УФЕУ је то регулисано поглављем VI трећег дела (чл. 90-100). Разлози због којих се на нивоу ЕУ могу усвајати мере из области саобраћаја су набројани у члану 91. и 100. ст. 2. УФЕУ. Разлози су: а) доношење заједничких правила која се примењују на међународни саобраћај који се обавља са територије или на територију једне државе чланице или који пролази преко територије једне или више држава чланица, б) одређивање услова под којима превозиоци који нису национални резиденти могу вршити услуге унутар држава чланица, в) усвајање мера за побољшање безбедности саобраћаја, г) доношење било које друге корисне мере. Постављањем ових разлога тако широко, практично је институцијама ЕУ дата широка могућност у креирању европске саобраћајне политике.

Карактеристика је овлашћења ЕУ у области саобраћаја да се ради о подељеним овлашћењима између ЕУ и држава чланица.⁴ Подељене надлежности су оне надлежности које могу вршити и органи Уније и државе чланице.⁵ Једна од подељених надлежности које су изричито набројане је и транспорт.

Кад ЕУ усвоји неку правну норму на европском нивоу, државе чланице губе овлашћење да то исто питање регулишу. С друге стране, ако ЕУ није

³ Члан 5/1UEU: “У складу са принципом додељене надлежности, Унија делује само у границама надлежности које су јој земље чланице доделиле овим уговорима за остваривање циљева који су овим уговорима утврђени . Државама чланицама припадају све надлежности које овим уговорима нису додељене Унији.”

⁴ Члан 4/2g УФЕУ изричито наводи саобраћај као једно од подручја подељених надлежности.

⁵ Члан 4. УФЕУ.

регулисала неко питање, иако је за то овлашћена, државе чланице задржавају могућност да га саме регулишу. Али и тада државе чланице морају да воде рачуна да њихове националне регулативе не буде у супротности са било којом европском нормом у било којој области коју има овлашћење да регулише ЕУ. У случају да држава донесе пропис који је супротан норми ЕУ, норме државе се не би примењивале.⁶ ЕУ има искључиву надлежност да закључује међународне уговор.⁷ ЕУ може да закључи споразум с једном или више трећих држава или међународних организација, ако тако предвиђају уговори или ако је закључивање споразума потребно ради постизања неког од циљева из уговора, а у оквиру политике ЕУ, или ако је то предвиђено неким правно обавезујућим актом Уније или би могло утицати на заједничка правила или променити поље примене. Поступак закључивања се спроводи према правилима из члана 218. УФЕУ, дакле према правима примарног европског права, а споразуми су обавезујући за институције ЕУ и државе чланице.

Комунитарно саобраћајно право

Релевантне одредбе на основу којих ЕУ уређује саобраћајну политику данас су одредбе УФЕУ поглавље VI који носи назив Саобраћај и то чл. 90-100. и чл. 170-172. УФЕУ који се односе на Трансевропску саобраћајну мрежу. На саобраћај се могу применити и све остале одредбе Лисабонског уговора.

Правни основ за доношење европског саобраћајног законодавства је садржан у члановима 91. и 100/2. УФЕУ. Надлежност ЕУ у области саобраћаја је заснована на додељеним овлашћењима а разлози због којих се на нивоу ЕУ могу усвајати мере из области саобраћаја су набројани у члану 91. и 100. ст. 2. УФЕУ и постављени су врло широко.⁸ Овлашћења ЕУ се односе на друмски, железнички и превоз унутрашњим воденим путевима⁹ као и на поморски и ваздушни саобраћај,¹⁰ једино што је за ова два последња било потребно да се активира доношење посебних законских аката ЕУ којима би се развила европска саобраћајна политика у тим областима.¹¹

⁶ Перишин, Т.: Разграничење власти Еуропске уније и држава чланица, Реформа Еуропске уније, Лисабонски уговор, Загреб, 2009, стр. 219-237.

⁷ Члан 216/1. УФЕУ у вези са чланом 3/2. УЕУ.

⁸ Види члан 91. УФЕУ.

⁹ Члан 100/ 1. УФЕУ.

¹⁰ Члан 100/ 2. УФЕУ.

¹¹ Члан 100. “1. Одредбе овог наслова примењују се на железнички, друмски и речни саобраћај. 2. Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовном законском процедуром, могу усвајати одговарајуће прописе за морски и ваздушни саобраћај. Они одлучују после консултовања Комитета региона и Економског и социјалног комитета“.

Данас се у државама чланицама ЕУ саобраћај може регулисати националним правним правилима, правом ЕУ (комунитарно саобраћајно право) и међународним конвенцијама. Да би се сложена ситуација односа комунитарних прописа и међународних уговора учинила једноставнијом, погодна је подела међународних уговора.¹²

Прва подела међународних уговора је на међудржавне уговоре које закључују државе чланице ЕУ међусобно и државе чланице са трећим државама. Преговори, закључивање, поступак потврђивања и друга питања везана за правно дејство ових међународних уговора уређују се националним правом државе чланице ЕУ. После прихватања, постају део националног правног поретка државе чланице ЕУ која је страна тог међународног уговора.¹³ Другу групу чине међународни уговори¹⁴ за које је карактеристично да се као једна уговорна страна појављује ЕУ а друга је држава чланица ЕУ или трећа држава или нека међународна организација. Преговори и закључивање се уређује примарним правом.¹⁵ Ови међународни су уговори део европског, комунитарног права и имају предност пред секундарним изворима.

Закључивање међународних уговора у области саобраћаја

Једно од битних питања је однос између права ЕУ и међународног права у области транспорта. ЕУ може да уређује питања транспорта не само унутар ЕУ, већ и у односима према трећим, осталим државама ван ЕУ. Дакле у свим питањима транспортне политике у којима је ЕУ овлашћена да их у унутрашњим, својим оквирима правно регулише, ЕУ има и спољашња овлашћења.

Овлашћење ЕУ да закључује међународне уговоре се изричито предвиђа у члану 207. УФЕУ.¹⁶ Ово значи да је ЕУ овлашћена да закључује међународне уговоре у свим питањима транспортног права у којима је овлашћена да интерно, у оквиру ЕУ, уређује те транспортне односе.

Поступак предвиђа чланом 218. поједностављено изгледа овако: Комисија упућује препоруку Савету да се отпочну преговори и Савет именује преговараче. По завршеним преговорима одлуку којом се усваја међународни уговор

¹² Вилим Боучек: Међународни уговори-извори међународног приватног права на подручју Еуропске уније, Зборник Правног факултета у Загребу , 61 /2011, стр. 1798 ; Handley Stevens, Transport Policy in the European Union, Palgrave Macmillan, 144.

¹³ Радован Вукадиновић: Увод у институције и право ЕУ, Крагујевац, 2010, стр. 129; Комунитарно право има предност пред међународном конвенцијом; Николета Радионов: Жељезнички промет, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 118.

¹⁴ Неки аутори их зову европски уговори , према Вилим Боучек, op. cit., стр. 1799.

¹⁵ Члан 218. УФЕУ.

¹⁶ Члан 207/5. гласи: „Преговори и закључивање међународних уговора у области транспорта уређени су поглављем VI делом трећим и чланом 218.“

у ЕУ такође доноси Савет министара. У поступку закључивања уговора учествује и Парламент и то за међународне уговоре у области транспорта потребан је пристанак Парламента. Поред ових органа и Европски суд има извесну улогу у поступку закључивања међународних уговора. Суд пре свега обавља априорни судски надзор над међународним уговорима о којима ЕУ преговара и може да мишљење о усклађености међународног уговора са оснивачким уговором, а тај поступак могу да покрену државе чланице ЕУ, Парламент, Савет или Комисија, и то пре него што међународни уговор буде закључен. Сматра се да је ова претходна улога Европског суда у оцени усклађености међународног уговора са оснивачким уговором јако важна, јер ако се закључи уговор који је супротан оснивачком уговору, такав уговор је у контексту европског права неприхватљив.¹⁷ Међутим, непримена међународног уговора је тешко прихватљива по међународном праву, тако да је накнадна контрола закључених међународних уговора ретка.

Важна је улога Европског суда не само у контроли усклађености са оснивачким уговором, пре него што се закључи, него и у тумачењу закљученог уговора. Закључени уговори су део европског, комунитарног права, и као такве је овлашћен Европски суд да их тумачи.¹⁸ Међународни уговори које закључи ЕУ имају директну примену, исто као и норме комунитарног права и имају приоритет пред националним нормама и имају предност у примени пред секундарним изворима.

Пошто је питање односа комунитарних прописа и међународних уговора које закључи ЕУ сложено, многа питања захтевају анализу.

Неспорно је да међународни уговори које закључи ЕУ морају бити у складу са оснивачким уговором. У једној судској пресуди.¹⁹ Суд је заузео став да су оснивачки уговори нешто више од међународних споразума, да су Устав заједнице и да сви остали прописи заједнице морају бити у складу са њим.

Када међународни уговор закључи ЕУ са трећом државом или међународном организацијом (тзв. европски уговор), он постаје део комунитарног права, Међутим, право ЕУ чине и секундарни извори, па се поставља питање међусобног односа међународних уговора које је закључила ЕУ и секундарног законодавства. Мада судска пракса нема јединствен став о том питању, опште становиште у правној теорији је да секундарно право треба да буде у складу са међународним уговорима и да међународни уговори имају предност у примени пред секундарним изворима.²⁰ Томе у прилог говори одредба члана 216/2. UFEU којом се предвиђа да међународни уговори које је ЕУ закључила обаве-

¹⁷ Тамара Чапета: Прометно право и политика ЕУ, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 47.

¹⁸ Према: Тамара Чапета, *op. cit.*, стр. 48.

¹⁹ Van Gend en Loos, case 26/62, (1963) ECR I., према Обрад Рачић, *op. cit.*, стр. 686.

²⁰ Т. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2007, стр. 158; Николета Радионов, Железнички промет, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 118.

зују ЕУ и државе чланице. То значи да кад ЕУ закључи међународни уговор обавезна је да усклади интерно комунитарно законодавство са међународном конвенцијом. Кад би се појавила ситуација истовремене примене норме комунитарног права и међународног уговора који је закључила ЕУ, а које су у супротности, суд би морао да примени норму међународног уговора. Неваљаност норме комунитарног права утврђује Европски суд.

Чињеница да ЕУ има овлашћење да закључује међународне уговоре и да у том поступку државе чланице немају велику контролу, говори о томе да су државе чланице велики део овлашћења у креирање транспортне политике пренеле на ЕУ. Државе чланице и даље могу да закључује неке међународне уговоре из области транспорта, али је број таквих уговора смањен. Ако међународни уговор задире у област која је уређена комунитарним правом, надлежна је за његово закључивање само ЕУ.

Следећа и нешто сложенија ситуација је кад се ради о мешовитим уговорима које с једне стране закључује ЕУ и државе чланице, а с друге стране трећа држава или међународна организација.

Мешовити уговори у ЕУ нису реткост. Обично се закључују кад поједини међународни уговор регулише питања која су у ЕУ већ комунитарним правилима регулисана, али и она питања која још нису регулисана комунитарним изворима, па су зато у надлежности регулисања у државама чланицама.²¹ Граница разграничења надлежности ЕУ и држава чланица кад се ради о питањима која треба регулисати међународним уговором, није лако утврдити.

Може се десити да после закључења међународног уговора буде донето секундарно законодавство у оквиру ЕУ, па може доћи до преноса додатних спољних овлашћења са држава чланица на ЕУ, односно нека од питања која су у тренутку закључења мешовитог међународног уговора била у овлашћењу држава чланица, могу да пређу у регулаторну надлежност ЕУ. У мешовитим уговорима честа је потреба за уношење искључујуће клаузуле (*disconnection clause*).

Искључујуће клаузуле (disconnection clause) у међународним уговорима

Најчешћи разлог за уговарање ове клаузуле је да би се избегли проблеми због неусклађености решења у међународној конвенцији са решењима у комунитарном праву.

“Искључујућа клаузула“ која се уноси у међународни уговор значи да одређене државе које су стране уговорнице тог међународног уговора, на односе између себе међусобно неће примењивати одредбе тог уговора, већ нека

²¹ Jones A. Surfin B.: *EC Competition Law*, Oxford University, 2008, стр. 96.

своја интерна правила договорена у кругу тих држава (право ЕУ). На односе који настају између тих држава (чланица ЕУ) и трећих држава странака уговора примењују се одредбе међународног уговора у целини и на њих не утиче искључујућа клаузула.²² Уобичајена формулација “искључујуће клаузуле” ЕУ гласи: ”Државе чланице ЕУ у својим ће међусобним односима примењивати правила ЕУ у оној мери у којој постоје правила ЕУ која уређују предметну материју и која су применљива на одређени случај, без утицаја на предмет и сврху ове Конвенције и без утицаја на њену пуну примену према другим странкама“.²³ Искључујућа клаузула” је нужна за оне делове Конвенције у односу на које постоји надлежност ЕУ, како би се истакло да државе чланица ЕУ не могу истицати и примењивати права и обавезе из Конвенције директно између себе или између себе и ЕУ. Конвенција се примењује у целини између ЕУ и њених држава чланица с једне стране и осталих странака Конвенције с друге стране. Искључујућа клаузула омогућује другачије интерно уређење унутар ЕУ истог питања које је уређено у конвенцији. Увођење искључујуће клаузуле је све чешће у новим међународним конвенцијама којима приступају ЕУ и државе чланице а која уређују питања у којима је ЕУ надлежна.²⁴ О оправданости уговарања искључујуће клаузуле не постоји јединствен став. Утисак је да у ЕУ пракса употребе ове клаузуле није конзистентна и да саме институције не деле исти став у погледу последица примене искључујуће клаузуле. Имајући у виду чињеницу да су мешовити уговори чести, студијска група ILC је закључила да искључујућа клаузула има потенцијал да наруши целовит систем неког међународног уговора, па су чак неки чланови сматрали да је она у супротности са принципима уговорног права.²⁵ Присталице употребе ове клаузуле²⁶ указују на њену практичну функцију, јер ако држава чланица ЕУ прихвати међународну конвенцију без ове клаузуле, биће обавезна да примени конвенцију уместо свог комунитарног права у свим случајевима које регулише конвенција. Оправданост уношења ове клаузуле је, по нашем мишљењу, у случају ако комунитарно право предвиђа боље услове (нпр. већа права путника) од међународне конвенције.

²² Смркол, М.: The Use of The Disconnection clause in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?, Max Planck Institute, Heidelberg, 2008, стр. 5.

²³ Тамара Чапета: Прометно право и политика ЕУ, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 50.

²⁴ О овоме више Смркол, М.: The Use of The Disconnection clause in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?, Max Planck Institute, Heidelberg, 2008, стр. 6; Clark, Malcom A. e.a.: Transport by Rail and by Road, Martinus Nijhoff Publishers, 1996. стр. 199.

²⁵ 57th session of the International Law Commission (2005)-Report of the study group on the fragmentation of international law, Doc. br 10 (A/60/10).

²⁶ Kamal Dawar, Disconnection Clause: An Inevitable Symptom of Regionalism? University of Amsterdam 2010, стр. 12.

И у случају мешовитих уговора, међународни уговори имају предност пред секундарним изворима права.

Следећа је ситуација ако је међународни уговор прихватила само држава чланица ЕУ. У том случају се поступак преговарања, закључивања одвија по националним правилима, те државе говорнице и међународна конвенција постаје де националног права те државе. Међународни уговор има предност пред националним правом, међутим у односу на комунитарне изворе (секундарне), правило је да комунитарни секундарни извори имају предност у примени пред међународном конвенцијом.²⁷

На основу ових приказа хијерархија извора саобраћајног права у ЕУ је следећа:

На првом месту су, примарни извори права ЕУ. Опште прихваћено становиште је да су одредбе примарних извора на врху хијерархије извора правних прописа ЕУ. Оснивачки уговори као део примарних извора су основа правног система ЕУ .

На другом месту су међународни уговори (тзв. европски уговори) под којима се подразумевају они које закључи ЕУ с једне стране са трећим државама или међународним организацијама, као и мешовити уговори које закључују с једне стране ЕУ и државе чланице и с друге стране треће државе или међународне организације.

На трећем месту су секундарни комунитарни извори, на четвртм међу-државни уговори које закључују државе чланице ЕУ међусобно или са трећим државама или међународним организацијама.

Однос комунитарних железничких прописа и COTIF

Конвенција о међународним превозима железницама (Convention concerning international transport by rail) је донета 1980.²⁸ COTIF је мењан Протоколом из Виљнуса 1999. (Protocol for the modification of the Convention concerning international transport by rail).²⁹ COTIF из 1999. уређује сва питања међународног железничког превоза који се одвија између држава чланица ове Конвенције. Текст Конвенције има и седам додатака који уређују садржински различита питања железничког превоза. У првом делу се регулише положај Међувладине организације за међународне превозе железницама OTIF, други

²⁷ Jones, A., Surfin, B., EC Competition Law, Oxford University 2008 стр 143; Обрад Рачић, О хијерархији извора права ЕУ, Водич кроз право ЕУ, Београд, 2009, стр. 685; Вилим Боучек, Међународни уговори-извори међународног приватног права на подручју Европске уније, Зборник Правног факултета у Загребу , 61 /2011, стр. 1815.

²⁸ Југославија је ратификовала COTIF 1984, Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори 8-84.

²⁹ Протокол ступио на снагу 2006., а Србија га усвојила 2007; Закон о потврђивању Протокола, Сл. гласника РС, Међународни уговори 102-2007.

је протокол Протокола о привилегијама и имунитетима ОТИФ. Затим следе додаци.³⁰

ЕУ је прихватила Конвенцију СОТИФ 2011. године.³¹ На тај начин је Конвенција СОТИФ постала интегрални део комунитарног правног поретка, па се примењује и члан 216/2 УФЕУ по коме споразуми које закључи Унија везују институције Уније и државе чланице, а то значи да међународно право има примат над секундарним комунитарним правом.

У процесу приступања ЕУ Конвенцији СОТИФ постојале су фазе преговарања о условима под којима ће се то догодити. Последњи значајан документ је Предлог Комисије ЕУ Савету за закључивање Уговора приступању ЕУ СОТИФ-у на основу кога је и дошло до закључивања овог Уговора, па је ЕУ 2011. прихватила СОТИФ. Могућност приступања ЕУ СОТИФ-у се заснива на члану 38. СОТИФ 1999. У ставу 1” је предвиђено “Приступ Конвенцији ће бити отворен регионалним организацијама, ради економске интеграције, које имају овлашћење да доносе своју властиту легислативе обавезујућу за државе чланице у погледу оних питања која регулише ова Конвенција. Услови тог приступања ће се дефинисати у уговору закљученом између организације (СОТИФ) и регионалне организације.”

Пошто је констатовано да постоје извесне разлике у комунитарним железничким прописима и СОТИФ-у, постигнут је договор да се у ЕУ не примењују анекси из СОТИФ-а и то додаци Е, F, G , и то да се неће примењивати тамо где су та питања већ уређена законодавством ЕУ. Ради се о додацима чија су решења у супротности са законодавством ЕУ: Е- Једнообразна правила у вези уговора о коришћењу инфраструктуре у међународном железничком саобраћају; F- Једнообразна правила о вредновању техничких стандарда и усвајање јединствених техничких прописа применљивих на железничка средства намењена коришћењу у међународном саобраћају; G- Једнообразна правила која се односе на технички пријем железничког материјала који се користи у међународном железничком саобраћају.

³²Друга значајна ствар која је договорена између ЕУ и СОТИФ је да се

³⁰ Dod A/ CIV Једнообразна правила о уговору о међународном железничком превозу путника и пртљага; dod B /СIМ Једнообразна правила о уговору о међународном превозу робе железницом; dod C RID превоз опасних материја регулише превоз опасних и штетних ствари у међународном железничком превозу; dod D/СUV Једнообразна правила у вези уговора о коришћењу возила у међународном саобраћају; dod C/СUI Једнообразна правила у вези уговора о коришћењу инфраструктуре у међународном железничком саобраћају; dod F/APTU; Једнообразна правила о вредновању техничких стандарда и усвајање јединствених техничких прописа применљивих на железничка средства намењена коришћењу у међународном саобраћају; dod G/ATMF Једнообразна правила која се односе на технички пријем железничког материјала који се користи у међународном саобраћају.

³¹ Jean-Luc Dufournaud, Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), (www.cit-rail.org/media)

³² Jean-Luc Dufournaud, Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail(COTIF),www.cit-rail.org/media; Катарина Дамјановић, Нова права путника у

у Уговор о приступању унесе “искључујући клаузула” као неопходна за оне делове Конвенције COTIF чија су питања у надлежности ЕУ, што значи да правила COTIF за та питања неће примењивати државе чланице ЕУ између себе. Међутим, COTIF ће се у потпуности примењивати између ЕУ и држава чланица с једне стране и осталих чланица Конвенције COTIF, с друге стране.³³

Ова клаузула је предвиђена да би се избегли проблеми због неусклађености решења у COTIF са решењима у комунитарном праву.

Надлежност ЕУ у области транспорта се стално развија. ЕУ има подељену надлежност заједно са државама чланицама у регулисању транспортне политике, зато је у Уговор о приступању унет као додатак списку комунитарних прописа који регулишу железнички саобраћај.³⁴ У домену у коме би могао бити сукоб решења комунитарних прописа и COTIF према члану 38. COTIF, ЕУ задржава право да реагује у оквиру COTIF у циљу прилагођавања решења у COTIF-у потребама Уније.³⁵ Међународни уговор (COTIF) има предност пред комунитарним правом ЕУ. Зато је важно да развој секундарног законодавства ЕУ буде усклађено са међународним уговорима у тој области. ЕУ је желела да приликом приступања COTIF-у унесе искључујућу клаузулу, којом је задржала право да се одредбе COTIF-а не примењују унутар ЕУ, јер већ постоји комунитарно законодавство за железнички саобраћај које је врло обимно.

О оправданости постојања “искључујуће одредбе” према којој се за ЕУ задржава право да изјави приликом приступања да неке одредбе не примењује, постоје различита мишљења.

Сматра се да се овом искључујућом клаузулом нарушава јединственост у примени (односно поље примене коју треба да има једна међународна конвен-

комунитарном железничком праву, Правни запис, бр. 1/2011, стр. 128.

³³ У чл. 3. COTIF из 1999. се говори о међународној сарадњи и чл. 38. о приступању регионалних организација COTIF-у. Тако је у чл. 38. COTIF је предвиђено да је приступање COTIF-у отворено и за регионалне организације, што је ЕУ искористила 2011. при чему се услови тог приступања дефинишу у Уговору закљученом између те регионалне организације и COTIFа. (Proposal for a Council Decision on the conclusion by the European Community and the Agreement on the Accession of the European Community to the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 9 May 1980, as amended by the Vilnius Protocol of 3 June 1999, COM 9 2003) 696 final. У овом Уговору је предвиђена искључујућа клаузула, према којој обавезе држава чланица ЕУ, али и саме ЕУ, имају предност у примени пред одредбама COTIF-а. (Study on EU Member States' national civil liability regimes in relation to rail accidents between Railway Undertakings and Infrastructure Managers in so far as they may present a barrier to the internal market, ec.europa.eu/transport/rail/studies/doc/2010); Николега Радионов, Железнички промет, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 118.

³⁴ Директива 91/440, I, II и III железнички пакет, права путника: Уредба 1371/2007, интерпертивност и безбедност: Директива 9/48. 2001/16. 2004/49, 2004/50, јавни сервис: Уредба 1370/2007 (према Jean-Luc Dufournaud, Accession of the European Union to the Convention concerning International Carriage by Rail(COTIF), www.cit-rail.org/media.

³⁵ Студија Међународног комитета за железнички саобраћај: COTIF law and EC law relating to international carriage by rail: areas of conflict and options for solutions, CIT, Bern 2006, <http://www.cit-rail.org/en/citct006.htm>

ција). Постоји низ комунитарних прописа у области железничког саобраћаја различитих од COTIF-а који би дерогирали примену COTIF-а у ЕУ. Зато је важно да комунитарни прописи буду усклађени са постојећим међународним конвенцијама, што се не постиже искључујућом клаузулом.³⁶ Уобичајено је у саобраћајном, па и железничком праву ЕУ било да су се најпре правила техничке и безбедоносне природе регулисале на нивоу ЕУ комунитарним прописима, а правила имовинског права су дуго остајала у националној надлежности држава чланица. Међутим, када је ЕУ почела да регулише и имовинско правна питања у саобраћају и то прво Уредбом 1371/2007 о правима и обавезама путника,³⁷ да би 2011. ЕУ као субјект приступила конвенцији, ЕУ је задрла у надлежности држава чланица, које су иначе већ појединачно прихватиле COTIF.

Међународни превоз путника уређен је Једнообразним правилима CIV који чине део Конвенције COTIF-а и Уредбом 1371/2007. Пошто оба документа регулишу исту материју а на снази су COTIF и Уредба, питање је ако постоје различита решења у тим документима, шта се примењује прво?³⁸ Да ли постоји сукоб секундарног законодавства и међународне конвенције? Општи став је да се прво примењује међународна конвенција. У конкретном случају срећно решење је у изричитом ставу Уредбе, по коме се у случају да и Уредба и COTIF регулишу исти однос, примењује одредба из COTIF-а, односно Уредба се директно позива на примену одредбе COTIF-а, чиме се спречава сукоб два извора права, а Уредбом се самостално уређују друга питања која COTIF-ом нису уређена и то су по правилу додатна права путника којим се унапређује њихов положај у праву ЕУ.

У области одговорности и накнаде штете проблем је решен, јер Уредба упућује да се ова питања регулишу према COTIF-у тј. JP CIV који су у виду анекса додати тексту Уредбе. Овом Уредбом се дају већа права путницима у односу на решења из међународне конвенције. Није проблем када се међународном конвенцијом даје минимум права (што значи релативну когентност норме што је у конвенцијама којима се регулише превоз редован случај), јер се правом ЕУ тј. Уредбом дају већа права путницима.

Међутим, ако међународна конвенција садржи класичну когентну норму (не релативно когентну као у претходном случају), не би се смело разликовати право ЕУ од међународне конвенције, да се та два права не би нашла у колизији. Уколико би се десило да се накнадни пропис ЕУ разликује од решења међународне конвенције коју је прихватила ЕУ и државе чланице, накнадни секундарни извор не би био ваљан и о томе би решавао суд.³⁹

³⁶ Николета Радионов: Железнички промет, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 111.

³⁷ Regulation EC No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on rail passengers rights and obligations 2007, OJ L 315.

³⁸ Душанка Ђурђев: Правно регулисање железничког превоза путника у ЕУ, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, вол. 43, бр.1, 2009, стр. 67-84.

³⁹ Николета Радионов: Железнички промет, Еуропско прометно право, Загреб, 2011, стр. 118.

Однос комунитарних ваздухопловних прописа и Монтреалске конвенције 1999.

И у погледу правног регулисања ваздушног саобраћаја у ЕУ постоје два система и то комунитарно право (у низу прописа комунитарног права важна је Уредба 2027/97 и Уредба 889/2002) и Монтреалска конвенција из 1999. коју је ЕУ прихватила, тако да је и она постала део комунитарног права.⁴⁰

Уредба 2027/97⁴¹ је први акт који регулише одговорност ваздушног превозиоца и то за смрт, телесну повреду или друго здравствено оштећење путника, при чему је утврђен принцип објективне одговорности превозиоца, а лимит је везан за износ од 100 000 SPV, а преко тог износа превозиоца одговара неограничено, али по принципу представљене субјективне одговорности. Ова Уредба се примењује на ваздушне превозе Уније, што значи на националном нивоу држава чланица али и на нивоу Уније.⁴²

У Монтреалу је 1999. године донета Конвенција о уједначавању извесних правила о међународном ваздушном превозу.⁴³

Ова Конвенција се примењује на све међународне авио превозе лица, пртљага и робе, при чему међународни карактер добија онај превоз код кога се, сходно споразуму странака, место укрцаја и место одредења, без обзира да ли има прекида и претовара, налази на територији две стране уговорнице (потписнице Конвенције), или на територији само једне стране уговорнице, ако је уговорено место заустављања на територији друге државе, чак и ако ова није страна уговорница.⁴⁴ У погледу одговорности ваздушног превозиоца важе следећа правила. За превоз путника и пртљага и за превоз робе поштрена је одговорност у односу на претходне документе. Кад се одговара за смрт или телесне повреде путника уведен је принцип објективне одговорности и то за износ штете до 113100 SDR одговара по принципу објективне одговорности „дакле самом чињеницом да је настала штета и узрочна веза између настале штете и радње превозиоца и не може се ослободити ове одговорности, нити је ограничити. Уколико је штета по путнику виша од износа од 113 100 SDR пре-

⁴⁰ Council Decision 2001/539/EC OJ 2001 L 194.

⁴¹ Council Regulation EC No 2027/97 of 9 October 1997 on air liability in the event of accidents OJ L 285, 1997.

⁴² У основи исти концепт одговорности предвиђен је и у Монтреалској конвенцији из 1999. године.

⁴³ Т екст доступан www.dot.gov/ost/ogc/Montreal1999.pdf.

⁴⁴ Филиповић, Велимир.: Монтреалска конвенција из 1999. о међународном зрачном пријевозу ступила на снагу, Зборник Правног факултета у Загребу, год. 54, бр. 1 /2004; Иванка Спасиц: Монтреалска конвенција-нова конвенција у међународном ваздухопловном праву, Право-теорија и пракса бр. 9/2001, стр. 49.

возилац одговара по принципу претпостављене субјективне одговорности, дакле уколико постоји његова кривица, при чему је она претпостављена. У овом другом случају, превозилац може да докаже одсуство своје кривице, а уколико транспортер не докаже да није крив његова одговорност је неограничена и надокнађује стварно претрпљену штету.

У случају одговорности за штете због закашњења ваздушни превозилац одговара по принципу претпостављене субјективне одговорности за штете на роби, пртљагу али и оне које претрпе путници.

Што се тиче одговорности на основу уговора о превозу робе, предвиђено је да ваздушни превозилац одговара за губитак, мањак или оштећење робе и то, такође, по принципу објективне одговорности, али су овде предвиђени уобичајени разлози за ослобођење од одговорности као што су: унутрашње мане робе, мањкаво паковање, ратна или оружана дејства, акти јавних власти повезаних са уласком, изласком или транзитом робе. Очигледно је да је ова врста објективне одговорности мање строга од оне за превоз путника, што има оправдање у различитим вредностима људских живота и робе. Два система одговорности, за путнике и робу, који припадају објективној одговорности, су у основи различите тежине за превозиоца, а то се чини кроз увођење и врсту разлога (основа) за ослобођење од одговорности.⁴⁵ Такође је лимитирана одговорност установљавањем горње границе на 17 SDR по килограму оштећене или изгубљене робе.

ЕУ је 2001. потврдила Монреалску конвенцију а њене државе чланице су постале уговорне стране Конвенције. ЕУ је одредила да се Монреалска конвенција примењује на међународни ваздушни превоз али и на ваздушни превоз унутар држава чланица ЕУ.

Чињеница да се Монреалска конвенција примењује, поред међународних превоза са трећим државама и унутар ЕУ, довела је до промене Уредбе из 1997, тако да је донета нова Уредба 889/2002⁴⁶ у којој су прихваћена сва решења из Монреалске конвенције.

⁴⁵ Von Lebinski, M.: European Union External Competence and External Relations in Air transport , Kluwer Law International 1996.

⁴⁶ Regulation EC No 889/2002 of the European Parliament and of the Council of 13 May 2002 amending Council Regulation EC No 2027/ 97 on air carrier liability in the event of accidents , OJ L 140, 2002, која прихвата сва решења Монреалске конвенције. Ова Уредба је ступила на снагу 2002. год. а Монреалска конвенција 2003., тако да је благовремено усклађено комунитарно и међународно ваздухопловно право; Havel B. F. Beyond Open Skies- A New Regime for International Aviation, Kluwer Law International , 2009, стр. 231.

Резиме

Ступањем на снагу Лисабонског уговора из 2007, ЕУ је стекла својство правног лица и способност да закључује међународне уговоре. У области транспорта ЕУ има овлашћење да закључује међународне уговоре у свим питањима транспортног права у којима је овлашћена да интерно, у оквиру ЕУ, уређује те транспортне односе.

Сада је могућа примена националних прописа, међународних уговора које су закључиле само државе чланице ЕУ, секундарних комунитарних прописа, међународних уговора које је закључила само ЕУ са трећим државама или међународним организацијама и тзв. мешовитих уговора а то су међународни уговори које су закључиле с једне стране ЕУ и државе чланице и с друге стране, треће државе или међународне организације.

Да би се избегли проблеми због неусклађености решења у међународним конвенцијама са решењима у секундарним изворима, често се приликом приступања ЕУ некој међународној конвенцији, уговара искључујућа клаузула.

СОТИФ је ЕУ прихватила 2011. год. са искључујућом клаузулом, јер постоје разлике у комунитарним прописима и решењима СОТИФ-а. Међутим, у погледу правног регулисања ваздушног саобраћаја, где постоји Монреалска конвенција из 1999. год. коју је такође ЕУ прихватила 2001, није унета искључујућа клаузула, јер нема разлика у решењима комунитарног права и Монреалске конвенције.

**Dušana Đurđević, Ph. D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad**

DISCONNECTION CLAUSE IN INTERNATIONAL TRAFFIC TREATIES

Summary

The Lisbon Treaty has established the Union as a legal personality . The European Union accesses to the Convention concerning international Carriage by Rail (COTIF). A disconnection clause in the accession agreement in principle allows EU law precedence for traffic internal to the EU. The relationship between EU law and COTIF law is there more about coordination than disconnection.

Key words: *Lisbon Treaty, relationship of community rights and international conventions , disconnection clause.*

JEDNAKOST POLOVA U PRAVU EU

Dr Filip Turčinović*

***Apstrakt:** Osnivački ugovori Evropske unije nastojali su obezbijediti jednaka prava za žene. U prvom Ugovoru zahtijevalo se od država članica da obezbijede primjenu jednakog tretmana na radu za oba pola. U tom pravcu su Direktive odigrale veliku ulogu, osiguravajući jednak tretman oba pola veoma široko. To pitanje je neraskidivo vezano za obezbjeđivanje zaštite od diskriminacije bazirane na polu, rasi, seksualnoj orijentaciji, etničkom porijeklu i drugim sličnim razlozima. Takođe pojedini kriterijumi, kao na primjer pokretljivost, bivaju često u funkciji izvjesne diskriminacije, jer nema dovoljno objektivne osnove za njegovu nepristrasnu primjenu. Vrlo su sporni pristupi koji favorizuju adaptiranje na različito vrijeme i mjesto rada. Sigurno da se takvi pristupi teško mogu opravdati i sasvim sigurno ne mogu vrijediti kao pouzdani kriterijumi.*

***Ključne riječi:** diskriminacija, pol, jednak tretman, rasa, direktive, jednaka prava, zaštita, tretman na radu, osnivački ugovori, država članica.*

Ugovori o evropskim integracijama još od početka nastoje da obezbijede jednaka prava za žene i muškarce, posebno na radu. Veoma značajna u tom pravcu je odredba člana 119 Ugovora EEZ, kojim se zahtijeva da države članice osiguraju primjenu principa jednakog plaćanja za jednak rad. Direktive su proširile ovu originalnu obavezu obezbjeđujući jednak tretman vrlo široko. Ponekad su države članice forsirale institucije Zajednice (Unije) da sprovedu odlučnu akciju kako bi se ukinula diskriminacija muškaraca i žena. Možda i više od toga čini se opravdanim shvatanje da je jednak tretman ljudskih bića neizbježan i da u tom smislu obavezno podrazumijeva zaštitu od diskriminacije zasnovane na rasi, seksualnoj orijentaciji, etničkom porijeklu itd.

*Dr Филип Турчиновић, редовни професор међународног јавног права Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

Član 141 Ugovora ima osnovnu svrhu da obezbijedi primjenu principa jednakog plaćanja za poslove istih vrijednosti za muškarce i žene. Za svrhe ovog člana riječ je o prosječnoj vrijednosti nadoknade ili drugoj vrsti nadoknade koju radnik dobija direktno ili indirektno od rada kod svog poslodavca.

Jednaka nadoknada bez polne diskriminacije bazira se na:

a) plaćanju rada istog kvaliteta odnosno jedinice mjere na bazi istog i jednakog osnova, i

b) plaćanje po času mora biti isto za isti rad.

Postavlja se pitanje koji su razlozi zbog kojih mi nalazimo u bazičnim dokumentima (EU) nedovoljnu transparentnost za jednaka prava žena u odnosu na muškarce i zbog čega bi se ta barijera morala otkloniti, odnosno ukinuti između država članica. Po svemu sudeći, takvu odredbu je na početku predložila Francuska, jer njen Ustav nalaže biznismenima da za isti rad plaćaju istu nadoknadu ženama. Ako bi ostale države članice plaćale ženama manju nadoknadu, što bi se graničilo sa eksploatacijom, onda bi oni na zajedničkom dijelu francuskog tržišta bili konkurentniji.

Takva situacija pokazuje, naročito u članu 119, da je prednost bila na strani ljudskih prava više nego li na strani fer komercijalnih uslova.

Amsterdamski ugovor pravi značajan korak u smislu podizanja nivoa uključivanja i zaštite jednakih prava. Amandmanom na član 2 Ugovora predviđa se kao zadatak Zajednice da obezbijedi jednakost između žena i muškaraca. Osim toga, u članu tri traži se da aktivnosti Zajednice budu usmjerene ka eliminisanju nejednakosti.

Takođe su dodata dva amandmana na član 119, odnosno 141.

Savjet, djelujući u skladu sa procedurom predviđenom u članu 251, i nakon konsultacija sa Ekonomsko-socijalnim komitetom usvaja mjere da se osigura primjena principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana žena i muškaraca u oblasti zapošljavanja i izbora zanimanja, uključujući princip jednakog plaćanja za jednak rad ili rad jednake vrijednosti.

Međutim, nema odredbi koje štite prava ličnosti koje su nezaslužno zapostavljene u karijeri zbog svojih neadekvatnih fizičkih mogućnosti. Nekoliko slučajeva koje naprijed u gornjem tekstu uzimamo kao veoma ilustrativne, pokazuju izvjesnu ambivalenciju, ali i evoluciju shvatanja u pravcu eliminisanja nejednakosti.

Značaj slučaja Defrene v. Sabena

Defrene je tužila Sabenu za štetu zbog diskriminatorskog otkaza. Sabena je u svojoj poslovnoj politici predviđala da stjuardesa prestaje rad sa 40 godina života, dok je stjuardima dozvoljeno da rade i poslije tog životnog doba.

Belgijski sud za radne sporove našao je da njen zahtjev nije u skladu sa belgijskim pravom. Međutim, Vrhovni sud Belgije po žalbi je zatražio od Suda pravde Evropske unije mišljenje da li Defrene ima pravo u skladu sa članom 119 Ugovora. Nepovoljno po Defrene Sud pravde Evropske unije je našao da član 119 obuhvata samo plaćanja na osnovu rada, ali ne i druge vidove diskriminacije, bez obzira da li to ima ili ne novčana umanjena.¹

Kako je Defrene otpuštena 1979. godine, ona je imala pravo na odštetu, jer su u to vrijeme države članice implementirale brojne mjere o jednakim pravima muškaraca i žena. Posebno je značajna direktiva 76/207 od 9. februara 1976. godine o jednakom tretmanu muškaraca i žena.²

Očigledno direktiva se može podvesti pod član 119, ali Sud uzima u obzir član 235 koji omogućava elastičnu primjenu prilikom usvajanja.

U prvom članu te Direktive od februara 1976. godine uspostavljen je jednak tretman u pogledu plaćanja, napredovanja, svih radnih uslova i obrazovanja u permanentnom smislu.

Član dva zabranjuje, pored direktne diskriminacije i indirektnu, usljed bračnog i familijarnog statusa.

Ovaj član 2 direktive donosi izuzetak za tri tipa diskriminacije. Dva se odnose na pogodnosti za žene, i to: a) za povlašćen tretman tokom trudnoće i materinstva i b) mjere za promociju jednakih mogućnosti radi uklanjanja postojećih nejednakosti u pogledu profesionalnih aktivnosti, ukoliko je riječ o mogućnosti da se zaposli radnik samo jednog pola.

Ova direktiva postaje dodatak Direktivi 86/613 iz 1986. godine.³

Ona se odnosi na jednak tretman samozaposlenih, notara, angažovanih u radu na farmama i drugim profesijama. Od ovih potonjih primjera, navodimo da je na komercijalnim, računovodstvenim, pravnim poslovima, ženama kao partnerima priznato pravo na jednak tretman.

Na osnovu preporuka Komisije od 27. novembra 1991. godine o zaštiti digniteta žena i muškaraca na poslu, Savjet potvrđuje preporuku 4. februara 1992. godine i traži od država članica da preduzmu akcije protiv seksualnog uznemiravanja,

¹ Vidi Case 149/77 1978 ECR 1365.

² Vidi direktivu 76/207 od 9. februara 1976. u O.J. L 39/40 od 14. februara 1976.

³ Vidi Direktivu 86/613 O.J. L 539/56 od 19. decembra 1986.

zastrašivanja, neprijateljstava ili ponižavanja u radnom okruženju.⁴

U slučaju Defrene isticalo se da član 119 ima direktno dejstvo u slučajevima direktne i neskrivene diskriminacije. Pritom bi se moglo postaviti pitanje koja je to vrsta diskriminacije koja se naziva i “direktna i neskrivena”. Poznato je da se ovaj član bavi zabranom diskriminacije u pogledu plaćanja kod privatnih poslodavaca i u slučajevima kada je država jedan poslodavac, pa i kada nije implemetirana legislativa mada u ovom slučaju postoji rijetko viđena primjena horizontalno-vertikalnog dejstva.

Sud je odbio da prizna pravo od datuma kada je Ugovor stupio na snagu. Posebno su bila oštra istupanja Irske i Velike Britanije, koje su iznosile stav da bi imovina privatnih poslodavaca za slučaj prihvatanja takvog rješenja bila znatno umanjena, a neki od njih bi bankrotirali.⁵

Pri tome se postavlja pitanje da li blagajne privatnih poslodavaca mogu preći preko prava žena na nediskriminaciju predviđenu u osnivačkom Ugovoru. Moglo bi se pitati da li je sasvim nejasna konstrukcija horizontalnog dejstva kada je riječ o direktnoj primjeni standarda osnivačkih ugovora ili je riječ o elementarnom nasilju nad principom jednakosti.

Jednako plaćanje za oba pola

Za Savjet je prvo mjerilo bila Direktiva 75/117 od 10. februara 1975. godine, koja predviđa jednakost u ranije iskazanim granicama za jednak rad i muškarcima i ženama.⁶

Pri ovakvom stanju stvari postavlja se pitanje zbog čega se, iako je Direktiva donijeta prije presude u slučaju Defrenne, vjerovalo da član 119 Ugovora nema direktno dejstvo i da je ona potrebna da bi se implementirao. Veoma značajno je što je Direktiva definisala jednak rad i što je predvidjela proceduru za ostvarivanje tih prava. Na početku u Direktivi se definiše jednak rad posredstvom dodatka “da je to rad za koji se pretpostavlja identična vrijednost”. Za takvu vrstu vrednovanja potrebna je komparativna mogućnost, odnosno njeni parametri koji se ne mogu pretpostavljati, već moraju biti dati u vidu standarda. Nezavisno od toga kako bi se uredili ti standardi, ostaje pitanje kako ta legislativa može mijenjati osnivački ugovor? Pragmatički gledano moglo bi se ocijeniti korisnim što se u direktivi zahtijeva postojanje sistema klasifikacije poslova koji bi imao nediskriminatorni karakter.⁷

⁴ Vidi Preporuku Komisije od 27. novembra 1991. u O.J. C od 27/4 od 4. februara 1992 .godine i Odluku Savjeta kojom se usvaja preporuka u O.J. C 27/1 od 4. februara 1992. godine.

⁵ Vidi Craig P and De Burca G. EU Law 2009, p. 360.

⁶ Vidi tekst Direktive u O.J. L 45/19 od 19. februara 1975.

⁷ Vidi: član 1 Direktive od 9. februara 1975.

Veliki značaj ima zahtjev iz Direktive koji traži od država članica da pokrenu energičnu inicijativu radi obezbjeđenja primjene pravila o jednakom plaćanju. Član 3 Direktive obavezuje države da provjere svoj pravni sistem kako bi mogle eliminirati diskriminatorna pravila. Naredni član obavezuje države članice da kolektivni ugovori kod industrijskih preduzeća i kod privatnih poslodavaca poštuju principe jednakog plaćanja. Član 6 predviđa da su države uopšte obavezne da osiguraju primjenu jednakog plaćanja, dok član dva precizira obavezu da se obezbijedi procedura koja omogućava prinudno izvršenje tih prava. Države su dužne da informišu poslodavce o njihovoj ulozi i mjestu u politici zapošljavanja, kako bi se mjere o načinu sprovođenja dosljedno primjenjivale.⁸

Skoro da je jedinstven stav da su ova Direktiva i član 141 Ugovora uslovlili povećanje broja slučajeva koji su se raspravljali pred sudom. Veliki broj slučajeva proizilazio je iz primjene člana 177, kasnije 234. Najčešće su prispijevali iz Njemačke, Danske, Velike Britanije i Holandije.

Uprkos faktu da je statistika koja se odnosi na slučajeve diskriminacije nepouzdana, ipak bi se moglo reći da je u tim zemljama poboljšana primjena procedure za uklanjanje diskriminacije i da je prisutan vidljiv uticaj organizovanih pokreta za zaštitu prava žena. Ali i pored ovako snažnih napora da se otkloni diskriminacija, te statistike pokazuju da mnoge žene u Evropskoj uniji rade na manje plaćenim poslovima za razliku od muškaraca koji su bolje kotirani na više plaćenim radnim mjestima.⁹

Nerijetko se postavlja problem definisanja plaćanja. Suštinski bi se moglo postaviti pitanje šta je to plata, odnosno zarada. Da li uključuje sve ili samo pojedine vrste nadoknada? Osim toga, bitno je kakav je status plaćanja poklona ili nadoknada za odmore, božićnih poklona, pa i nadoknade za dječje bolesti. Da li sve to može biti predmet ugovora. Takođe bi bilo logično pitanje da li se uključuju indirektno forme plaćanja i da li se u nadoknade i plaćanja obračunavaju i niže cijene usluga u prevozu.¹⁰

⁸ Vidi: član 7 Direktive od 9. februara 1975.

⁹ Vidi: Equal Opportunities for Women and Men in the European Union 2000 Annual Report COM 2001.

¹⁰ Evropski sud pravde je stao na stanovište da je riječ o vrsti plate. Vidjeti u slučaju *Garland v. British Rail Engineering Ltd*, Case 12/81 1982 ECR 359.

Indirektna diskriminacija

Kako i na kakav način se EU pravo bavi indirektnom diskriminacijom? Ciljna grupa su žene zaposlene sa nepunim radnim vremenom. Nepuno radno vrijeme se nekom inercijom manje plaća, nego li puno radno vrijeme. Da li to može biti osnov za indirektnu diskriminaciju žena? Postavlja se takođe pitanje da li to radno vrijeme može biti osnov za neku vrstu eksploatacije. Moglo bi biti ako se radi o različitim nadoknadama za takav rad i kad postaje osnova za neku prikrivenu namjeru da se pojedinci manje nagrađuju.

U tom pravcu vrlo je karakterističan slučaj *Jenkins v. Kingsgate*.¹¹

Firma *Kingsgate (Clothing Produktions) LTD* zapošljavala je 90 radnika sa punim radnim vremenom koji su dobijali za svoj rad jednaku nadoknadu po satu. Osim njih bili su zaposleni i radnici sa nepunim radnim vremenom, koji su za sat rada dobijali 90% od nadoknade svojih kolega sa punim radnim vremenom. Jedna od njih radila je 30 časova nedjeljno. Tužila je firmu, pozivajući se na polnu diskriminaciju, tražeći da joj se isplaćuje nadoknada u visini one koju dobijaju radnici sa punim fondom časova. Zastupnici firme su istakli da se ta razlika javlja kao posljedica nastojanja da se eliminiše odsustvovanje sa posla, osigura veća produktivnost i obezbijedi maksimum efektivnog radnog vremena na skupocjenoj mašini.

Industrijski Tribunal je stao na stanovište da 75% radnog vremena stvara objektivnu osnovu koja opravdava niži nivo nadoknade. Na osnovu žalbe Apelacioni sud je tražio od Suda pravde Evropske unije odgovor da li se član 119, koji se odnosi na jednakost zarade, obuhvata i nepuno radno vrijeme. Osim toga, takođe je bitno da se utvrdi da li je u pitanju diskriminacija ukoliko je različita nadoknada za puno i nepuno radno vrijeme za iste poslove.

Sud daje odgovor da član 119 Ugovora osigurava jednakost plaćanja muškarcima i ženama za iste poslove. U konkretnom slučaju riječ je o zabrani koja se odnosi na razlike u nadoknadama u pogledu pola. Shodno tome, nema riječi o diskriminaciji, jer se navedeni član ne odnosi na tu kategoriju razlika. Pri ovome valja imati na umu da u firmi predominantan broj čine žene. Taj fakt je značajan, i prema odluci Suda najvažniji, kada se odlučivalo da li je riječ o diskriminaciji ili ne, pa i da je to bio i najvažniji razlog za takvu odluku, odnosno njeno objektivno utemeljenje. Da li je takvo opravdanje uvjerljivo, ako se ima u vidu da je preduzeće *Kingsgate* prije 1975. godine imalo manje žena sa punim radnim vremenom nego li muškaraca. Kada je broj žena sa punim radnim vremenom počeo da raste, 90% sadašnjih radnika sa nepunim radnim vremenom bio je u zaposlen *Kingsgateu*. Sa objektivnog stanovišta teško da bi se mogla odbaciti valjanost takve argumentacije.

¹¹ Vidi: Case 96/80 (1981 ECR 911).

U slučaju *Union of Commercial and Clerical Employees v. Danish Employers Association ex Parte Danfoss*, poslodavac je plaćao povećanu zaradu uzimajući u obzir mobilnost, specijalanu obuku i dužinu usluge, odnosno rada.¹²

U skladu sa tim plata žena je bila 6,85 % manja nego li muškaraca. Usljed toga je Komercijalna Unija zahtijevala da se utvrdi polna diskriminacija. Danski Industrijski arbitražni savjet tražio je od Suda pravde Evropske unije da utvrdi da li se tim putem, odnosno primjenom tih standarda za plaćanje, krši član. 119 Ugovora ili Direktiva o jednakom plaćanju.

Danfoss je iznio ne baš uvjerljiv dokaz da je pokretljivost izuzetan kvalitet. Sud je iznio da takav sistem nije transparentan i poslodavac će imati težak zadatak da dokaže da takav sistem nije diskriminatoran.

Osim toga nužno se odrediti po pitanju da li je kriterijum pokretljivosti kvalitet koji uposleni mora imati tokom zaposlenja i rada ili je to nagrada za njegovu sposobnost da se prilagodi na različito radno vrijeme i različita mjesta obavljanja rada. Ovome bi se moglo zamjeriti, jer objektivno kriterijum pokretljivosti ima neutralan karakter u odnosu na pol. Ukoliko se sistematski primjenjuje na takvoj osnovi, onda je nesumnjivo riječ o pogrešnoj primjeni od strane poslodavca. Takođe je neuvjerljivo i neprihvatljivo da je rad žena manje vrijedan od muškaraca. Još manju uvjerljivost ima nužnost primjene ovog kriterijuma na štetu žena.

Što se tiče drugog dijela argumentacije kada je riječ o fleksibilnoj primjeni različitih sati radnog vremena i različitih mjesta rada, mogli bi reći da je prednost na strani muškaraca, ako se zna da su žene većinom vezane za familijarne poslove u kući i objektivno ne mogu biti tako pokretljive kao muškarci. Ova konstrukcija može se donekle braniti kao povjerenje poslodavaca za obavljanje specifičnih i zahtjevnih poslova. Ali i pored toga ima veoma lošu objektivnu osnovu opterećenu predrasudama. Pogrešno je polaziti od pretpostavke da su kvaliteti stručnosti i povjerenja poslodavca u ovakvim prilikama na strani samo muškaraca. Ne postoje pouzdani kriterijumi koji mogu opravdati primjenu principa mobilnosti polazeći od neprihvatljive pretpostavke da za određene poslove žene permanentno imaju sistematske nedostatke.

Što se tiče usavršavanja neprimjereno je tvrditi da žene imaju manje mogućnosti da povećavaju svoju osposobljenost za bolje obavljanje poslova od muškaraca, jer je očigledno da po tom osnovu žene ne mogu imati manje izglednih prilika od muškaraca. Možda, donekle bi mogli ocijeniti da argument, kao što to pokazuje odluka Suda od 13. maja 1986. godine, može opravdati plaćanje specifične nadoknade za specifične poslove koji se zasnivaju na posebnom povjerenju poslodavca. Sa druge strane, ne bi se mogli isključiti dužina davanja usluga, ali se u ovom slučaju to ne bi moglo pripisati diskriminaciji, jer su žene tek od skora na tržištu rada, dok muškarci takođe manje imaju prekida u karijeri nego li što je to slučaj sa pripadnicama ljepšeg pola. Zbog toga poslodavac je slobodan da određuje nad-

¹² Vidi: Case 109/88 (1989) ECR 3199.

oknade polazeći od fakta da je konkretno pitanje ko bolje radi neki posao, a pogotovo onaj za koji se traži posebno povjerenje poslodavca.

Zaključak

Lisabonski ugovor iz 2007. godine priznaje prava, slobode i principe “navedene u Povelji o osnovnim ljudskim pravima Evropske unije od 27. decembra 2000. godine, po tekstu usvojenom u Strazburu 12. decembra 2007. godine koji ima istu vrijednost kao i osnivački ugovori. Odredbe Povelje ne uvećavaju nadležnosti Unije više nego li što su one predviđene osnivačkim ugovorima.¹³

Pored toga Unija je pristupila Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i sloboda iz 1950. godine, ali ni to ne mijenja nadležnosti Unije predviđene osnivačkim ugovorima. Pri ovome se naglašava da osnovne slobode i prava proizilaze iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica što sve zajedno čini sastavni dio Prava EU.

Unija u svojim nadležnostima tretira građane uz poštovanje principa jednakosti i nediskriminacije.

Države članice su posjedovale diskreciono pravo da dodatno zaštite svoje državljanke, recimo tokom trudnoće, rukovodeći se nesumnjivo humanim razlozima. Međutim, bilo je mišljenja da se tim putem uvodi diskriminacija u odnosu na muškarce. Plediralo se na stavu da zloupotrebe dobijanju svoje nezaslužno mjesto. To je pogotovo značajno što očigledno muškarci ne mogu zahtijevati u bilo kom pretpostavljenom slučaju da dobijaju nadoknadu, a ne rade, kao i mogućnost da se vrate na posao.

Takve prilike potrajale su do Ugovora iz Mاستrihta. Godine 1996. donijeta je Direktiva 96/34 na osnovu koje su muškarci i žene dobili jednako pravo da usklade svoje obaveze i porodičnu odgovornost. Takav pristup je učinio u pregovorima na osnovu Ugovora o socijalnoj politici – aneksu uz Mاستrihtski ugovor da ta direktiva bude prvi dokumenat koji je bio predmetom pregovora.

Takvi i slični primjeri pokazivali su da evolucija, pa i transformacija pristupa zaštiti principa jednakosti polova, u stvari mora dobiti svoje istaknuto mjesto kao vodeće načelo pravnog sistema Evropske unije, a ne da bude samo dio ukupne zaštite ljudskih prava. Na to ukazuje i uvrščivanje principa nediskriminacije u radu Institucija EU u Lisabonskom ugovoru iz 2009.

¹³ Vidi potpunije: prof. dr Filip Turčinović, Značaj nekih bitnih odredbi Lisabonskog ugovora iz 2009. godine, Pravna riječ, br. 29/2011, Banja Luka 2011.

Summary

2007 Treaty of Lisbon acknowledges rights, freedoms and principles quoted in the EU

Charter of Fundamental Rights, as from December 27, 2000, according to the text ratified in Strasbourg on December 12, 2007 as being equivalent to constitutive agreements. The Chart provisions do not extend EU competencies above stated by constitutive agreements.

In addition to that, EU adjoined the European Convention on Protection of Human Rights and Freedoms, as from 1950, but this does not change EU competencies stated by constitutive agreements either. It is emphasized that both basic freedoms and basic rights are generated by common constitutional traditions of member states making parts of the EU legal system.

According to its competencies, EU treats citizens pursuing the principles of equality and non-discrimination.

Member states have applied discretionary powers to get their citizens additionally protected - during pregnancy, for instance - for humanitarian reasons. However, there were remarks stated about that as being discriminatory to male population. It was pleaded that malpractice was taking an undeserved place. It was additionally important as male population obviously was not able to claim compensation in any of the assumed cases, as well as to have equal opportunities to get, in equal circumstances, their jobs back.

The state of the kind was present before the Treaty of Maastricht was signed, or rather until the Directive 96/34 was adopted in 1996, on the basis of which both male and female population were equally entitled to coordinate their duties to their family responsibilities. This approach made this Directive the very first negotiated paper within negotiation on the Social Policy Agreement – an Annex to the Treaty of Maastricht.

The above, as well as examples congenial to it, have shown that both evolution and transformation of gender equality protection principle must take an outstanding place, not only as a part of human rights protection in general, but as the leading principle of EU legal system. In addition to that, it has been strongly indicated by stabilization of non-discrimination principles in EU institutions activities.

DOMAĆI ULAGAČ KAO TUŽILAC U MEĐUNARODNOM INVESTICIONOM SPORU¹

Prof. dr Maja Stanivuković*

***Apstrakt:** U radu se proučava arbitražna praksa ICSID-a da bi se utvrdilo, da li domaći ulagač može da se pojavi kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu u tom forumu. Identifikovana su tri situacije u kojima domaće lice može da se pojavi u ulozi tužioca: domaće privredno društvo po članu 25 ICSID Konvencije može da bude tužilac protiv sopstvene države, ako su se tužena država i ulagač sporazumeli da će se zbog strane kontrole to privredno društvo smatrati ulagačem druge države ugovornice. Na primeru ADT protiv Bolivije razmatra se primena ove odredbe u praksi, naročitu u situaciji kada je saglasnost tužene države sadržana u odredbama BIT-a. Druga situacija podrazumeva da domaći ulagač svoje ulaganje usmeri preko privrednog društva koje je osnovao u inostranstvu. Analizom arbitražnih odluka u predmetima Tokios Tokeles protiv Ukrajine i Rompetrol protiv Rumunije, dokazuje se teza da da svaki ulagač, uključujući i domaćeg državljanina, može legitimno da bira gde da osnuje privredno društvo iz kojeg će kanalisati investiciju, polazeći od BIT-a koji mu odgovara. Takvo privredno društvo ulagač može da koristi i za podizanje tužbe protiv sopstvene države. Konačno, iznošenjem slučaja koji je rešen u arbitražnoj odluci TSA protiv Argentine, razmatra se i treća situacija, kada je tužilac domaće privredno društvo čiji je formalni vlasnik strano privredno društvo, ali nad kojim stvarnu kontrolu vrši domaće lice. U ovakvoj situaciji arbitražni sud će pri oceni nadležnosti primeniti teoriju probijanja pravne ličnosti, i to sve do krajnjeg vlasnika, odnosno neće prihvatiti nadležnost, pod uslovom da je takva kontrola postojala u vreme kada se tužilac saglasio sa nadležnošću ICSID-a.*

Ključne reči: ICSID, državljanstvo pravnih lica, strana ulaganja, BIT.

Strana ulaganja su nužna za razvoj i države se veoma trude da ih privuku. Unutrašnje zakonodavstvo i međunarodni ugovori sadrže niz odredaba kojima se određuje pravni okvir stranih ulaganja, zabranjuje njihova eksproprijacija, stranim ulaganjima garantuje pošteno postupanje, nacionalni tretman i tretman najpovoljnije.

* Проф. др Маја Станивуковић, Правни факултет Универзитета у Новом Саду

¹ Рад је написан као резултат истраживања на тему *Право о решавању међународних спорова у Европској унији и Србији* у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

nije nacije i stranim ulagačima daju određene povlastice (subvencije, poreske i carinske olakšice, garantovane cene proizvoda i usluga itd.). Termin „strana ulaganja“ podrazumeva da kapital koji se ulaže dolazi iz inostranstva, iz drugih zemalja i da ga ulažu strani državljani. Doduše, pojam „stranog ulaganja“ i „stranog ulagača“ može biti određen i šire, tako da se pored stranih državljana kao strani ulagači tretiraju i fizička lica sa prebivalištem ili redovnim boravištem u inostranstvu, uključujući domaće državljane koji ispunjavaju taj uslov. Sve zavisi od definicije tih pojmova usvojene u nacionalnim zakonima i međunarodnim ugovorima. Kad su u pitanju pravna lica kao ulagači, određivanje državljanstva predstavlja poseban izazov, jer postoji više mogućih tačaka vezivanja (osnivanje, sedište, obavljanje delatnosti, centar upravljanja i kriterijum kontrole), ali i mogućnost da se te tačke vezivanja u toku trajanja ulaganja više puta promene, reorganizacijom pravnog lica, odnosno njegovim statusnim promenama.

Države prijemom stranih ulaganja zalaze u teritoriju međunarodnog investicionog prava u kojoj pravdu dele međunarodni arbitražni sudovi, osnovani po pravilima ICSID-a (Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova) ili UNCITRAL-a. Ako je strani ulagač nezadovoljan tretmanom, one se lako mogu naći na optuženičkoj klupi pred jednim od ovih foruma i odgovarati za svoje postupke po standardima koji su često sasvim drukčiji od onih koji se primenjuju unutar zemlje. Pri tom, za uspostavljanje nadležnosti i postojanje odgovornosti nije nužno da budu u ugovornom odnosu sa stranim ulagačem. Njihova saglasnost za međunarodnu arbitražu data je unapred, u mreži međunarodnih ugovora (BIT-ova - *Bilateral Investment Treaties*) koje su ranije zaključile sa državama potencijalnih ulagača. Ulagač samo treba da prihvati tu „ponudu“ pokretanjem arbitražnog postupka. U ovim sporovima primenjuje se po pravilu međunarodno, a ne unutrašnje pravo. Arbitri su po pravilu strani državljani, a ne državljani države prijema. Mesta arbitraže su udaljena od države prijema, a postupak se vodi na stranom jeziku. Država odgovara za radnje svojih izvršno-političkih organa, organa uprave i sudova, pa i zakonodavnih organa. Mogu joj se pripisati i akti samostalnih pravnih lica koja vrše javna ovlašćenja. Izvršenje odluka koje budu donete garantovano je međunarodnim ugovorima koji imaju jaču snagu od nacionalnog prava – Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Konvencija o rešavanju investicionih sporova, Vašingtonska), za odluke koje donesu arbitražni sudovi u okviru ICSID-a² i Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka za odluke koje se donesu po UNCITRAL-ovim arbitražnim pravilima.³ Bez obzira na postojanje odgovornosti, država će svoje učešće u ovoj vrsti suđenja visoko platiti. Zbog složenosti ove vrste sporova i uske specijalizacije advokata koji se njima bave, postoji verovatnoća da će morati da angažuje strane advokate. Troškovi spora su ve-

² Ove odluke ne podležu postupku priznanja i izvršenja strane odluke, odnosno izjednačene su sa odlukama domaćih sudova (čl. 54 Vašingtonske konvencije).

³ Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, broj 2/2006 i Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, broj 11/1981.

liki -- dosežu milione dolara – a ne budu uvek dosuđeni pobjedniku (u slučaju pobjede u sporu), već se po pravilu raspoređuju ravnomerno između stranaka. Ako na kraju spora bude utvrđena odgovornost za kršenje standarda zaštite stranih ulaganja, iznos naknade koju država mora da plati ulagaču će takođe biti veliki.

Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država već u naslovu naglašava da je ovde reč o međunarodnim sporovima. U sporu treba da postoji međunarodni element: s jedne strane je država, a sa druge ulagač koji je državljanin neke druge države. Kako se državljanstvo ulagača utvrđuje? Ko je potencijalni tužilac, odnosno ko je ovlašćen da u svojstvu stranog ulagača pokrene međunarodni investicioni spor protiv države? Pokušaćemo da odgovorimo na ovo pitanje, i to s obzirom na pravna lica kao ulagače. Odgovor se sastoji od tri potpitanja:

- može li domaće privredno društvo čiji su vlasnici strani državljani da bude tužilac protiv sopstvene države u investicionom sporu?

- može li tužilac da bude strano privredno društvo čiji su krajnji vlasnici domaći državljani?

- može li tužilac da bude domaće privredno društvo čiji su krajnji vlasnici domaći državljani?

Pomoću ovih potpitanja ćemo istaći i nadamo se dokazati tezu da tužilac u ovoj vrsti spora može da bude bilo koji strani državljanin, ali i domaći državljanin, pod uslovom da organizuje ulaganje na način koji mu odgovarajući BIT stavlja na raspolaganje.

Domaće privredno društvo kao tužilac u investicionom arbitražnom sporu

Osnivanje privrednog društva u državi domaćinu je uobičajeni način organizacije stranog ulaganja. U mnogim zemljama to je uslov za obavljanje profitabilnih delatnosti (npr. bankarstva, osiguranja, radiodifuzije), a može da bude uslov i za zakonitost stranog ulaganja, npr. za dobijanje koncesije. Privredno društvo osnovano po domaćem pravu po definiciji nije „strano lice“, pa ne može biti ni „strani ulagač“ koji uživa pravnu zaštitu po međunarodnom pravu. To ipak ne znači da ono ne može imati aktivnu legitimaciju u investicionom sporu.

Konvencija o rešavanju investicionih sporova predviđa mogućnost da se država domaćin i strani ulagač sporazumeju da će domaće privredno društvo biti tretirano kao strano, zbog postojanja strane kontrole.⁴ Jedan od prvih deset predmeta pred Centrom za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (ICSID-om) bio je predmet „Amko“ protiv Indonezije⁵ u kome se postavilo pitanje procesne legitima-

⁴ Čl. 25 stav 2 tačka b ICSID-ove konvencije.

⁵ *Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Jurisdiction, 25 September 1983.

cije indonežanskog tužioca na osnovu ove odredbe. Prigovor nedostatka procesne legitimacije je u ovom slučaju odbačen. Mi ćemo ipak kao primer uzeti jedan noviji predmet rešen u okviru Centra, u kome se kao tužilac protiv Bolivije pojavilo jedno bolivijsko društvo. Reč je o predmetu „Aguas del Tunari protiv Bolivije“⁶ koji je privukao veliku medijsku pažnju jer je ugovorom zbog čijeg raskida je izbio spor jednoj američkoj multinacionalnoj kompaniji (*Bechtel*) bila data četrdesetogodišnja koncesija⁷ za snabdevanje vodom gradskog stanovništva grada Kočabamba (*Cochabamba*) u Boliviji.⁸ Ubrzo po zaključenju ugovora usledilo je poskupljenje vode, što je izazvalo demonstracije, a kasnije i pobunu među lokalnim stanovništvom („rat za vodu“ – *the Water War*) i na kraju primoralo vlast da raskine ugovor. Nezadovoljni ulagač je pokrenuo spor protiv države domaćina zahtevajući naknadu štete za eksproprisanu investiciju.

Tužba je podneta na osnovu odgovarajućih odredaba o arbitraži između ulagača iz jedne države ugovornice (Holandije) i druge države ugovornice (Bolivije), sadržanih u dvostranom sporazumu o zaštiti i unapređenju ulaganja između ove dve države. Ovaj međunarodni ugovor određuje ko se smatra državljaninom Holandije i shodno tome uživa zaštitu koja pripada ulagaču iz Holandije u Boliviji. Verovatno se čitalac pita otkud to da govorimo o Holandiji, kada je maločas rečeno da je ulagač bio iz SAD. Upravo iz tih razloga je i Bolivija uložila prigovor nenadležnosti u ovom sporu, ali bezuspešno. Stvar je bila u vertikalnoj pravnoj organizaciji ulagača, koja je obuhvatala više povezanih društava od kojih su dva bila iz Holandije.⁹ Arbitražni sud (na čelu sa jednim Amerikancem!)¹⁰ ocenio je većinom glasova, da je tužilac ispunio uslove koji se po sporazumu traže da bi se smatrao holandskim društvom. Da bismo shvatili zašto je ovaj primer relevantan za odgovor na pitanje koje smo postavili, vratićemo se na početak, odnosno na tužbu i tekst dvostranog sporazuma iz koga je proistekla nadležnost arbitražnog suda.

Tužilac je bilo privredno društvo Aguas del Tunari (u daljem tekstu: Aguas), osnovano u Boliviji po bolivijskom pravu. Društvo je bilo titular koncesije za snabdevanje vodom i to mu je bila jedina registrovana delatnost. Ono je u vreme zaklju-

⁶ Aguas del Tunari S. A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October 21, 2005.

⁷ Pregovore o zaključenju koncesije vodilo je društvo kći Behtela registrovano u Londonu.

⁸ Grad od oko pola miliona stanovnika u podnožju Anda, u kome oko polovina stanovnika ne dobija vodu iz vodovoda.

⁹ Multinacionalne kompanije često koriste Holandiju kao bazu za organizaciju svojih ulaganja u druge zemlje.

¹⁰ Imenovanje predsedavajućeg u ovom slučaju izvršio je predsednik administrativnog saveta ICSID-a u skladu sa članom 38 Konvencije i članom 4 Arbitražnih pravila, jer stranke nisu mogle da se saglase o tome ko će biti predsedavajući (tužilac je imenovao za arbitra državljanina Kanade, a Bolivija državljanina Meksika). Na osnovu člana čl. 38 druga rečenica, arbitri koje odredi predsednik ne smeju biti državljani države potpisnice koja je stranka u sporu ili države potpisnice čiji je državljanin stranka u sporu. Predsednik pri imenovanju verovatno nije imao u vidu činjenicu da je krajnji akcionar tužioca bila američka firma. U svakom slučaju, Bolivija nije stavila primedbu na ovo imenovanje.

čenja ugovora, u septembru 1999. god. imalo više vlasnika među kojima su bila četiri privredna društva iz Bolivije, jedno privredno društvo iz Urugvaja i jedno privredno društvo (*International Water*) sa Kajmanskih ostrva, inače poznate of-šor zone čije usluge rado koriste američki privrednici. To kajmansko društvo je bilo većinski vlasnik Aguasa (sa 55% udela) i pripadalo je u celini američkom Behtelu. Drugim rečima, Behtel je indirektno držao „kontrolni paket akcija“ u Aguasu. U ugovoru o koncesiji je bila sadržana klauzula da osnivački društva moraju da zadrže bar pola svojih akcija s pravom glasa u Aguasu u toku prvih 7 godina od zaključenja ugovora.¹¹ Tokom parnice, predstavnici Bolivije su tvrdili da je cilj ove ugovorne odredbe bio upravo da se država zaštiti od mogućnosti da bude izložena nadležnosti ICSID-a. Naime, u vreme kada je ugovor o koncesiji bio zaključen (septembra 1999. god.) Bolivija nije imala zaključen BIT ni sa SAD, ni sa Kajmanskim ostrvima, dok ga je imala sa Holandijom.

Već u novembru iste godine, kada su se čuli prvi medijski glasovi protiv koncesije, Behtel je zatražio saglasnost od nadležnog organa Bolivije, za promenu osnivača, tako što bi umesto kajmanskog društva većinski akcionar postalo jedno holandsko društvo. Cilj ove izmene je bilo navodno sprovođenje spajanja sa italijanskim društvom Edison. Da li zbog toga što nije dobio traženu saglasnost, ili iz drugih razloga, tek Behtel je u decembru iste godine odustao od ove transakcije i umesto nje izvršio tzv. selidbu društva (*company migration*), odnosno premestio sedište većinskog vlasnika, društva IW Ltd., sa Kajmanskih ostrva u Luksemburg. Društvo je zadržalo pravnu ličnost i naziv, ali je dobilo luksemburšku oznaku za d.o.o (IW S.a.r.l.) i naravno, steklo luksemburšku državnu pripadnost. Ova „selidba“ je bila u skladu sa pravom Kajmanskih ostrva i Luksemburga. Za nju po mišljenju arbitražnog veća nije bila potrebna saglasnost Bolivije.¹² U međuvremenu je Behtel zajedno sa italijanskim Edisonom osnovao dva društva u Holandiji koja su odlukom osnivača dan posle „selidbe“ postala direktni i indirektni vlasnik luksemburškog IW S.a.r.l-a, a preko njega i većinski vlasnik Aguasa. Tako postavljena organizacija ulaganja zadržana je sve do raskida ugovora o koncesiji u aprilu naredne godine.

Arbitražno veće je moralo da odgovori na niz pitanja kako bi rešilo o prigovoru nenadležnosti. Jedno od njih bilo je, da li je bolivijsko društvo Aguas takođe i holandski državljanin, odnosno da li uživa zaštitu na osnovu BIT-a.

Holandsko-bolivijski BIT definiše državljane Holandije kao:

- 1) fizička lica koja su državljani te države ugovornice po njenom pravu;
- 2) pravna lica osnovana osnovana po pravu te države ugovornice, bez uticaja na odredbu tačke 3) koja sledi,
- 3) pravna lica koja su direktno ili indirektno kontrolisana od strane državljana te države ugovornice, ali su osnovana po pravu druge države ugovornice.¹³

¹¹ Organizaciona struktura svih vlasnika – osnivača Aguasa bila je detaljno navedena u Ugovoru o koncesiji, sve do „krajnjeg vlasnika“ udela od 55% - američkog Behtela.

¹² Aguas del Tunari protiv Bolivije (videti fusnotu br. 6), pasus 165.

¹³ Član 1(b).

Nadležnost arbitražnog veća za spor koji je pokrenuo Aguas del Tunari zavisila je od tumačenja reči „pravna lica koja su direktno ili indirektno kontrolisana od strane državljana Holandije“, odnosno da li se Aguas na osnovu tačke 3) smatra holandskim pravnim licem koje ima pravo da zahteva pravnu zaštitu protiv Bolivije na osnovu BIT-a.

Po većinskoj odluci arbitražnog veća jedno pravno lice kontroliše drugo pravno lice (bilo direktno, tj. bez posredovanja nekog pravnog lica koje se nalazi između njih, ili indirektno, preko nekog pravnog lica) ako to pravno lice poseduje pravnu moć da kontroliše to drugo lice. Takva pravna moć se utvrđuje s obzirom na procenat akcija koje prvo pravno lice ima, izuzev ako postoje posebna ograničenja za vršenje glasačkih prava. Ako je reč o manjinskom akcionaru, pravna moć da se drugo pravno lice kontroliše može postojati na osnovu procenta akcija koje to pravno lice drži, ili na osnovu prava koja su tom licu data aktima kao što su osnivački akt ili statut, ili na osnovu kombinacije ta dva pokazatelja. Po mišljenju većine arbitražnog veća, izraz „pravna lica koja direktno ili indirektno kontrolišu državljanima Holandije“ ne znači da se mora dokazati svakodnevna, stvarna ili krajnja kontrola. U situaciji kada jedno pravno lice kao u ovom slučaju ima i većinski udeo u akcijama i većinsko pravo glasa, kontrola nad drugim pravnim licem postoji.¹⁴ Na osnovu toga, arbitražno veće je većinom glasova (2 prema 1) odbilo predlog tuženog da se tužiocu naredi podnošenje dokaza (*production of evidence*) o tome da holandska društva stvarno kontrolišu društvo Aguas.

Pored navedenog tumačenja spornog izraza „kontrolisana“ koji izjednačava većinsko pravo svojine sa kontrolom i koji je doveo do odvojenog mišljenja trećeg arbitra, poseban značaj za našu temu u ovoj odluci ima i jednoglasna odluka veća da je pravna reorganizacija stranog ulagača na način da se posle reorganizacije stekne pravo na korišćenje BIT-a koji ranije nije bio dostupan, legitiman postupak. U odvojenom mišljenju treći arbitar je istakao da se slaže sa većinom da korporacija može da se reorganizuje na zakonom dozvoljen način ako to nije zabranjeno odredbama ugovora o ulaganju, tako da posle reorganizacije bude locirana u jurisdikciji za koju veruje da joj obezbeđuje povoljniji regulatorni i pravni okvir.¹⁵ Međutim, on je izrazio neslaganje u pogledu teze da je takva reorganizacija uvek legitimna, bez obzira na okolnosti. Po njegovom mišljenju, umetanje dva holandska društva u vertikalni lanac svojine nad ulagačem nastupilo je u vreme kada je krajnji akcionar već mogao predvideti izbijanje spora.¹⁶ Odobravanjem takvog postupanja narušava se ravnoteža u pravima i obavezama države domaćina na osnovu BIT-a, jer obaveze time postaju nepredvidive. Većina arbitražnog veća je u pogledu ovog pitanja zauzela stav da je strateška reorganizacija ulagača (radi sticanja pogodnosti iz BIT-a) legitimna, sve dok se ne dokaže da je bila izvršena prevarno ili radi zloupotrebe korporativne forme.¹⁷

¹⁴ Aguas del Tunari protiv Bolivije (videti fusnotu br. 6), pasus 264.

¹⁵ Odvojeno mišljenje, pasus 7.

¹⁶ Ibidem, pasusi 4 i 16.

¹⁷ Aguas del Tunari protiv Bolivije (videti fusnotu br. 6), pasusi 330-331.

Treba ukazati na viđenje dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja (BIT-ova) kao „portala“ preko kojih se plasiraju ulaganja koje je arbitražno veće iznelo u zaključnim napomenama na samom kraju odluke:¹⁸

„332. Ova odluka je odraz rastuće mreže arbitražnih sporova koji su pokrenuti na osnovu međunarodnih sporazuma u određenim investicionim sporovima. Mada se nazivaju „bilateralnim sporazumima“, ovaj slučaj jasno pokazuje ono što je državama koje pregovaraju o takvim sporazumima već duže vreme jasno, tj. da definisanjem pojmova „državljanin“ ili „ulagač“ ovi sporazumi služe u mnogim slučajevima mnogo šire, kao portali kroz koje se ulaganja strukturiraju, organizuju, i što je navažnije, ohrabruju, jer obezbeđuju neutralan forum. Definicija pojma „državljanin“ u mnogim BIT-ovima predstavlja dokaz da je takvo nacionalno usmeravanje ulaganja potpuno u skladu sa svrhom tih sporazuma i sa motivacijama država ugovornica.“

Ako je citirano mišljenje arbitražnog veća tačno, onda bi svako domaće pravno lice moglo postati tužilac u međunarodnom investicionom sporu, tako što bi svojinu na njegovim akcijama ili udelima u određenom trenutku pre izbijanja spora steklo pravno lice koje je registrovano u zemlji koja sa domaćom državom ima BIT koji predviđa sličnu odredbu o državljanstvu ulagača kao holandsko-bolivijski BIT.¹⁹

Epilog ove priče je sledeći: Behtel je neposredo posle pobede u jurisdikcionom sporu (većinska odluka arbitražnog veća doneta je 21. oktobra 2005. godine), pod pritiskom sopstvene javnosti i nevladinih organizacija objavio da povlači tužbu. Tako je dobio jurisdikcionu bitku koja je trajala skoro četiri godine (najduža jurisdikciona bitka u dotadašnjoj istoriji ICSID-a, prema pisanju Gramonta, advokata tužene strane),²⁰ ali je izgubio „rat za vodu“. Bolivija je 2005. godine za predsednika izabrala „vojskovođu“ toga rata, Eva Moralesa, a 2. maja 2007. godine povukla se iz Vašingtonske konvencije (kao prva zemlja koja je to učinila – sledili su je Ekvador – 2009. i Venecuela²¹ -2012. god.).

Iz svega navedenog možemo da zaključimo:

- domaće privredno društvo može biti tužilac u investicionom arbitražnom sporu protiv sopstvene države ukoliko su se država domaćin i strani ulagač sporazumeli da će se domaće privredno društvo tretirati kao strano, zbog postojanja strane kontrole nad njim;

¹⁸ Ibidem, pasus 332.

¹⁹ Takvu odredbu npr. sadrži i BIT Holandije i Srbije. Službeni list SRJ Međunarodni ugovori, br. 12/2002.

²⁰ A. de Gramont, *After the Water War: The Battle for Jurisdiction in Aguas Del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*, *Transnational Dispute Management*, vol. 3, issue 5, December 2006, str. 3.

²¹ Protiv Venecuele je pred ICSID-om pokrenuto dvadeset arbitražnih sporova, pola od toga u 2011. godini. Pola od sporova protiv Venecuele pokrenuto je na osnovu BIT-a sa Holandijom. Venecuela je 2008. godine obavestila Holandiju o otkazivanju ovog BIT-a, ali on sadrži klauzulu o primeni na postojeće investicije u periodu od 10 godina po otkazivanju („*sunset clause*“).

- takav sporazum može biti sadržan u bilo kom BIT-u;
- strana kontrola postoji ako strano pravno lice ima svojину na većinskom udelu u kapitalu domaćег privrednog društva, ili raspolaže većinskim pravom glasa ili ima posebna upravljačka prava predviđena aktom o osnivanju i statutom;
- strana kontrola može se promeniti u toku trajanja ulaganja, selidbom ili reorganizacijom pravnog lica koje vrši kontrolu, tako da se domaće pravno lice od momenta takve selidbe ili reorganizacije, za potrebe podizanja tužbe, tretira kao državljанин druge strane државе, a ne one čijim se državljанином prvobitno smatralo;
- promena држављанства pravnog lica koje vrši kontrolu smatra se nedozvoljenom samo ako se dokaže da je reč o prevари или zлoupotrebi korporativne forme или ako je do nje došlo tek po izbijanju spora;²²

Strano privredno društvo čiji su krajnji vlasnici domaći državljани kao tužilac u investicionom arbitražnom спору

U predmetu „Agua del Tunari“ nije bilo sumnje da спор proističe iz stranog ulaganja, ali su se razlikovala mišljenja o tome iz koje zemlje je strani ulagač. Mada je tužilac bilo domaće pravno lice to ne znači da je državu tužio domaći ulagač. Razmotrićemo sada obrnutu situaciju. Naime, ulagači ponekad kanališu svoja ulaganja u sopstvenu državu preko inostranih društava. Na to ih motivišu povlastice predviđene za strane ulagače или razlozi druge prirode. Ako su nezadovoljni tretmanom koji je ulaganje dobilo oni mogu odlučiti da pokrenu међународни инвестициони спор protiv државе prijema. Kao tužilac se tada javlja strano privredno društvo, na osnovu arbitražne klauzule u BIT-u između државе prijema i државе u kojoj je strano privredno društvo osnovano. Međutim, pošto su vlasnici društva državljани државе prijema, она s pravom može istaći prigovor da nije reč o pravom stranom ulaganju, da nedostaje међународни element u спору, te da je arbitražni суд, shodno tome, nenadležan.

Kakvi su izgledi na uspeh ovakvog prigovora u praksi pratićemo na primeru koji nam pruža спор Rompetrol Grup NV (*Rompetrol Group NV*) protiv Rumunije

²² Po stavu arbitra koji je dao odvojeno mišljenje, do promene je došlo kad je već postalo jasno da ce izbiti спор. Međutim, većina je ocenila da nema osnova za sumnju da je reč o zлoupotrebi korporativne forme или prevари (pamus 331). Zлoupotrebu ove vrste utvrdilo je arbitražno veće u predmetu „Feniks“ protiv Češke Republike (*Phoenix Action Ltd v. the Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, April 15, 2009), ali u tom slučaju do promene држављанства ulagača je došlo tek после nastanka spora. Promena држављанства ulagača razmatrana je i u predmetima *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S. A. R. L. v Democratic Republic of the Congo*, (ICSID Case No. Arb/98/7), Award, September 1, 2000; *Cementownia “Nowa Huta” S. A. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, September 17, 2009. i *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, June 10, 2010. Videti, Schreuer’s Guide to Nationality Planning, Fordham Law Conference on International Arbitration and Mediation in Global Arbitration Review, May 11, 2012, <http://www.law.fordham.edu/newsroom/27131.htm>.

pokrenut 2006. godine pred ICSID-om.²³ Tužilac je bilo holandsko akcionarsko društvo čije su akcije u trenutku pokretanja tužbe, u decembru 2005. godine, bile u 100% svojini švajcarskog holdinga Rompetrol (*Rompetrol Holding*). Vlasnici holdinga bili su g. Patrićiu (*Patriciu*) državljani Rumunije sa 80%, i g. Stivenson (*Stephenson*), čije državljanstvo u odluci nije navedeno, sa 20%.²⁴ Ovakvoj vertikalnoj svojinskoj strukturi prethodilo je niz transakcija kojima je g. Patrićiu više puta reorganizovao svoje operacije u inostranstvu. Rompetrol je 2000. godine sa državnim fondom za privatizaciju Rumunije zaključio ugovor o kupovini većinskog udela u rafineriji Petromidia koja drži oko trećinu rumunskog tržišta snabdevanja naftnim derivatima. Spor je nastao zbog istrage koju je povodom ove privatizacije pokrenula rumunska kancelarija za borbu protiv korupcije i koju je kasnije preuzelo javno tužilaštvo. Tužilac je tvrdio da je istraga bila opresivna i da je njome prekršen tretman koji treba da uživa strani ulagač.²⁵

Rumunija je kvalifikovala Rompetrol NV kao „školjku“ (*shell company*)²⁶ iza koje se krije pravi ulagač, rumunski državljani, te spor stoga spada u nadležnost rumunskih sudova, a ne u nadležnost ICSID-a. Načelo efektivnog državljanstva nije ograničeno na fizička lica nego može da se primeni i na pravna lica. Osnivanje nije jedina veza koju pravno lice ima sa nekom državom.²⁷ Kad se pokaže da bi stvarno (efektivno) državljanstvo pravnog lica moglo biti državljanstvo tužene države, međunarodni arbitražni sud treba ide korak dalje od formalnog testa „osnivanja po pravu“ neke strane države i da utvrdi državljanstvo fizičkih lica koja su vlasnici datog pravnog lica ili ga kontrolišu.²⁸ U suštini, Rumunija je tražila od arbitražnog veća da „probije pravnu ličnost“ pravnog lica („probijanje pravne ličnosti“ – *piercing the corporate veil*) i pozvala se na odvojeno mišljenje predsedavajućeg arbitra, profesora Prospera Vejla (*Prosper Weil*), izneto u predmetu Tokios Tokeles protiv Ukrajine.²⁹

²³ *The Rompetrol Group N. V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision on Jurisdiction and Admissibility, April 18, 2008.

²⁴ Rompetrol Grup NV protiv Rumunije, odluka o nadležnosti, pasus 43.

²⁵ Ibidem, pasus 49.

²⁶ U smislu da su isti ljudi direktori holding društva i direktori društava kćeri i da vrše kontrolu upravo kao direktori društava kćeri, tako da holding društvo u suštini ne doprinosi ništa novo u tom procesu. Ibidem, pasus 55(c).

²⁷ Ibidem, pasus 53.

²⁸ Ibidem, pasus 54.

²⁹ *Tokios Tokelès v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, April 29, 2004. U ovom predmetu firma iz Litvanije (tužilac) bila je u potpunoj svojini ukrajinskih državljanina. Dvojica ko-arbitara odbacili su prigovor nenadležnosti koji je uložila Ukrajina, a predsedavajući arbitar je napisao odvojeno mišljenje koje je kasnije često navođeno u doktrini. On je našao da je suprotno cilju ICSID konvencije dozvoliti državljanima da tuže svoju sopstvenu državu pred ovim međunarodnim forumom i tako izbegnu nadležnost svojih nacionalnih sudova i primenu svog nacionalnog prava. Zbog toga, prilikom ocene državljanstva pravnih lica radi primene ICSID konvencije, kao i radi primene BIT-ova, treba formalno-pravne kriterijume zameniti ekonomskim.

Arbitražno веће пошло је од текстова који представљају извор његове надлежности. Члан 25 ICSID Конвенције предвиђа услове за надлежност Центра. У ставу 1 предвиђа да надлежност Центра обухвата сваки правни спор између државе уговорнице ... и држављанина друге државе уговорнице, који је настао непосредно из улагања и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар. У ставу 2 одређује ко се сматра држављанином друге државе уговорнице. Таčka (b) односи се на правна лица и гласи:

Члан 25 став 1 (b) ICSID Конвенције

2) “Држављанин друге државе потписнице” значи:

.....

(b) свако правно лице које је имало држављанство неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору, на дан кад су се странке сагласиле да спор изнесу пред arbitre, и свако правно лице које је тог дана имало држављанство државе уговорнице странке у спору, а које су се странке сагласиле да, због стране контроле, третирају као држављанина друге државе уговорнице за сврхе ове конвенције.

Резултат је ове одредбе, по мишljenju арбитражног већа, да његова надлежност зависи од тога да ли ће се Rompetrol сматрати за држављанина друге државе уговорнице, тј. Холандије, на релевантни дан, а то је дан покретања арбитражног поступка. Притом, постоји општа сагласност међу коментаторима да конвенција не одређује критеријум за утврђивање држављанства правног лица. Државе чланице имају слободу и моћ да одреде ове критеријуме у BIT-овима.³⁰ Због тога је за арбитражно веће критеријум усвојен у холандско-румунском BIT-у од одлучујућег значаја за утврђивање надлежности.³¹ Прочитавши затим дефиницију улагача из румунско-холандског BIT-а, веома сличну већ цитраној дефиницији из боливијско-холандског BIT-а, веће је одлучило да ни корпоративна контрола, ни стварно седиште, ни порекло капитала, немају никакву улогу у одређивању држављанства правног лица и да је тужилац квалификован да поднесе тужбу на основу чињенице да представља правно лице основано у Холандији.

Сличан резон у погледу примарног значаја дефиниције улагача коју су државе уговорнице усвојиле у BIT-у садржан је и у већинској одлуци арбитражног већа у предмету „Tokios Tokeles“ против Украјине. Међу странкама је било неспорно да држављани Украјине држе 99% акција овог литванског предузећа и чине две трећине његовог менаџмента, а тужилац је тврдио да поред тога Tokios Tokeles не обавља ни значајнију пословну делатност у Литванији, и да му је центар управљања у Украјини.³² Arbitražno веће је ипак odbilo да „probije корпоративни veo“, односно да занемари место оснивања овог привредног друштва и да одреди његово држављанство на основу држављанства власника и директора. Позивајући се на Brohesa и Šrojera, istaklo је да

³⁰ Ibidem, pasus 81.

³¹ Ibidem, pasus 83.

³² Tokio Tokeles protiv Украјине (videti fusnotu br. 29), pasus 21.

države članice na osnovu člana 25. Vašingtonske konvencije imaju široku diskreciju u određivanju državljanstva pravnog lica i da će definicija koju one usvoje u BIT-u biti odlučujuća prilikom utvrđivanja da li su uslovi za nadležnost iz tog člana ispunjeni. Ukrajinsko-litvanski BIT kao litvanskog ulagača određuje pravno lice osnovano na teritoriji Litvanije u skladu sa njenim zakonima i propisima i ne predviđa nikakav drugi, dodatni zahtev.³³ Istina je da isti član predviđa i mogućnost da se kao državljani Litvanije tretiraju pravna lica osnovana u trećim zemljama, ako ih kontrolišu državljani Litvanije, ali cilj ove odredbe je samo da se proširi zaštita predviđena BIT-om na širi krug lica, a ne da se na osnovu kriterijuma kontrole ograniči dostupnost BIT-a licima koja su već definisana kao državljani Litvanije.³⁴

Tačno je da jedan broj BIT-ova i multilaterlnih sporazuma, kao što su NAFTA i Ugovor o energetskej povelji (*Energy Charter Treaty*) sadrži klauzule o uskraćivanju povlastica (*denial of benefits clause*) kojima jedna strana ugovornica uskraćuje mogućnost pozivanja na zaštitu ulagačima iz druge strane ugovornice koji se nalaze u svojini ili pod kontrolom državljana trećih država ili koji ne obavljaju značajnu privrednu delatnost na teritoriji druge strane ugovornice. Takvim klauzulama može se uskratiti i pravo privrednim društvima druge strane ugovornice koja se nalaze u svojini ili pod kontrolom državljana države prijema.³⁵ Međutim, ukrajinsko-litvanski BIT, kako konstatuje arbitražno veće, ne sadrži klauzulu o uskraćivanju povlastica bilo privrednim društvima Litvanije koja kontrolišu državljani trećih država, bilo onim koja kontrolišu državljani Ukrajine, kao tužene države.³⁶ Prema tome, jedino je relevantno da li je tužilac pravno lice osnovano u Litvaniji.³⁷ Poštovanjem definicije državljanstva pravnog lica sadržane u ukrajinsko-litvanskom BIT-u, arbitražno veće

„povećava predvidljivost postupka rešavanja sporova i omogućava ulagačima da strukturiraju svoja ulaganja tako da uživaju pravnu zaštitu na osnovu međunarodnog ugovora.“³⁸

Kriterijum za određivanje državljanstva pravnog lica usvojen u BIT-u je po mišljenju dvojice arbitara koji čine većinu u veću takođe u skladu sa članom 25 Vašingtonske konvencije. Po mišljenju Šrojera koje arbitri citiraju, sistematsko tumačenje tačke (b) ne govori u prilog primene testa kontrole na utvrđivanje državljanstva privrednih društava. Ovaj test se u tački (b) koristi u vidu izuzetka koji ima za cilj samo da proširi nadležnost Centra tako što će pod pojam stranog državljana

³³ Ibidem, pasus 28.

³⁴ Ibidem, pasus 30.

³⁵ Ibidem, pasusi 34-35.

³⁶ Ibidem, pasus 36.

³⁷ Ibidem, pasus 38.

³⁸ Ibidem, pasus 40.

podvesti i određena domaća pravna lica (pod uslovom da postoji sporazum stranaka o tome i da postoji strana kontrola), a ne da ograniči nadležnost Centra tako što bi se i državljanstvo stranih pravnih lica određivalo po njemu. Potvrdu za to većina u veću nalazi i u odluci „Wena Hotels“ protiv Egipta,³⁹ gde je u sličnoj činjeničnoj situaciji (tužilac je bio društvo osnovano u Ujedinjenom Kraljevstvu čiji su vlasnici bili egipatski državljani, a u BIT-u je bila sadržana klauzula o primeni testa kontrole za utvrđivanje da li je domaće društvo strani ulagač) doneta odluka da je cilj ovakvih odredaba samo da se proširi nadležnost ICSID-a.⁴⁰

Na kraju, razmotreno je i pitanje da li doktrina „probijanja pravne ličnosti“ na način na koji je priznata u međunarodnom običajnom pravu može da isključi primenu odredaba BIT-a i da dovede do uskraćivanja nadležnosti. Veće se pozvalo na odluku Međunarodnog suda u predmetu „Barselona Trekšn“, u kome je priznato da ova doktrina može imati primenu u međunarodnom pravu u izuzetnim slučajevima među kojima je sud naveo i sprečavanje zloupotrebe prava koja pruža pravna ličnost, putem prevare i drugih nedozvoljenih radnji. U ovom slučaju takve izuzetne okolnosti nisu dokazane. Tužena država nije tvrdila niti dokazivala da je tužilac koristio svoj status litvanskog pravnog lica da bi počinio prevaru niti ma šta nedozvoljeno.

„Mi smo ...utvrdili da nijedna od radnji Tužilaca u odnosu na njegov status pravnog lica Litvanije ne predstavlja zloupotrebu pravne ličnosti. Tužilac nije ni pokušao da prikrije svoje državljanstvo od Tuženog. Naprotiv, status pravnog lica Litvanije je nesumnjivo utvrđen kako po pravu Litvanije, tako i Ukrajine, i dobro je poznat Tuženom. Očigledno je da Tužilac nije osnovao Tokios Tokeles da bi stekao pristup ICSID arbitraži na osnovu BIT-a u sporu protiv Ukrajine, jer je privredno društvo osnovano šest godina pre no što je BIT između Ukrajine i Litvanije stupio na snagu. Nema u stvari nikakvih dokaza u spisima da je Tužilac koristio svoje formalno pravno državljanstvo u bilo koju nedozvoljenu svrhu.“⁴¹

Odluke u predmetima Rompetrol protiv Rumunije i Tokios Tokeles protiv Ukrajine mogu da posluže kao osnova za sledeće zaključke:

- strano privredno društvo koje se nalazi pod kontrolom domaćih državljana može biti tužilac u investicionom arbitražnom sporu protiv države domaćina ukoliko je u BIT-u između države u kojoj je osnovano i države domaćina predviđena definicija po kojoj državljanstvo ulagača zavisi isključivo od mesta osnivanja;

- arbitražni sudovi u okviru ICSID-a nisu skloni „probijanju pravne ličnosti“ čak ni kad BIT sadrži odredbe u kojima se pominje kriterijum kontrole;⁴²

³⁹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Jurisdiction, June 29, 1999.

⁴⁰ Tokio Tokeles protiv Ukrajine (videti fusnotu br. 29), pasusi 48-49.

⁴¹ Ibidem, pasus 56.

⁴² Potvrdu za to nalazimo pored navedenih odluka i u sledećim arbitražnim odlukama: *Aguas del Tunari* protiv Bolivije (videti fusnotu br. 6), *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian*

- dozvoljen je BIT šoping (*treaty shopping*), kao pandan forum šopinga i planiranje državljanstva (*nationality planning*) u oblasti međunarodnog investicionog prava – to znači da svaki ulagač, uključujući i domaćeg državljanina, može legitimno da bira gde da osnuje privredno društvo iz kojeg će kanalisati investiciju, polazeći od BIT-a koji mu odgovara;

- jedini izuzetak od ovog pravila je situacija kada sam BIT sadrži klauzulu o uskraćivanju povlastica (*denial of benefits clause*), ili kada je reč o zloupotrebi prava.

Domaće privredno društvo čiji su krajnji vlasnici domaći državljani kao tužilac u investicionom arbitražnom sporu

Razmotrimo sada i najekstremniju situaciju koja se retko javlja u praksi, da privredno društvo tuži sopstvenu državu u međunarodnom investicionom sporu, iako poslove tog domaćeg društva kontrolišu takođe domaći državljani. Da bi ova situacija uopšte dovela do spora o nadležnosti, odnosno da se ICSID ne bi automatski oglasio nenadležnim, potrebno je da je između domaćeg pravnog lica i domaćih državljana kao njegovih krajnjih vlasnika umetnuto bar jedno strano pravno lice na čiju se kontrolu tužilac poziva kako bi obezbedio različitost državljanstava tužioca i tuženog (*diversity of citizenship*) neophodnu da bi postojala nadležnost na osnovu Vašingtonske konvencije. Ovakva konstelacija pojavila je u sporu “TSA Spektrum de Argentina S.A.” protiv Argentine.⁴³

Tužilac je bio argentinsko privredno društvo TSA čiji je osnivač i vlasnik bilo holandsko akcionarsko društvo TSI N.V. Tužilac je pobedio na tenderu za pružanje usluga upravljanja radio-difuznom mrežom i 1997. god. sklopio odgovarajući ugovor o koncesiji sa argentinskom nacionalnom komisijom za telekomunikacije. Komisija je u martu 2004. godine raskinula ugovor s obrazloženjem da ga je koncesionar prekršio. Društvo TSA je krajem 2004. godine poslalo pismo predsedniku Argentine u kome se saglasilo sa nadležnošću ICSID-a u sporu koji namerava da pokrene protiv Argentine s pozivom na odredbe BIT-a između Argentine i Holandije.

Prema članu 10 stavu 6 ovog BIT-a,

„pravno lice osnovano po pravu koje je na snazi na teritoriji jedne Države ugovornice i koje je pre nastanka spora kontrolisano od strane državljana Druge strane ugovornice, tretiraće se za potrebe Konvencije kao državljanin Druge strane ugovornice, u skladu sa članom 25, stavom 2, tačka 6 Konvencije.”

Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5), September 27, 2001, AMCO protiv Republike Indonezije (videti fusnotu br. 5) i *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award, October 2, 2006.

⁴³ *TSA Spektrum de Argentina S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/05), Award, December 19, 2008.

Društvo TSA se pozvalo na ovu odredbu i činjenicu da ga holandsko društvo kontroliše kao osnov da i ono bude tretirano kao holandski državljanin.

Arbitražno veće pošlo je od konstatacije da član 25 Konvencije određuje domašaj, odnosno objektivne granice nadležnosti ICSID-a. One se ne mogu proširiti čak ni sporazumom stranaka.⁴⁴ Objektivan karakter tih granica potvrđen je u više arbitražnih odluka.⁴⁵

Član 25 u stavu 2, tački (b) definiše pravna lica koja imaju pristup ICSID-u kao „državljane druge Države ugovornice” i deli ih u dve grupe: državljane druge Države ugovornice koja nije stranka u sporu na dan kada su se stranke saglasile da spor podvrgnu arbitraži i državljane Države ugovornice koja je stranka u sporu na taj dan. Ovi drugi mogu biti tužioc i ako su se Države ugovornice saglasile da ih za potrebe Konvencije zbog strane kontrole tretiraju kao državljane druge Države ugovornice. Druga grupa subjekata predstavlja značajan izuzetak od pravila da stranke u sporu moraju biti državljani različitih država. *Ratio legis* ovog izuzetka nalazi se u rečima „zbog strane kontrole.”⁴⁶ To je objektivni faktor od koga zavisi primena te odredbe. Između ove dve klauzule postoji značajna razlika. Prva za definisanje koristi formalno-pravni kriterijum, tj. državljanstvo, a druga materijalni, odnosno objektivni kriterijum kontrole.⁴⁷ Stranke su vezane ovim drugim kriterijumom i ne mogu sporazumom da ga menjaju.⁴⁸

Pitanje da li treba „probijati pravnu ličnost” pravnog lica različito se rešava u zavisnosti od toga da li slučaj treba da se svrsta pod prvu ili pod drugu odredbu.⁴⁹ Ako se radi o utvrđivanju državljanstva pravnog lica po prvoj odredbi, ono se utvrđuje primenom dva opšte prihvaćena kriterijuma: mesta osnivanja ili sedišta. Tu nema govora o utvrđivanju kontrole niti o probijanju ličnosti. Tekst se tada tumači jezički, tako da će nadležnost zavisiti od formalnog državljanstva. Doduše, kako ističe veće, ponekad takvo tumačenje može da bude suprotno razumu, naročito u situaciji kada

⁴⁴ Ibidem, pasus 134.

⁴⁵ Ibidem, pasus 136. Arbitražno veće navodi odluke *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/92/1), Award, February 16, 1994 i *Rompetrol Group N.V. v. Romania*.

⁴⁶ Ibidem, pasus 139.

⁴⁷ Ibidem, pasus 140.

⁴⁸ Arbitražno veće je na osnovu toga odbilo da primeni formalne kriterijume predviđene u Protokolu o tumačenju BIT-a koji su zaključile Argentina i Holandija (pasus 156). Tim Protokolom bilo je predviđeno između ostalog:

„B. Strana ugovornica na čijoj teritoriji je ulaganje izvršeno može tražiti dokaz o kontroli na koju se pozivaju ulagači druge Strane ugovornice. Sledeće činjenice će između ostalog biti prihvaćene kao dokaz o kontroli:

- i. činjenica da je lice ogranak pravnog lica druge Strane ugovornice;
- ii. činjenica da ulagač ima direktno ili indirektno učešće u kapitalu društva koje je veće od 49% ili direktno ili indirektno poseduje glasove koji su neophodni da bi se stekla vladajuća pozicija na skupštinama ili u organima društva.“

⁴⁹ TSA Spectrum de Argentina S.A. protiv Argentine (videti fusnotu br. 43), pasus 143.

to pravno lice kontrolišu državljani tužene države, kao što to pokazuju predmeti “Tokios Tokeles” protiv Ukrajine i “Rompetrol grup N.V.” protiv Rumunije.⁵⁰ Ako se pak radi o utvrđivanju državljanstva po drugoj odredbi, postojanje kontrole mora se objektivno dokazati. Nebi bilo dosledno ovom tekstu ako bi veće prilikom utvrđivanja da li postoji strana kontrola, probilo pravnu ličnost domaćeg privrednog društva, a zatim se zaustavilo na drugom nivou organizacije na koji naide i tako odustalo od cilja da se identifikuje strana kontrola sve do njenog pravog izvora, primenom istog kriterijuma od kojeg se i pošlo.⁵¹ Ipak, veće konstatuje da su arbitražne odluke donete po ovom pitanju protivrečne. U nekima od njih arbitri su odbili da probijaju pravnu ličnost dalje od prvog nivoa organizacije pravnog lica,⁵² a u drugima se nisu libili da probijaju ličnost prolazeći kroz više sukcesivnih nivoa vertikalne organizacije, kako bi identifikovali državljanstvo lica koja vrše kontrolu.⁵³ Međutim, u svim tim predmetima nije bilo sporno da postoji strana kontrola – pitanje je bilo jedino čije državljanstvo ima strano lice koje vrši kontrolu. Samo u jednom predmetu se postavilo pitanje da li stvarno postoji strana kontrola nad domaćim licem, da li je ona realnost – to je bio predmet “Vakuum Solt Produkts Ltd.” protiv Republike Gane.⁵⁴ U tom predmetu doneta je odluka da uprkos sporazumu stranaka kriterijum strane kontrole nije zadovoljen i tužba je odbačena. Na osnovu toga arbitražno veće zaključuje da su razlozi za probijanje pravne ličnosti tim jači ako stvarnu kontrolu vrše državljani tužene države. Veće takođe konstatuje da je i pravna teorija podeljena po pitanju da li na osnovu člana 25 stav 2 tačka b Vašingtonske konvencije treba da se primenjuje probijanje pravne ličnosti, ali da je većina ipak za probijanje i za utvrđivanje stvarne kontrole i državljanstva kontrolora (citirajući kao glavni autoritet Šrojerov komentar Konvencije).⁵⁵

Posle takvog zaključka veće je pristupilo utvrđivanju činjenica. TSA je sam podneo dokaze da je u vreme zaključenja ugovora o koncesiji (1997.god.) krajnji vlasnik društava TSA i TSI bilo jedno francusko privredno društvo. Na dan pre izbijanja spora (2002. godine) krajnji vlasnici ovih društava bili su Horhe Nojs, državljani Nemačke i Argentine, francuska grupa “Tales” i državljani Francuske Žan Nikolas d’Ancezin. U vreme raskida ugovora o koncesiji (2004.god.) krajnji vlasnici su bili Horhe Nojs i “Tales” grupa, ali su određena prava bila pridržana i za Žana Nikolasa d’Ancezina. Konačno, u vreme slanja obaveštenja o saglasnosti za arbitražno rešavanje sporova, krajnji vlasnik je bio Horhe Nojs, ali su određena prava bila

⁵⁰ Ibidem, pasusi 145-146.

⁵¹ Ibidem, pasus 147.

⁵² AMCO and others v. Republic of Indonesia, Autopista Consesionara de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela i Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia.

⁵³ Soci t  Ouest Africaine des B tons Industriels (SOABI) v. Senegal i African Holding Company of America and Soci t  Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. Republic of Congo. Ibidem, pasus 148.

⁵⁴ *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (videti fusnotu br. 45).

⁵⁵ TSA protiv Argentine (videti fusnotu br. 43), pasusi 151-153.

pridržana i za Žana Nikolasa d'Ancezina. Kao relevantni datum za utvrđivanje kontrole arbitražno veće je uzelo 10. decembar 2004. godine, kad je društvo TSA poslalo predsedniku Argentine svoju saglasnost za rešavanje spora pred ICSID-om. Pošto tužilac nije uspeo da dokaže da su prava g. Ancezina takve prirode da predstavljaju u stvari fiducijalnu svojину na 75% akcija kao što je tvrdio, arbitražno veće zaključilo je da je krajnji vlasnik društva u vreme davanja saglasnosti na nadležnost ICSID-a bio argentinski državljанин Horhe Nojs.

Da li zbog činjenice da je u ovom slučaju krajnji vlasnik bio samo običan biznismen, državljанин Argentine, a ne velika američka multinacionalna kompanija, ili zbog toga što krajnji vlasnik u ovom predmetu nije imao privilegiju da predsedavajući arbitar bude državljанин njegove države, tek prigovor nenadležnosti je usvojen, za razliku od prigovora nenadležnosti u predmetu Aguas del Tunari protiv Bolivije. Odluka u ovom predmetu pokreće takođe pitanje kakav bi bio rezultat da se umesto TSA u ulozi tužioca našlo holandsko akcionarsko društvo (potpuni vlasnik TSA-a), kao u predmetima Tokios Tokeles protiv Ukrajine i Rompetrol protiv Rumunije? Da li bi veće i tada pristupilo probijanju pravne ličnosti, ili bi ipak prihvatilo formalno-pravni kriterijum kao njegovi prethodnici u ranijim odlukama? Iz obrazloženja se to ne može sa sigurnošću zaključiti. Zaključci koje iz ove odluke možemo izvući su sledeći:

- domaće privredno društvo čiji su krajnji vlasnici domaći državljани не може да туži сопствену државу на основу BIT-a без обзира што је његов формални власник страни друштво;

- у случају да то ипак покуша, арбитражни суд ће при оцени надлежности применити теорију пробијања правне личности, и то све до крајњег власника;

- ако се надлежност заснива на арбитражној клаузели садржаној у BIT-u, релевантни датум за испитивање контроле је дан када је улагач дао сагласност на надлежност ICSID-a.

DOMESTIC INVESTOR AS CLAIMANT IN AN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTE

Summary

Three situations in which national companies try to initiate an international arbitration against their own State using BITs are analyzed in this article. The situation when the claimant is a domestic company controlled by foreign nationals is discussed in the first place, drawing on the arbitral award in AdT v. Bolivia. Second, the situation when the claimant is a foreign company controlled by nationals of the respondent state is explained on the examples of awards in Tokios Tokeles v. Ukraine and Rompetrol v. Romania. Finally, the situation when the claimant is a national company owned by a foreign company, but ultimately controlled by nationals of the respondent state is presented using the award in TSA v. Argentina as an example. Article 25 of the ICSID Convention, in particular paragraph 2 (b) is the main subject of analysis. The author finds that national investors can organize their investment in the way that provides them BIT and ICSID protection. The prevalent arbitral practice in this forum considers it legitimate to structure the investment so as to ensure the applicability of a BIT. The only exceptions recognized so far were fraud and abuse of rights, including in particular the restructuring of the investment after the dispute with the home state has already arisen.

Keywords: ICSID, nationality of legal persons, foreign investment, BIT.

ПОВРАЋАЈ НЕЗАКОНИТЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ¹

Проф. др Миле Рачић*
Др Синиша Домазет**

***Апстракт:** Одлука Европске комисије о повраћају државне помоћи доноси се само у случају незаконите државне помоћи. Правни основ за доношење одлуке о повраћају помоћи није садржан у Уговору о функционисању ЕУ, већ у актима секундарног законодавства ЕУ. Притом, одлука о повраћају је обавезујућа и спровешће је држава чланица, применом властитог законодавства, а не корисник помоћи. Државе чланице могу да одбију повраћај помоћи са позивом на принцип правне сигурности и принцип заштите легитимних очекивања, или ако докажу да би повраћај помоћи био апсолутно немогућ. Пракса институција Уније показује да државе чланице често касне са спровођењем одлука о повраћају помоћи, руководећи се искључиво националним интересима. Разлог за то лежи и у недостатку прецизности у одлукама о повраћају, као и у дуготрајној процедури повраћаја помоћи, које се спроводе у складу са националним законодавством дате државе чланице.*

***Кључне речи:** право, ЕУ, конкуренција, државна помоћ, повраћај помоћи.*

1. Уводна разматрања

Повраћај незаконите и инкомпатибилне државне помоћи представља једно од најзначајнијих питања у области спровођења одредаба Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ) у овој материји. То не треба да чуди, будући да је то идеалан терен за сукоб интереса држава чланица које желе да помогну властитој привреди и Европске комисије (у даљем тексту: Комисија), чији задатак представља заштита адекватног функционисања

* Проф. др Миле Рачић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

** Др Синиша Домазет, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

¹ Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

унутрашњег тржишта. У вези са повраћајем помоћи се намеће неколицина ве-ома значајних питања. Између осталог, потребно је разјаснити који је прав-ни основ за доношење одлуке о повраћају помоћи од стране Комисије, будући да то није регулисано одредбама УФЕУ? Друго, намеће се и дилема у вези са субјектом који је обавезан да спроведе одлуку о повраћају помоћи. Да ли је то држава или корисник помоћи? Најзад, да ли је могуће одступити од одлуке о повраћају и под којим условима?

У овом раду ћемо покушати да разјаснимо поменуће дилеме, при чему ће се у великој мери анализирати пракса Комисије и Суда правде.

2. Правна регулатива ЕУ у вези са повраћајем државне помоћи

Комисија је отпочела праксу повраћаја незаконито додељене држав-не помоћи од њених корисника још давне 1983. године.² Уколико се погледа пракса која је уследила, може се приметити да се повраћај помоћи показао као врло користан механизам за одвраћање држава чланица од доделе незаконите државне помоћи. Нарочито је посао Комисији био олакшан када је омогућено конкурентским компанијама да доставе информације о корисницима држав-не помоћи.³ То је довело до значајног редуковања броја негативних одлука, што није био показатељ неефикасности контроле државне помоћи од стране Комисије. Напротив, државе чланице су, антиципирајући контролу помоћи од стране Комисије, у пракси настојале да властите мере помоћи ставе у оквире које је одредила Комисија.⁴ То показују подаци из 2011. године, према којим је број случајева у вези са повраћајем помоћи био скоро двоструко мањи у одно-су на 2004. годину. С друге стране, вредност незаконите и инкомпатибилне помоћи чији је повраћај извршен од 2000. године је повећан и средином 2011. године достигао је износ већи од 11 милијарди евра. Из тога је Комисија извук-ла закључак да је проценат незаконите и инкомпатибилне државне помоћи која треба да се врати опао са 75% на крају 2004. на 18,6% средином 2011. године.⁵

Приликом спровођења поступка контроле државне помоћи, Комисија може донети неколицину одлука. Пре свега, може донети одлуку да се у пред-метном случају не ради о државној помоћи, у смислу члана 107(1) УФЕУ. Дру-

² Smith, M.P., *Integration in Small Steps: The European Commission and the Development of State Aid Policy*, Journal of Common Market Studies 36/1998, стр. 64.

³ Smith, M.P., *How Adaptable is the European Commission? The Case of State Aid Regulation*, Journal of Public Policy, 2001., стр. 219-238.

⁴ О овоме видети: Köster, T., *Recovery of Unlawful State Aid*, у: Rydelski, M.S., Ridelsky, M.S., *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, 2006., стр. 653-671; Jones, A., Sufirin, B., *State Aid*, 2008, стр. 127.

⁵ European Commission, *Report on state aid granted by the EU Member States*, Brussels, 2011, str. 11, SEC(2011) 1487 final. Следећи извештај очекује се до краја 2012. године.

го, Комисија може донети одлуку да је помоћ компатибилна са унутрашњим тржиштем (такозвана позитивна одлука). Треће, Комисија може донети одлуку да је предметна помоћ условно компатибилна са унутрашњим тржиштем, што значи да државе чланице морају претходно да испуне одређене услове, како би помоћ била допуштена. Најзад, у случају да Комисија, након окончања поступка контроле нотификоване државне помоћи, донесе одлуку о инкомпатибилности мере државне помоћи са унутрашњим тржиштем, наложиће држави чланици да предузме све неопходне мере, у циљу повраћаја помоћи која је њеном кориснику додељена (негативна одлука).

Дакле, Комисија ће тражити повраћај помоћи само кад се ради о **незаконитој државној помоћи**. Под незаконитом државном помоћи се подразумева: а) помоћ која није била нотификована Комисији; б) помоћ која је била нотификована, али је реализована у време трајања поступка пред Комисијом (било да се ради о прелиминарном испитивању или формалној истрази); в) помоћ која је додељена супротно условно компатибилној одлуци Комисије; г) помоћ која је реализована, иако је Комисија донела негативну одлуку, односно одлуку о њеној инкомпатибилности са унутрашњим тржиштем.

Суштина повраћаја незаконито додељене државне помоћи је у томе да се успостави, речима грађанског права, *restitutio in integrum* то јест, стање на тржишту које би постојало да није било доделе спорне државне помоћи.

Такав став је потврђен у случају *Belgium v. Commission*⁶, где је Суд подвукао да повраћај незаконите државне помоћи не представља казну, већ да је суштина у повраћају тржишта у пређашње стање. То ће се најбоље постићи уколико прималац помоћи врати оно што му је незаконито додељено, чиме ће се уклонити предност коју је уживао у односу на остале конкуренте на тржишту. У Уредби Савета 659/1999 која поставља детаљна правила за примену члана 93 Уговора о ЕЗ, са неколико амандмана (у даљем тексту: Уредба о поступку)⁷ се наводи да се повраћај помоћи мора извршити без одлагања, по процедури у складу са националним законодавством односне државе чланице, на начин да се обезбеди ефективно и моментално извршење одлуке Комисије.⁸

Ипак, пракса је показала да процес повраћаја незаконито додељене државне помоћи не тече ни лако ни брзо. Државе чланице се доста нерадо опредељују на овакав корак, иако су на то обавезане, постављајући често националне интересе испред интереса Уније као целине. Генерално, може се закључити да је ситуација у Унији, кад је у питању повраћај незаконито додељене државне помоћи, прилично незадовољавајућа, узимајући у обзир

⁶ Case C-75/97 *Belgium v. Commission* [1999] ECR I-08674, т. 65.

⁷ Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty OJ L83/1. Неслужбена (консолидована) верзија са амандманима из 2003. и 2006. се може наћи на сајту: <http://eur-lex.europa.eu>

⁸ Уредба о поступку, члан 14.

закашњења и одлагања спровођења одлука институција Уније у великом броју случајева. Оваква пракса настала је као директна последица више различитих узрока.

Пре свега, у многим случајевима државе чланице су **искључиво одговорне** за кашњење у реализацији одлуке Комисије о повраћају незаконито додељене државне помоћи. То се донекле може и разумети, уколико се узме у обзир да се спровођење повраћаја државне помоћи мора извршити од стране истог органа који ју је и доделио. Ипак, држава чланица ће морати да се повинује одлуци Комисије и да спроведе хитне и неодложне мере у циљу реализације повраћаја помоћи од стране корисника. Комисија ће се обратити Суду уколико држава чланица не спроведе донету одлуку Комисије у дело. Поред овог разлога, за закашњење у извршавању одлука о повраћају помоћи као узрок се наводе и **недостатак прецизности** у одлукама о повраћају (било да се ради о идентификацији компаније која мора да врати помоћ, или о висини износа који је предмет повраћаја), али и **дуготрајне процедуре повраћаја помоћи**, које се спроводе у складу са националним законодавством односне државе чланице.⁹ Уопштено узевши, државе чланице ће мање-више увек настојати да избегну повраћај додељене помоћи, руководећи се притом националним интересима. То се нарочито манифестује кроз чињеницу да националне процедуре не дају, генерално узевши, висок приоритет повраћају незаконите државне помоћи, нарочито када се корисник помоћи налази у финансијским тешкоћама.¹⁰ Стога, на институцијама Уније је да се изборе са таквим понашањем држава чланица.

Поставља се питање по ком основу Комисија има овлашћење да наложи повраћај незаконите државне помоћи од примаоца, с обзиром на чињеницу да Уговором о функционисању ЕУ то питање није изричито прецизирано? Одговор се може наћи, уколико погледамо праксу институција Уније. У случају *Commission v. Germany (Kohlegestez)*¹¹, Суд је први пут заузео став да Комисија може наложити државама чланицама повраћај незаконите и инкомпатибилне помоћи, при чему се може обратити и Суду уколико држава чланица не спроведе дату одлуку у дело. Касније је овакав став Суда уврштен и у Уредбу о поступку, чиме је добио својеврсно правно утемељење. Тумачењем мишљења Суда у овом случају може се закључити да се, кад је у питању повраћај незаконите помоћи, Комисија у том погледу обраћа државама чланицама и њима налаже повраћај, а не корисницима. Било би логичније да Комисија наложи повраћај помоћи ономе који ју је и примио, али то се не чини из разлога што треба узети у обзир да су државе чланице ЕУ независне државе са ограниченим суверенитетом, па Комисија не може непосредно спроводити радње на њиховој

⁹ О овоме види више у: Mariñas, N., *Enforcement of State aid recovery decisions*, Competition Policy Newsletter, 2/2005, стр. 18-19.

¹⁰ Monti, M., *New Developments in State Aid Policy*, Brussels, 1 December, 2003. <http://ec.europa.eu>

¹¹ Case 70/72 *Commission v. Germany* [1973] ECR 813.

територији које би обезбедиле повраћај незаконите помоћи. Чак и када би то било могуће, настао би проблем како то реализовати у пракси, јер Комисија располаже са ограниченим људским и материјалним ресурсима и не би била у стању адекватно реаговати на сваки такав случај засебно, имајући у виду њихову бројност, као и друге задатке које такође мора да обавља.

Стога је логично што је у члану 14(3) Уредбе о поступку предвиђено да ће државе чланице саме предузети мере у циљу повраћаја незаконите помоћи, у складу са правилима националног законодавства дате државе чланице, с тим што она морају омогућити моментално и ефективно спровођење одлуке Комисије.¹² Притом, није довољно да државе чланице предузму само неке формалне или „козметичке“ кораке како би изгледало да су се повиновале одлуци Комисије, већ морају да предузму оне кораке који ће дати конкретне резултате, што је и наведено у одлуци у случају *Greece v. Commission*.¹³ Моментално извршавање одлука Комисије о повраћају помоћи је веома важно, како се не би довела у питање њена суштина. Ово је нарочито апострофирано у одлуци у случају *Commission v. France (Scott)*¹⁴, где је Суд истакао неопходност моменталног испуњења одлука Комисије о повраћају незаконите помоћи и навео да националне процедуре не смеју бити такве да онемогућавају или ометају повраћај ефективне конкуренције, путем спречавања моменталног и ефективног спровођења одлука Комисије.

Ипак, Комисија неће моћи да нареди повраћај незаконите државне помоћи уколико би то било у супротности са генералним принципима комуни-тарног права, при чему се наводе **принцип заштите легитимних очекивања** (*principle of the protection of legitimate expectation*, превод аутора) и **принцип правне сигурности**.¹⁵ Кад је реч о принципу заштите легитимних очекивања, он омогућава кориснику генерално незаконите помоћи да се одупре повраћају дате помоћи на основу чињенице да, услед одређеног понашања на страни јавне власти, не може разумно предвидети да ће такав повраћај бити предвиђен, нити наређен.¹⁶

¹² Уредба о поступку, члан 14. став 3.

¹³ Case C-415/03 *Greece v. Commission (Olympic Airways)* [2005] ECR I-03875.

¹⁴ Case C-232/05 *Commission v. France (Scott)* [2006].

¹⁵ Уредба о поступку, члан 14. став 1.

¹⁶ Постоје материјално-правни и процесно-правни услови за признавање овог принципа. Материјално-правни услови се односе на легитимну природу очекивања, објекат очекивања, извор очекивања и баланс интереса, док се процесно-правни услови тичу идентитета лица надлежног да поднесе одговарајући захтев, суда надлежног да чује аргументе, временског оквира за подношење одговарајућег захтева и захтева за нотификацију предметне помоћи. Ипак, овај принцип карактерише прилично велика неодређеност, што омогућава институцијама Уније значајну дозу дискреције приликом одлучивања о испуњености услова за његову примену. Пракса је показала да је у малом броју случајева повраћај помоћи успешно избегнут позивањем на овај принцип. О овоме видети више у: Giraud, A., *A study of the notion of legitimate expectations in state aid recovery proceedings: „Abandon all hope, ye who enter here“?*, Common Market Law Review, Vol.

Поменути принцип се у пракси институција Уније, као и принцип правне сигурности, тумачио веома уско приликом примене на повраћај незаконито додељене државне помоћи. То је јасно показано у раном случају *Commission v. Germany (BUG-Alutechnik)*¹⁷, где је заузет став да се поменути принцип може користити од стране корисника помоћи само у изузетним околностима. На овај начин, желела се свести на најмању могућу меру злоупотреба овог принципа од стране држава чланица, јер би, у супротном, корисници помоћи тврдили да су имали легитимна очекивања да је дата помоћ законита и тако би државе чланице успевале да избегну повраћај помоћи. Из овога се може закључити да ће ослањање на принцип легитимних очекивања бити веома тешко и биће оправдано у ретким приликама. Једна од таквих ситуација представља рани случај RSV¹⁸, у коме је прихваћено позивање на овај принцип, јер је формална истрага о државној помоћи, која је представљала додатак уз раније одобрену помоћ, трајала више од две године. То је дало за право апликанту да има легитимна очекивања и разумне основе за веровање да Комисија нема више никаквих сумњи у погледу законитости спорне државне помоћи. Остаје, међутим, проблем адекватности процене у сваком појединачном случају да ли је позивање на наведени принцип било оправдано, или не.

Дакле, државе чланице имају обавезу да, путем процедуре прописане властитим законодавством, изврше повраћај незаконите државне помоћи, при чему ће осигурати да се одлука Комисије спроведе ефективно и без одлагања. У вези с тим, у пракси се поставило питање шта чинити уколико држава чланица није у могућности да изврши повраћај незаконите државне помоћи од корисника? Да ли ће се и на који начин извршити повраћај помоћи у таквим случајевима? Пракса је показала да су се државе чланице веома често позивале на одређене тешкоће као разлог за немогућност повраћаја незаконите помоћи.

Тако, државе чланице су се у доста случајева позивале на одредбе националног законодавства, као препреку за реализацију одлуке о повраћају помоћи¹⁹, лоше економске прилике корисника помоћи (изузев уколико не постоје било каква средства компаније која би се могла вратити)²⁰, административно-техничке тешкоће²¹, али и на страх од нерешивих тешкоћа интерне природе²². Комисија је одбијала овакве наводе држава чланица, сматрајући их неоправданим, и у случају *Commission v. Spain*²³ стала на становиште да једини

45, 2008, стр. 1399-1431.

¹⁷ Case C-5/89 *Commission v. Germany (BUG-Alutechnik)* [1990] ECR I-3437.

¹⁸ Case 223/85 *Rijn-Schelde-Verolme v. Commission* [1987] ECR 4617.

¹⁹ Case C-303/88 *Italy v. Commission* [1991] ECR I-1433.

²⁰ Case C-52/84 *Commission v. Belgium* [1986] ECR 89.

²¹ Case C-280/95 *Commission v Italy* [1998] ECR I-259.

²² Case C-6/97 *Italy v. Commission* [1999] ECR I-2981.

²³ Case C-404/00 *Commission v. Spain* [2003] ECR I-6695.

случај када државе чланице могу да одступе од своје обавезе да изврше одлуку о повраћају незаконите државне помоћи представља ситуација када постоје изузетне околности, које повраћај помоћи чине **апсолутно немогућим** (*absolutely impossible*, превод аутора). Притом, не може се тек тако претпоставити да у предметном случају постоје наведене околности. Државе чланице морају да докажу да су у предметном случају у доброј вери покушале да изврше повраћај помоћи. Из праксе институција Уније се да извући закључак да ће се овај изузетак од обавезе извршавања одлука Комисије о повраћају помоћи тумачити веома уско. То значи да ће државе чланице у пракси врло тешко успети да се позову на „апсолутну немогућност“, како би избегле обавезу повраћаја помоћи.

У вези са повраћајем незаконите државне помоћи могу се појавити још неке недоумице и тешкоће приликом њихове реализације. С обзиром да је држава чланица обавезна да спроведе одлуку Комисије о повраћају помоћи, а не корисник, може се појавити проблем у вези са реализацијом поменуте одлуке. Овога пута није реч о томе да држава чланица не жели да је спроведе у дело, већ напросто нема на располагању одговарајуће податке, услед непрецизности одлуке Комисије, а нарочито у погледу: а) износа помоћи који мора бити враћен, б) компанија које су одговорне за враћање, као и в) крајњих рокова за потпуну реализацију одлуке о повраћају помоћи. Комисија је била свесна ових тешкоћа које су се појавиле у пракси, па је настојала да ближе уреди ова питања у **Обавештењу усмереном ка ефективној примени одлука Комисије које налажу државама чланицама да изврше повраћај незаконите и инкомпатибилне државне помоћи** (у даљем тексту: Обавештење о повраћају).²⁴

Према Обавештењу о повраћају, Комисија ће наставити са садашњом праксом идентификације предузећа, корисника помоћи, у својим одлукама о повраћају помоћи, као и идентитета компанија од којих помоћ мора бити враћена.²⁵ Циљ је да се омогући државама чланицама да што ефикасније и брже примене њене одлуке. Ипак, Комисија није ни Уговором о функционисању ЕУ, нити било којим другим прописом, обавезна да у својим одлукама назначи тачан износ помоћи који се мора вратити. То значи да ће она, у зависности од доступних података, у својим одлукама најчешће дати односној држави чланици опште „смернице“ које ће јој омогућити да сама одреди егзактан износ помоћи коју мора да врати, или ће (у ређим случајевима) износ повраћаја бити јасно дефинисан у самој одлуци. Додатан проблем за Комисију у овом случају представљају шеме помоћи, будући да се на основу њих помоћ доделила неколицини појединачних компанија. У таквим ситуацијама, Комисији је тешко, ако не и немогуће, да прецизно одреди висину помоћи која се мора вратити од сваке компаније засебно. Стога, у Обавештењу о повраћају наводи се да државе

²⁴ *Notice from the Commission towards an effective implementation of Commission decisions ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid* [2007] OJ C272/05.

²⁵ *Обавештење о повраћају*, тачка 32.

чланице у овом случају морају да спроведу детаљну анализу помоћи, додељене у сваком појединачном случају на основу спорне шеме помоћи.²⁶

Проблем са повраћајем настаје и када дође до преноса средстава корисника помоћи на другу компанију, по цени испод тржишне, чиме се потоњем субјекту обезбеђује предност. На овај начин, жели се заобићи налог Комисије о повраћају незаконите државне помоћи. Зато је Комисија, у помињаном случају *Germany v. Commission*, заузела оправдан став да налог за повраћај незаконите државне помоћи треба да буде проширен и на **трећу страну**. Слично је било и у случају *Greece v. Commission*, где се такође радило о жељи да се поништи дејство одлуке о повраћају помоћи, што је оправдано тиме да спорни пренос средстава није био оправдан било каквом економском логиком. Овакви покушаји злоупотребе и заобилажења одлука Комисије, којима се налаже повраћај незаконите помоћи, били су изражени и преко преноса акција компаније која мора да врати примљену државну помоћ на трећу компанију, као што је било у случају *SMI 2 Multimedia v. Commission*.²⁷ Овде је Суд сматрао да такав пренос не ослобађа преносиоца обавезе да врати незакониту државну помоћ, при чему би било логично претпоставити да би се у овом случају одлука којом се налаже повраћај морала проширити и на трећу компанију. Ипак, до проширења неће доћи уколико је пренос акција извршен по преовлађујућој цени на тржишту, јер се сматра да, на тај начин, компанија на коју су пренете акције не стиче никакву предност у односу на конкуренте. Другим речима, пренос акција ће бити третиран као и свака друга легитимна пословна операција на тржишту, с тим што ће компанија преносилац и даље бити обавезна да врати примљену државну помоћ коју је Комисија прогласила инкомпатибилном са унутрашњим тржиштем.

Већ смо поменули да је држава чланица одговорна за примену одлуке Комисије којом се налаже повраћај незаконите државне помоћи. Али, важно је истаћи и то да је одлука Комисије обавезујућа за све органе те државе чланице. То је потврђено у случају *Linde*²⁸, у коме је заузет став да ће одлука Комисије имати обавезујући карактер и за судове државе чланице. С тим у вези, УФЕУ нити било који други акт не прописује који ће орган дате државе чланице имати надлежност да реализује повраћај незаконите помоћи. Из тога се може закључити да су институције Уније тај задатак повериле државама чланицама. На основу веома широке формулације наведене у случају *Linde*, види се да за извршење одлука Комисије о повраћају помоћи могу бити надлежни не само државни органи на централном, већ и они на регионалном или локалном нивоу. У сваком случају, на држави чланици је да путем сопствене процедуре, у складу са националним законодавством, изврши повраћај помоћи, па ће у складу с тим бити и одређена тела надлежна за реализацију.

²⁶ *Ibidem*, тачка 38.

²⁷ Case C-328/99 and C-399/00 *Italy and SIM 2 Multimedia v. Commission* [2003] I-4035.

²⁸ Case 249/85 *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH and Co. KG v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* [1987] ECR 02345.

У вези са повраћајем незаконите државне помоћи намеће се и питање да ли држава чланица мора да осигура повраћај не само додељене помоћи, већ и камате? На ово питање Комисија је дала **позитиван** одговор, зауевши став да ће незаконита помоћ бити враћена заједно са припадајућом каматом, по стопи која је фиксирана од стране Комисије. Истовремено, камата ће се платити од тренутка када је незаконита помоћ била на располагању кориснику, па све до момента њеног повраћаја.²⁹

Након што је држава чланица, сама или уз помоћ Комисије, одредила ко су корисници помоћи, висину износа незаконите помоћи који треба да буде враћен, као и неопходну процедуру за реализацију, налог за повраћај мора бити достављен поменутом кориснику (корисницима, ако је реч о шемама помоћи) без одлагања и у року прописаном одлуком Комисије. Уколико се, пак, корисник не би повиновао одлуци Комисије, у том случају држава чланица, уз помоћ државног апарата, мора да обезбеди моментално спровођење одлуке Комисије, у складу са властитим законодавством.³⁰ Држава чланица мора, у року од два месеца од ступања на снагу одлуке Комисије о незаконитој државној помоћи, да информише Комисију о мерама које је планирала или предузела. Одлука Комисије мора бити извршена најкасније за четири месеца од ступања на снагу.³¹ То је дупло дужи рок него што је раније било предвиђено, јер се у пракси показало да је рок од свега два месеца исувише кратак како би се одлука могла ефикасно извршити. У договору са Комисијом, наведени рокови могу бити и продужени, уколико се држава чланица суочи са озбиљним тешкоћама које би је омеле у поштовању истих. Наравно, није довољна само пука тврдња државе чланице да у предметном случају није у стању да испоштује рокове, већ таква тврдња мора бити поткрепљена одговарајућим чињеницама.

У пракси се појавила и дилема како институције Уније треба да реагују у случају када донесу одлуку којом дату меру државне помоћи проглашавају компатибилном са унутрашњим тржиштем, а да је, притом, компанији кориснику помоћи већ раније додељена помоћ која је проглашена незаконитом и инкомпатибилном са унутрашњим тржиштем и у погледу које није извршен повраћај, односно није спроведена ранија одлука Комисије? Одговор на ово питање дат је у случају *Deggendorf*³², где је тадашњи Суд прве инстанце заузео став да Комисија може да наложи државама чланицама да суспендују исплату нове, компатибилне помоћи предузећу које има на располагању незакониту и инкомпатибилну помоћ која је предмет раније одлуке о повраћају, све док држава чланица не осигура повраћај те помоћи (*Deggendorf principle*). Овај принцип се показао као веома добар инструмент у рукама Комисије, омогућивши јој

²⁹ Уредба о поступку, члан 14. став 2.

³⁰ Обавештење о примени, тачка 54.

³¹ *Ibidem*, тачка 42.

³² Case T-244/93 and T-486/93, *TWD Deggendorf v. Commission* [1995] ECR II-2265.

да изврши правни притисак на државе чланице да спроведу ранију одлуку о повраћају незаконите помоћи у случају где се ради о истим субјектима. У последње време, Комисија још у прелиминарној фази захтева од држава чланица да се обавезу да ће суспендовати доделу нове помоћи корисницима који још увек морају да врате додељену им помоћ, за разлику од раније праксе по којој је овај принцип примењиван тек након доношења позитивне одлуке о новој помоћи. Уколико се државе чланице у прелиминарној фази не обавезу да ће суспендовати исплату помоћи, тада Комисија може донети коначну (условну) одлуку о компатибилности, којом ће тражити од државе чланице суспензију доделе помоћи све док се не изврши повраћај претходно одобрене, незаконите (инкомпатибилне) помоћи.³³

На крају, у погледу повраћаја незаконите државне помоћи, Уредбом о поступку прописана су правила о застарелости, по којим Комисија има могућност да тражи повраћај помоћи у року од десет година од дана када је незаконита помоћ додељена кориснику, било као индивидуална помоћ, било преко шеме помоћи. Као што је уобичајено код института застарелости, ток рока застарелости прекида се и тече из почетка у случају било ког поступка покренутог од стране Комисије или државе чланице по захтеву Комисије у погледу незаконите државне помоћи. С друге стране, до застоја тока застарелости долази уколико је одлука Комисије предмет поступка пред Судом и трајаће све док траје тај поступак. Уколико се одлука не би донела у предвиђеном року, застој застарелости престаје и наставља даље да тече. Ако протекне рок од десет година, а да није било прекида или застоја застарелости, државна помоћ ће бити третирана као постојећа помоћ.³⁴

Сва наведена правила биће од значаја за Републику Србију, будући да она мора да изврши хармонизацију прописа у области државне помоћи са правом ЕУ. То је у великој мери већ учињено, доношењем Закона о контроли државне помоћи³⁵, као и неколицине подзаконских аката. Ипак, у досадашњој врло оскудној пракси Комисије за контролу државне помоћи Републике Србије није забележен ниједан случај повраћаја незаконите државне помоћи. То не представља резултат високо ефикасног система контроле државне помоћи у Републици Србији, већ израз недовољно развијене праксе надлежног тела.

Осим тога, Закон о контроли државне помоћи није дао одговор на питање да ли, и у којим случајевима, давалац помоћи може да одбије спровођење решења о њеном повраћају. На пример, давалац помоћи може истаћи да би повраћај помоћи довео до гашења предузећа, губитка радних места и слично. Ова правна празнина би се могла попунити уз помоћ права ЕУ, где давалац помоћи може одбити да изврши повраћај помоћи само у случају када то апсо-

³³ *Обавештење о примени*, тачка 76.

³⁴ *Ibidem*, тачка 15.

³⁵ Сл. гласник РС: бр. 51/09.

лутно немогуће. Очигледно је законодавац имао у виду лоше стање у српској привреди, па је због тога оставио ово питање нерегулисано и тако омогућио већу флексибилност у спровођењу Закона. У будућем периоду свакако се могу очекивати одлуке којима ће бити наложен повраћај незаконите државне помоћи.

3. Закључак

На основу горе реченог, може се закључити да су институције Уније настојале да различитим актима што боље и прецизније уреде питање повраћаја незаконите државне помоћи. То не треба да чуди, јер је повраћај помоћи можда један од најважнијих карика кад је у питању функционалност целокупног система државне помоћи у ЕУ. Непостојање овог „института“ учинило би читав систем контроле државне помоћи непотпуним и у великој мери бесмисленим. С друге стране, неефикасан, спор и сувише бирократизован систем повраћаја помоћи анулирао би сав претходни труд Комисије у прелиминарној фази и фази формалне истраге и додатно подстакао државе чланице да додељују незакониту државну помоћ. То би, на крају, угрозило и конкуренцију на унутрашњем тржишту или његовом битном делу. Ипак, без обзира на установљене принципе у погледу повраћаја незаконите помоћи, чињеница је да и дан данас постоје бројне тешкоће у примени ових правила, услед невољности држава чланица да изврше повраћај помоћи, њихове жеље да првенствено воде рачуна о властитим економијама, процедуралних недостатака у националним законодавствима, недовољне прецизности стандарда заштите легитимних очекивања и слично. Стога, институције Уније ће морати да развијају нове и усавршавају постојеће механизме за повраћај помоћи, у циљу постизања ефикаснијих резултата у овој области.

Summary

Based on the above, it can be concluded that EU institutions have different laws that sought to regulate better and more precise question of recovery of illegal state aid. It is not surprising, because the recovery of state aid may be one of the most important links when it comes to functionality of the entire system of state aid in the EU. The absence of this “institute” would make the entire system of state aid control incomplete and largely meaningless. On the other hand, inefficient, slow and too bureaucratic system of recovery of state aid will nullify all previous efforts of the Commission in a preliminary stage and the stage of formal investigations and further encourages Member States to grant illegal State aid. This would, ultimately, undermine the competition in the internal market or its significant part. However, regardless of the established principles regarding the recovery of unlawful aid, the fact is that today there are many difficulties in applying these rules, due to the reluctance of member states to restore aid, especially their desire to take care of their own economies, procedural deficiencies in the national legislation, lack of accuracy standards for the principle of protection of legitimate expectations and so on. Therefore, the EU institutions will have to develop new and improve existing mechanisms to assist the return to the field had better results. Therefore, the EU institutions will have to develop new and improve existing mechanisms for recovery of unlawful aid, in order to achieve effective results in this area.

ПАТЕНТ УНИЈЕ: АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ПЕРСПЕКТИВЕ

Др Јелена Ћеранић*

***Апстракт:** У раду се анализирају актуелна питања и перспективе предложеног система заштите проналазака патентом Уније. Након уводних напомена о разлозима за успостављање патента Уније, у првом делу рада су представљене најзначајније одредбе Предлога уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније и Предлога уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења. Посебна пажња посвећена је режиму превођења и механизму ближе сарадње. У оквиру другог дела рада, аутор разматра веома спорно питања у вези са патентом Уније, а то је успостављање Суда за патентне спорове и његов однос са Европским судом правде. Када је реч о перспективама патента Уније, иако је почетком јула 2012. године Европски парламент требало да усвоји поменуте уредбе, њихова судбина је и даље неизвесна. Европски савет је крајем јуна донео одлуку да се из Уредбе о патенту Уније обришу чланови који се тичу надлежности Суда правде ЕУ. Европски парламент је оценио овај потез као нелегалан и одложио гласање. Стога је трећи део рада посвећен перспективама патента Уније.*

***Кључне речи:** патент Уније, режим превођења, ближа сарадња, Суд за патентне спорове, Европски суд правде.*

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Монетарна политика ЕУ није једина област у којој, протеклих пар година, постоје тензије међу државама чланицама. Слична ситуација се може уочити и у једној другој области која је, на први поглед, више техничке природе, али у којој одлуке Брисела такође имају велики утицај на живот грађана и предузећа. Чини се да управо реформа патентног система одлично илуструје повлачење европске политике пред економским интересима појединих интересних група, што је данас све чешћа појава у Европској унији.¹

* Др Јелена Ћеранић, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, научни сарадник Института за упоредно право у Београду

¹ D. Cohn-Bendit, M. Rocard, „The European Union under the threat of patents“, доступно на Интернет адреси: <http://unitary-patent.eu/fr/content/lunion-europ%C3%A9enne-sous-la-menace-des-brevets-une-tribune-de-d-cohn-bendit-et-m-rocard>, 04. 07. 2012.

Напори да се успостави јединствени систем заштите проналазака у Европској унији трају већ неколико деценија. Овај систем би требало да унапреди проналазаштво у ЕУ и самим тим ојача конкурентност европских предузећа на светском тржишту.

Већ дуги низ година, у Европи се заштитом проналазака бави Европски завод за патенте (ЕЗП). Завод је основан 1977. године у Минхену, након ступања на снагу Конвенције о европском патенту (КЕП), потписане 1973. године. Ова независна паневропска организација, коју су основале четири земље (Немачка, Француска, Италија и Холандија), данас окупља тридесет осам држава чланица.² Конвенција о европском патенту, с једне стране, има регионални карактер, те јој, под одређеним условима, могу приступити само европске државе. С друге стране, круг проналазача, односно њихових правних следбеника који имају право да се позивају на ову Конвенцију није ограничен држављанством, пребивалиштем/седиштем или другом правном чињеницом. Дакле, свако правно и физичко лице на свету може да поднесе европску пријаву и под предвиђеним условима добије европски патент.

Међутим, оно што је спорно и што је довело до тога да се питање заштите проналазака покрене унутар ЕУ, јесте чињеница да материјално европско патентно право на наднационални начин уређује патентну заштиту проналазача само у одређеном интервалу, тј. од тренутка подношења европске пријаве до тренутка признавања европског патента. „Од тренутка признања европског патента, у начелу, престаје, применљивост наднационалних норми, те се европски патент распада на онолики број независних националних патената, колико има земаља чланица КЕП-а које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се даље назива европски патент, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права.“³ Дакле, европски патент постаје сноп националних патената.⁴

Патентни списи и захтеви морају преводити на националне језике, што доводи до повећања трошкова заштите проналазака европским патентом. Поред тога, одржавање европског патента подразумева и плаћање годишње таксе у свакој земљи, као и регистрацију сваког преноса. Самим тим титулари европских патената морају да ангажују домаће заступнике у свакој земљи за коју им је патент признат. Овакав систем представља велики проблем како државним истраживачким телима, тако и малим и средњим предузећима. Дакле, основни

² Поред двадесет седам земаља ЕУ, чланице ЕЗП су и Албанија, Хрватска, Исланд, Лихтенштајн, бивша југословенска република Македонија, Монако, Норвешка, Сан Марино, Србија, Швајцарска и Турска.

³ С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево, 2007, стр. 349.

⁴ Marc Rees, „Le brevet unique européen et logiciel“, доступно на Интернет адреси : <http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm>, 21.03.2012.

разлог за успостављање новог система заштите проналазака патентом Уније јесте смањење трошкова и поједностављење административног поступка.

Будући да нови систем заштите проналазака у Европској унији почива на Предлогу уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније⁵ и Предлогу уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења,⁶ у првом делу рада биће представљене најзначајније одредбе из ова два акта. Посебна пажња биће посвећена режиму превођења и механизму ближе сарадње. У оквиру другог дела рада, аутор разматра једно од најспорнијих питања у вези са патентом Уније, а то је успостављање Суда за патентне спорове и његов однос са Европским судом правде. Трећи део рада посвећен је перспективама патента Уније, које су, у светлу најновијих догађаја у вези са патентом Уније, и даље неизвесне.

II. ПРЕДЛОГ УРЕДБЕ О СПРОВОЂЕЊУ БЛИЖЕ САРАДЊЕ У ОБЛАСТИ СТВАРАЊА ЗАШТИТЕ ПАТЕНТОМ УНИЈЕ И ПРЕДЛОГ УРЕДБЕ О СПРОВОЂЕЊУ БЛИЖЕ САРАДЊЕ У ОБЛАСТИ СТВАРАЊА ЗАШТИТЕ ПАТЕНТОМ УНИЈЕ КОЈА СЕ ТИЧЕ ПРЕВОЂЕЊА

Након више од двадесет година преговора, Европска комисија је 1. јула 2000. предложила Уредбу о комунитарном патенту (који је, након ступања на снагу Уговора из Лисабона, прерастао у патент Уније).⁷ Три и по године касније, 23. децембра 2003, Комисија је изнела предлог којим је предвиђено оснивање Суда за комунитарни патент. Међутим, тек у децембру 2009. у Савету је постигнут политички споразум о патенту Уније и успостављању правосудног система надлежног за спорове у вези са патентом Уније. Што се тиче режима превођења, Европска комисија је, након дугих преговора, 1. јула 2010. године изнела амбициозан предлог, који је наишао на отпор појединих држава чланица ЕУ.

⁵ Предлог уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, COM (2011)215 final*).

⁶ Предлог уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement, COM (2011)216 final*).

⁷ Уговором из Лисабона, који је ступио на снагу 1. децембра 2009. године, укинута је тзв. три-партитна структура ЕУ и „избрисане“ су разлике међу стубовима, а Уговор о оснивању Европских заједница је прерастао у Уговор о функционисању Европске уније.

Правни основ ове две уредбе је двострук; њега чине Уговор о функционисању ЕУ и Конвенција о европском патенту. С једне стране, Уговором о функционисању ЕУ је предвиђено да у оквиру постојања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније.⁸ Савет одлучујући у складу са посебним законодавним поступком, утврђује уредбама режиме превеђења на европском нивоу. Савет одлучује једногласно, после консултовања Европског парламента.⁹ С друге стране, самом Конвенцијом о европском патенту је предвиђено да група држава уговорница, која предвиди у посебном споразуму да европски патенти признати за те земље имају јединствени карактер на њиховим територијама, може предвидети да европски патенти могу бити само заједно признати за све те земље.¹⁰ У складу са овом одредбом, ЕЗП признаје патент Уније који има исте последице у свим државама учесницама. Другим речима, није потребно да патент буде признат у свакој држави понаособ.¹¹

1. Патент Уније

Предлог уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније дефинише патент Уније као класични европски патент који издаје ЕЗП, а коме се само додаје атрибут „Уније“. Патенти који су оквалификовани као патенти Уније ће моћи да буду добијени, ограничени, пренесени, опозвани или проширени само за све државе чланице ЕУ.

Иначе, патент Уније постојаће заједно са националним и европским патентом. Стога јединствени поступак испитивања спроводи ЕЗП и док се не призна европски патент, подносилац пријаве има могућност да изабере између три опције: прво, да тражи европски патент у свим државама које учествују у ближој сарадњи; друго, да тражи европски патент у свим државама које учествују у ближој сарадњи, али и у одређеним другим државама уговорницама КЕП-а (укључујући и земље ЕУ које не учествују у ближој сарадњи) и треће, да се определи за стару могућност, тј. тражи европски патент, одређујући појединачно земље које су чланице КЕП.

⁸ Чл. 118 ст. 1 Уговора ФЕУ.

⁹ Чл. 118 ст. 2 Уговора ФЕУ.

¹⁰ Чл. 142 Конвенције о европском патенту.

¹¹ Међутим, поједини аутори сматрају да члан 142. КЕП-а не може представљати правни основ за доношење уредбе. На основу овог члана, споразум између држава потписница мора бити заснован на акту међународног права, док је у конкретном случају реч о уредби ЕУ, која је унутрашњи законодавни акт ЕУ. Имајући у виду да Унија није држава уговорница КЕП-а, може се довести у питање овлашћење да се успостави један такав споразум.

Уколико се титулари европског патента, који је признао ЕЗП, одределе за заштиту патентом Уније, они ће, у року од месец дана од када је признање објављено у Европском патентном билтену, послати посебан захтев у том смислу. Заштита ће ипак важити ретроактивно на територији држава учесница од дана објављивања признања у Европском патентном билтену. Кључне одредбе којима се регулише патент Уније су сличне онима које постоје у већини националних патентних закона: нпр. одредбе о оквиру заштите,¹² ограничењу права,¹³ исцрпљењу права¹⁴ итд.

Када је реч о ограничењу или повлачењу патента на основу губитка новости, Уредбом о патенту Уније предвиђено је ново, али и необично решење. У случају ограничења или повлачења на основу губитка новости у складу са КЕП-ом,¹⁵ ограничење или повлачење патента Уније важиће само у државама учесницама које су биле назначене у ранијем европском патентном захтеву.¹⁶ Другим речима, уколико је неко поднео европски патентни захтев (у вези са сличним проналаском) у земљи која учествује у ближој сарадњи пре подношења европског патентног захтева који доводи до добијања патента Уније (и сходно томе овај каснији патент је ограничен или повучен), ограничавање или повлачење таквог патента ће важити само у тој држави чланици. То значи да ће поље заштите или чак доступност заштите бити или смањена или искључена у одређеним државама ЕУ, али не и у осталима. Дакле, овом одредбом се не гарантује униформна заштита патентом Уније у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи. Стога је она предмет критика. Наиме, овакав сценарио представља супротност патенту Уније, тачније самом циљу коме предвиђени систем тежи, а то је правна сигурност.¹⁷

Основна предност патента Уније у односу на европски патент огледа се у томе што ће се он ослањати, тј. користиће квалитет рада ЕЗП који наставља да издаје европске патенте према досадашњем поступку. Будући да ће патент Уније од самог почетка бити признат у свим државама чланицама, подносилац пријаве ће плаћати само једну таксу за признање патента Уније. На тај начин ће трошкови, који представљају озбиљну препреку заштити патента у више држава чланица ЕУ, бити битно смањени.

¹² Чл. 6 и 7 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније.

¹³ Чл. 8 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније.

¹⁴ Чл. 9 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније.

¹⁵ Чл. 54 ст. 3 Конвенције о европском патенту.

¹⁶ Чл. 5 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније.

¹⁷ Е. Bonadio, „The EU Embraces Enhanced Cooperation In Patent Matters: Towards A Unitary Patent Protection System“, *European Journal of Risk Regulation*, 3/2011, стр. 418.

2. Режим превођења

Европска комисија је, након дугих преговора, 1. јула 2010. предложила режим превођења који ће се примењивати на патент Уније. Овај амбициозни предлог Комисије отишао је чак и корак даље од режима предвиђеног КЕП-ом, према тзв. Лондонском споразуму. На основу овог предлога режим превођења треба буду у складу са КЕП-ом,¹⁸ којом је предвиђено да су патентне пријаве и спецификације на једном званичном језику (енглески, француски и немачки), а да се једино патентни захтеви преводе на друга два званична језика ЕЗП. Осим тога, не постоје никакви други захтеви што се тиче превођења током управног поступка. Као и према Лондонском споразуму, државе чланице су се одрекле права да захтевају додатна превођења. Ипак, за разлику од Лондонског споразума, ово се односи и на даље преводе захтева у управном поступку. Даље се преводи траже само у случају да је патент предмет спора на суду. За такве спорове, странке или суд могу захтевати комплетан превод на језик земље у којој је дошло до повреде или језик земље у којој лице које је учинило повреду има пребивалишта¹⁹ или језик земље у којој се води поступак.²⁰ Трошкове превођења сноси титулар.²¹ Циљ оваквог предлога Комисије био је уштеда како времена, тако и трошкова подносиоца патентне пријаве.

На основу Уговора из Лисабона за доношење законодавног акта о режиму превођења који се примењује на патент Уније, потребна је сагласност свих држава чланица ЕУ.²² Међутим, са предложеним режимом превођења нису се сложиле Шпанија и Италија. Ове две земље сматрале су да чињеница да њихови језици нису увршћени у званичне језике патента Уније представља дискриминацију, упркос покушајима да се дође до компромисног решења, резултат је изостао, тј. никако није могла да се постигне сагласност свих двадесет седам земаља ЕУ. Сходно томе, осталим држава чланицама није остало ништа друго до да прибегну механизму ближе сарадње.

Иначе, механизам ближе сарадње први пут је предвиђен Уговором из Амстердама 1997. године. На основу Уговора државе чланице које намеравају да успоставе међусобну сарадњу, могу користити институције, поступке и ме-

¹⁸ Чл. 14 Конвенције о европском патенту.

¹⁹ Чл. 4 ст. 1 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења.

²⁰ Чл. 4 ст. 2 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења.

²¹ Чл. 4 ст. 3 Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења.

²² Чл. 118 ст. 2 Уговора ФЕУ.

ханизме предвиђене Уговором, уз поштовање одређених услова. Уговором је предвиђено да када се ближа сарадња успостави, она остаје отворена за све државе чланице које јој иницијално нису приступиле. Предвиђене Уговором из Амстердама, одредбе о ближој сарадњи су неколико пута биле предмет измена и допуна. Најпре, Уговором из Нице, којим су ублажени услови за отпочињање ближе сарадње, а затим Уговором из Лисабона, који садржи свеобухватну реформу механизма ближе сарадње, у смислу његовог прилагођавања новонасталим околностима у Унији.

Дакле, због немогућности да се постигне договор између свих двадесет седам држава чланица ЕУ, у децембру 2010. године, дванаест земаља ЕУ званично затражило покретање механизма ближе сарадње. То су: Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Словенија, Шведска и Велика Британија. Два дана након подношења захтева, Комисија је предложила текст о успостављању ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније.

У фебруару 2011. године још тринаест држава чланица ЕУ прикључило се ближој сарадњи, тако да су изван сарадње остале само Италија и Шпанија. Да би се ближа сарадња могла покренути, потребно је одобрење Европског парламента и Савета. Европски парламент је одобрио покретање ближе сарадње 15. фебруара 2011, а Савет 10. марта 2011.

Дана 13. априла 2011, Комисија је предложила две уредбе: Предлог уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније (која се доноси у поступку саодлучивања Савета и Европског парламента) и Предлог уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења (коју усваја Савет једногласно, након консултовања Европског парламента).

Једине две земље које нису прихватиле предложени режим превођења, Шпанија и Италија, 30. маја 2011, поднеле су тужбу Суду правде ЕУ против Одлуке Савета од 10. марта 2011. којом се одобрава покретање ближе сарадње. У тужби се наводи да ближа сарадња у области стварања заштите патентом Уније, на начин на који је предвиђена, представља повреду Уговора по више основа.

Један део европске научне мисли такође заступа став да је покретање ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније нелегално.²³ Наводи се да је, овако конципирана, ближа сарадња, пре свега, у супротности са самим

²³ Међу њима су: Т. Jaeger, "All back to square one? - An assessment of the latest proposals for a patent and court for the internal market and possible alternatives", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, Series No. 12-01; М. Lamping, "Enhanced Cooperation - A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No. 8, 2011, стр. 879-925.

циљем диференциране интеграције.²⁴ Затим, да се ближа сарадња успоставља у области која потпада под искључиве надлежности Уније. Без обзира на то што поглавље о унутрашњем тржишту спада у подељене надлежности између ЕУ и држава чланица, логично је да поједини аспекти стварања *sui generis* права интелектуалне својине не могу спадати у подељену надлежност. Наиме, стварање *sui generis* права интелектуалне својине претпоставља један акт ЕУ, те би члан 118 Уговора ФЕУ требало тумачити тако да се односи и на области која логично искључује надлежности држава чланица. Такође се сматра да је, покретањем овог механизма, повређен члан 20 Уговора ЕУ којим је предвиђено да интереси држава чланица које не учествују у ближој сарадњи и њихова могућност да се укључе у неком каснијем тренутку не смеју бити угрожени сарадњом осталих земаља. У конкретном случају, режим превођења патента Уније успоставља се упркос противљењу Шпаније и Италије, па је мала вероватноћа да ће се оне прикључити касније. Осим тога, истиче се и да ближа сарадња у области стварања заштите патентом Уније нарушава кохерентност унутрашњег тржишта, доводи до дискриминације и деформације правила конкуренције између држава чланица, што је у супротности са Уговорима.²⁵ На послетку, самим Уговорима је предвиђено да ближа сарадња треба да се користи као *ultima ratio* у случајевима када је доказано да заједничка активност свих држава чланица није могућа. У конкретном случају, механизам ближе не може се посматрати као последње средство за решавање проблема превођења.²⁶ Иначе, Суд правде до данас није донео одлуку поводом тужбе Шпаније и Италије.

Упркос свим спорним питањима у вези са покретањем ближе сарадње, чини се да је у датом тренутку овај механизам ипак представљао погодно решење за превазилажење блокаде и наставак рада на правном оквиру успостављања заштите патентом Уније. Узимајући у обзир конкретне примере из неких других области (нпр. јединствена монета), очигледно је да покретање ближе сарадње не води нужно поделама у Европи.²⁷ Напротив, има доста случајева да државе, које су иницијално биле сумњичаве и изостале из сарадње, промене мишљење и прикључе се у неком каснијем тренутку, када се увере у позитивне резултате сарадње (нпр. Шенгенска сарадња).

²⁴ Под диференцираном интеграцијом у примени комунитарног права се подразумева да се државе чланице налазе у различитом положају у погледу опсега права и обавеза у оквиру одређених политика Уније.

²⁵ На основу чл. 326 ст. 2 Уговора ФЕУ: „Оне не могу бити на уштрб унутрашњег тржишта, као ни економске, социјалне и територијалне кохезије. Оне не могу представљати сметњу нити средство дискриминације између држава чланица и не могу имати за последицу деформацију правила конкуренције између држава чланица.“

²⁶ M. Lamping, , стр. 879-925.

²⁷ A. Pompidou, “Un brevet unique permettra à l’ Union européenne d’être plus compétitive”, доступно на Интернет адреси : http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55, 22.06.2012.

III. ПРЕДЛОЖЕНИ ПРАВОСУДНИ СИСТЕМ ЗА РЕШАВАЊЕ ПАТЕНТНИХ СПОРОВА У ЕУ

На основу система предвиђеног Конвенцијом о европском патенту, власник европског патента мора да води спор у вези са повредом патента пред судом сваке државе у којој је дошло до повреде. Овакво решење, осим што представља озбиљан трошак за титулара патента, изузетно је компликовано и нема никаквих гаранција да ће спорови бити окончани на исти начин у свакој од држава. Догађа се да судови држава чланица доносе супротне пресуде. Било је чак и случајева да су судови унутар једне исте државе различито пресуђивали у вези са истим патентом (нпр. судови Енглеске и Шкотске). Дакле, успостављање заштите патентом Уније треба да прати и адекватан правосудни систем за решавање патентних спорова.

Стога предложени систем заштите проналазака у Европској унији, поред две основне компоненте (елемента), Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније и Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније која се тиче превођења, садржи и трећу - Споразум о успостављању Суда за патентне спорове.

Након што Европски парламент и Савет донесу тзв. патентни пакет, државе чланице би требало да у другој половини 2012. године потпишу овај споразум о Суду за патентне спорове. Да би споразум ступио на снагу, потребно је да га ратификује довољан број држава чланица, тачније, најмање тринаест.

1. Суд за патентне спорове

Првобитно је било предвиђено да за спорове који се тичу класичног европског патента и спорове који се тичу новог патента Уније, уместо националних судова, буде надлежан нови јединствени суд за патенте. Предлог о оснивању оваквог суда подразумевао је приступање Европске уније Европском заводу за патенте. Ово приступање би заправо значило потписивање међународног уговора између Европске уније, држава чланица ЕУ и држава уговорница КЕП-а које нису чланице ЕУ. На тај начин би овај суд добио ексклузивну надлежност за решавање спорова и у вези са европским патентом.

Ипак, Суд правде ЕУ је 8. марта 2011. заузео став да овај пројекат задире у овлашћења која су Уговорима поверена институцијама ЕУ и државама чланицама које су кључне за очување саме природе комунитарног правног поретка. У образложењу мишљења Суда правде се наводи да овакво решење није у сагласности са Уговорима ЕУ из најмање два разлога. Прво, на овај начин

би правосудним органима држава чланица била ускраћена овлашћења која се односе на тумачење и примену права ЕУ. Друго, сам Суд правде би био лишен надлежности да, у оквиру претходног поступка (поступак доношења прелиминарне одлуке, поступак прибављања прелиминарне, претходне, прејудицијелне одлуке Суда), одговори на питања националних судова држава чланица у вези са тумачењем одредби комунитарног права (одредби Уговора, аката које су донели органи Уније и статута тела основаних актом Савета).²⁸

Уважавајући мишљење Суда правде, Комисија је, у току 2011. године, изменила и допунила предлог који се тиче оснивања Суда за патентне спорове. Новим предлогом су предвиђене гаранције да ће се судски орган за патентне спорове обраћати Суду правде ЕУ у вези са претходним питањем, на исти начин на који то чине национални судови држава чланица ЕУ. Осим тога, првобитним предлогом о оснивању Суда за европски патент и патент Уније било је предвиђено да овај суд буде надлежан и за државе потписнице КЕП-а које нису чланице ЕУ (нпр. Швајцарска и Турска). Након негативног мишљења Суда правде ЕУ, предлог је измењен у смислу да је надлежност суда ограничена само на државе чланице ЕУ.

Суд за патентне спорове ће имати искључиву надлежност за спорове у вези са патентом Уније. Сходно томе, опасност да се мноштво патентних парница у вези са истим патентом појави у различитим државама чланицама, као и опасности да се судске одлуке разликују од једне до друге државе, требало би да буду отклоњени.

Осим тога, постојање патента Уније и јединственог система заштите требало би да доведе до знатног смањења трошкова за мала и средња предузећа и буде подстицај за рад на новим проналасцима, обезбеђујући патент који је није скуп, који је високог квалитета и за који је у Европи надлежан један, специјализовани суд.²⁹

2. Седиште суда за патентне спорове

У децембру 2011. године, иза затворених врата, коначно постигнут договор између Европског парламента, Савета и Комисије о садржини две Уредбе којима се успоставља нови систем заштите проналазака у Европској унији, те је остало само да се реши питање седишта Суда за патентне спорове. Међутим, државе чланице више од пола године нису могле да се договоре да ли ће седиште суда бити у Лондону, Паризу или Минхену. Имајући на уму да ће земља у којој седиште буде успостављено, осим економске користи, уживати и углед

²⁸ Ј. Феранић, „Предлог новог система заштите проналазака у ЕУ – патент Уније“, *Право и Привреда*, 7-9/2012, стр. 369-370.

²⁹ А. Pompidou, “Un brevet unique permettra à l’Union européenne d’être plus compétitive”, доступно на Интернет адреси: http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55, 22.06.2012.

у свету иновација, (као Лондон у свету финансија или силиконска долина у области истраживања и развоја), јасно је зашто су Француска, Велика Британија и Немачка желеле да седиште буде на њиховој територији.

После пуних седам месеци интензивних преговора, уз велике напоре Данске (као земље која је председавала Саветом у првој половини 2012. године), председници држава и влада држава чланица ЕУ су, на самиту одржаном 29. јула 2012, постигли компромисно решење у вези са седиштем Суда за патентне спорове. Предвиђено је да седиште буде у Паризу, а специјализовани огранци овог суда у Лондону и Минхену.³⁰

Поред, седишта у Паризу и огранака у Лондону и Минхену, нови патентни систем предвиђа и регионална, тј. локална одељења. С тим у вези, очекује се да би регионални суд у Дизелдорфу, где се води мноштво патентних парница, желео да има већу улогу у оквиру правосудног система за патентне спорове ЕУ. Ипак, европски званичници још нису сасвим јасни када је реч о односу између регионалних судова и центра у оквиру новог патентног система.

IV. ПЕРСПЕКТИВЕ ПАТЕНТА УНИЈЕ

Након што су на састанку, 29. јуна 2012, шефови држава и влада постигли споразум о седишту Суда за патентне спорове, деловало је да је отклоњена и последња препрека да Европски парламент и Савет усвоје тзв. патентни законодавни пакет. Међутим, ситуација се искомпликовала, пошто је, под притиском британске владе, Европски савет донео одлуку да се из Предлога уредбе о патенту Уније избрише неколико чланова о надлежности Европског суда правде. На овај начин Европски суд правде је искључен из будућег патентног система ЕУ.

1. Легалност одлуке Европског савета?

Када је реч о надлежности Европског суда правде у оквиру новог патентног система Уније, представници Велике Британије су се одувек залагали да овај суд буде у потпуности изопштен. Додела надлежности Европском суду правде могла би, према мишљењу Велике Британије, да доведе до нежељених последица (нпр. доношење одлука од стране судија који нису специјалисти у области патентног права, кашњење приликом доношењем одлука, појава додатних трошкова, итд.). Ова земља је сматрала да уколико Суд правде буде део будућег правосудног патентног система, доводи се у питање сврха постојања специјализованог Суда за патентне спорове.

³⁰ Огранак у Минхену ће бити надлежан за спорове у вези са механичким инжењерингом, а огранак у Лондону за спорове који се тичу фармацевтских производа.

Упркос противљењу Велике Британије и појединих интересних група, Предлогом уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније предвиђена је надлежност Европског суда правде за повреде чланова 6, 7, 8 и 9. Када је реч о садржини ових чланова, члан 6 Предлога уредбе се односи на директне повреде патента Уније, члан 7 на индиректне повреде, члан 8 на ограничења права добијених на основу патента Уније и члан 9 на исцрпљење ових права. Овим члановима је одређен минимум заједничког материјалног права патената Уније.

Правни основ за успостављање патента Унија представља члан 118 став 1 Уговора о функционисање ЕУ. Овим чланом је предвиђено да: „У оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније.“

Члан 118 став 1 представља правну основу за мере које се тичу оснивања европских тела како би се осигурала униформна заштита права интелектуалне својине на територији Унији. Међутим, уколико из Предлога уредбе отклоне поменута четири члана, поставља се питање да ли онда уопште члан 118 став 1 Уговора може да представља основ ове Уредбе.

Иако се о уклањању чланова 6, 7, 8 и 9 из Предлога уредбе о патенту Уније расправљало и раније (последњи пут у новембру 2011. године), ова могућност је сваки пут бивала одбачена. Међутим, Европски савет је на састанку 29. јуна 2012. направио преседан, умешавши се у нешто на шта није имао право и што је у потпуности нелегално. Шефови држава и влада држава чланица једноставно су уклонили поменуте спорне чланове из Предлога уредбе о патенту Уније.

Без чланова 6, 7, 8 и 9 не може се говорити о праву интелектуалне својине ЕУ којим се обезбеђује униформна заштита. Уколико ови чланови не постоје, то значи да је остављено у потпуности државама чланицама да одреде права титулара европског патента са дејством на територији целе Уније. Другим речима, сва питања у вези са тим шта титулар патента Уније може да уреди биће одређена националним правом.

Суд правде ЕУ је још у случају Краљевина Шпанија против Савета Европске уније из 1995. године³¹ утврдио да ново право интелектуалне својине које је створила Унија, као што је комунитарани жиг, има примат над националним правом и не представља само просту хармонизацију националних права.

³¹ Пресуда Ц – 350/ 92 Суда правде ЕУ од 13. јула 1995, Kingdom of Spain v Council of the European Union, доступно на Интернет адреси : http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61992J0350, 25. 06. 2012.

Када Унија одлучује о неком питању, државе чланице се одричу својих овлашћења да уређују то исто питање, осим да допуне акт када је реч о споредним (зависним) одредбама или да донесу мере за његово извршење. Питања регулисана члановима 6-9 Предлога уредбе о патенту Уније представљају језгро, срж заштите патентом Уније и не могу се сматрати споредним одредбама. Тако да држава чланице нису компетентне да уређују та питања. Када би државе имале могућност да одређују ширину заштите патентом, унитарни ефекат те заштите био би угрожен зато што би свака држава чланица могла да материјализује заштиту на другачији начин.³²

Сходно томе, Европски парламент је, на заседању 2. јула 2012, најоштрије осудио овакав начин мењања садржине уредбе, истичући да је ово јединствен пример у историји европских интеграција. Посланици Европског парламента су се сложили да је брисањем ова три члана Европски савет начинио озбиљну повреду не само процедуралне, већ и суштинске природе.³³

Како је реч о уредби која се доноси у поступку саодлучивања, Савет и Европски парламент, су још у децембру 2011. године договорили садржину овог акта. Стога свака промена садржине текста заправо представља прекид редовног тока законодавног поступка. Будући да овакав потез није предвиђен правом ЕУ, споразум који је постигао Европски савет може бити поништен.³⁴

С обзиром на све горе поменуте аргументе, Европски парламент је једногласно донео одлуку а да се гласање о законодавном патентом пакету одложи, а да се предмет врати Одбору за правне послове Европског парламента на поновно разматрање како би се он изјаснио поводом мера које је предузео Европски савет.

2. Поновно отварање преговора?

У складу са одлуком Европског парламента, донетој на седници 2. јула 2012, Одбор за правне послове Европског парламента је, 10. јула 2012, дискутовао о измењеном тексту Предлога уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите патентом Уније и следећим корацима у вези са овим пројектом. Одбор је упутио најоштрије критике Европском савету који је поступио у супротности са редовним законодавним поступком. Поступак Европског савета представља озбиљан политички преседан, будући да ово тело нема

³² “Why the European Council has killed any workable EU patent?“, доступно на Интернет адреси: <http://unitary-patent.eu/content/why-european-council-has-killed-any-workable-eu-patent>, 5. 07.2012.

³³ Детаљније на Интернет адреси : <http://unitary-patent.eu/content/plenary-vote-postponed>, 4. 07. 2012.

³⁴ “The European Parliament Avoids disaster, but unitary patent is not saved yet“, доступно на Интернет адреси: <http://unitary-patent.eu/content/european-parliament-avoids-disaster-unitary-patent-not-saved-yet>, 5.07.2012.

овлашћења да се меша у законодавни поступак ЕУ.³⁵ Чланови Одбора за правне послове Европског парламента сматрају да је тренутни предлог бесмислен и не омогућава стварање правог (истинског) патента Уније.³⁶ Одбор је донео одлуку да се, у септембру 2012. године, поново расправља у Европском парламенту о Уредби о патенту Уније.

Ипак, чини се да ће нелегални потез Европског савета највероватније довести до поновног отварања преговора о патенту Уније. Упркос томе што је компромис био постигнут у децембру 2011. године (између Европског парламента, Комисије и Савета), Европски савет је својим потезом онемогућио нормалан наставак поступка саодлучивања о Предлогу уредбе о патенту Уније. У случају да државе чланице одбију две уредбе о патенту Уније, мораће да се приступи изради новог текста. Дакле, врло је могуће да ће доћи до отварања нових преговора о патенту Уније.

V. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У току 2011. године идеја о успостављању заштите проналазака патентом Уније правно је уобличена, а у јуну 2012. године, решено је и питање седишта Суда за патентне спорове. Дакле, остало је само остало да Европски парламент и Савет усвоје две уредбе о патенту Уније. Очекивало се да би, уколико би све ишло по плану, први патент Уније могао да буде додељен 1014. године.

Међутим, ситуација се искомпликовала у последњем тренутку, у смислу да се Европски савет умешао у поступак на начин који није легалан. Европски савет је донео одлуку да из текста уредбе избрише одредбе које се тичу надлежности Европског суда правде. Европски парламент је најоштрије осудио овај поступак и одложио гласање о патенту Уније за септембар 2012. године. С тим у вези, постоји могућност да, уколико државе чланице одбаце овај измењени текст уредбе, преговори о патенту Уније поново буду отворени. Наравно, отварањем нових преговора додатно се продужава овај вишедеценијски пројекат и одлаже успостављање заштите проналазака патентом Уније.

Све у свему, будућност патента Уније је и даље неизвесна. Чини да је покушајима да се пресече гордијев чвор у вези са режимом превођења (преласком на ближу сарадњу), заједно са успостављањем независног правосудног система за патентне спорове (заобилажењем Европског суда правде), заправо отворена Пандорина кутија у области стварања заштите патентом Уније.³⁷

³⁵ “Unitary Patent: European Parliament reinstall a democratic procedure. Let’s take a part in this!“, доступно на Интернет адреси : <http://unitary-patent.eu/content/unitary-patent-european-parliament-reinstall-democratic-procedure-lets-take-part>, 11. 07. 2012

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Н. Ullrich, “Harmonising Patent Law : Tha Untamable Union Patent“, *Harmonisation of the European IP Law: from European Rules to Belgian Law and Practice* (eds. M.-Chr. Janssens, G. Van Overwalle), Brussels (Bruylant) 2012, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-03, стр. 57.

Jelena Ćeranić, Ph.D,
Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka
Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

UNITARY PATENT: CURRENT ISSUES AND PERSPECTIVES

Summary

The paper deals with the current issues and perspectives of the unitary patent. The unitary patent project which has been under discussion for several years. It aims to establish a single patent valid in the majority of EU member states, as well as a unified jurisdiction for such patents. After introductory notes with regard to reasons for the creation of the unitary patent, the first part of the article is dedicated to the most important provisions of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection and the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement. Special attention is paid to the translation arrangements and to the enhanced cooperation. In the second part of the article the author analyses one of the most questionable points related to the unitary patent protection, and that is the establishment of the Unified Patent Court and its relation with the European Court of Justice. By the end of Jun 2012, heads of States and governments, removed the provisions organizing control by the European Court of Justice of litigations concerning unitary patents. The European parliament was due to debate and vote on the unitary patent. However, MEPs rebelled against the European Council's desire to substantially change the text at the last minute. They unanimously postponed the vote and sent the text back for reconsideration by the committee. So, the European Parliament avoids disaster, but the unitary patent is not saved yet. The third part of the article is devoted to perspectives of the unitary patent.

Key words : *unitary patent, language arrangements, enhanced cooperation, Unified Patent Court, European Court of Justice.*

ЗАКОНОДАВНА И ИЗВРШНА ВЛАСТ У ПОСТУПКУ ЗАКЉУЧЕЊА МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Доц. др Невенко Врањеш*
Мр Матеј Савић**

Апстракт: Област закључења међународних уговора представља материју која како у међународном тако и домаћем (посебно уставном и управном) праву представља поприште дугогодишњих теоријских сукобљавања. Наиме, стално је питање хијерархијског и сваког другог односа између међународног и домаћег права што посебно долази до изражаја на пољу закључења и извршења међународних уговора. Стога се, положај законодавне и извршне власти у поступку закључења међународних уговора уз нагласак на актуелна теоријска схватања суверенитета намеће као изузетно питање *per se*. Предмет овог рада је улога законодавне и извршне власти у поступку закључења међународних уговора. У раду се анализира улога егzekутиве и легислативе у поступку закључења међународних уговора фокусирајући се на основне постулате Бечке конвенције о праву уговора, досадашња теоријска уобличавања те упоредна искуства и рјешења уз неизоставан осврт на домаће право.

Кључне ријечи: Међународни уговор, закључење уговора, конвенција, законодавна власт, извршина власт, држава.

ДРЖАВА И МЕЂУНАРОДНИ УГОВОР

Држава, као правна и политичка организација са својим основним елементима, који је одређују представља најстарији и најзначајнији субјект међународног права уопште. У том смислу држава је основни актер у закључивању међународних уговора. Први уговори у међународном праву су свакако настали између држава као субјеката међународног права, које су дефинисале права и обавезе у писаном облику и склапањем преузимале иста. Наиме, самим чином настанка, обједињујући основне елементе држава стиче одређена права. Ова права се у теорији називају различито (ориги.

* Доц. др Невенко Врањеш, Факултет политичких наука, Универзитет у Бањалуци.

** Мр Матеј Савић, виши асистент, Факултет политичких наука, Универзитет у Бањалуци.

нарна, темелна, апсолутна итд.) при чему се разликују од права која, с друге стране можемо дефинисати као деривативна. Ријеч је о правима која државе стичу уласком у уговорне односе с другим субјектима међународног права, учлањењем у међународне организације, или уопште даљим развојем општег међународног права.¹ Иако, теорија у погледу систематизације права држава није једнозначна, ријеч је о основним правима општег карактера.² Такође, из опште класификације могу се, на основу права на међународно општење, а у смислу међународног субјективитета, деривирати **право склапања међународних уговора** – *Ius contrahendi*, као и **право представљања** – *Ius representationis*. На основу овога склапање међународних уговора је дискреционо право сваке суверене државе, у складу са начелом једнакости и начелом узајамности. Што значи да, у начелу, држава не може бити присиљена, нити обманута (доведена у заблуду) у смислу закључења уговора. Такође, право представљања заснива се и реализује према једнаким постулатима међународног права, са нагласком на начело узајамности (реципроцитета). Како смо горе већ споменули, у оквиру реализације права на међународно општење, тј. склапањем међународних уговора и представљањем у иностранству стварају се деривативна права (и обавезе) државе. Најзначајнија изведена права и обавезе, путем уговора произлазе из воље државе да, као субјекат међународног права, с једне стране, преузме одређена права и да, с друге, прихвати конкретне обавезе садржане у међународном уговору чија је уговорница.

Такође, морамо нагласити, да општу и потпуну уговорну способност имају само суверене државе и да уговорна способност представља основно обиљежје суверенитета те да је закључивање међународних уговора од стране држава вршење односно испољавање суверенитета. У прилог наведеном, иде и чињеница, да је Стални суд међународне правде стао на становиште, да је право да се уђе у међународно обавезивање односно ангажовање својство државног суверенитета. Из тог разлога Стални суд међународне правде, одбио је њемачки аргумент да поједине одредбе Версајског уговора нису у складу са њеним суверенитетом, тврдећи да свако закључивање уговора чијим се одредбама предвиђа вршење или уздржавање од вршења неког акта, представља одрицање од суверенитета и да државе у том контексту не могу да се напредно позивају на њихов суверенитет, односно да истичу неусклађеност уговора са њиховим суверенитетом. Стога, у међународном праву суверенитет није чинилац који ограничава уговорни капацитет јер је уговорни капацитет један од елемената суверенитета.

¹ Такође, међународни субјективитет развојем како науке, тако и праксе признат је у XX вијеку међународним организацијама, али у новије вријеме и појединцима у међународном праву. Међутим, с обзиром на тему овог рада, прије свега ћемо се бавити питањем субјективитета и уговорног капацитета државе, као и њеног положаја у међународном праву.

² **Право на сувереност, једнакост, самоодржање, међународно општење, право на међународни саобраћај и поштовање.** Шире видјети: В. Димитријевић и други, *Основи међународног јавног права*, Београд 2007, стр 75.

Слиједом наведеног, суверену једнакост држава, која и даље остаје један од камена темељаца на којима почива међународно право, не треба схватити у апсолутном смислу. Уосталом, сам појам суверености укључује дужност поштовања независности других држава и обавезу да се у доброј вјери испуњавају међународне обавезе преузете у сарадњи с другим државама. Међутим, државе добровољно ограничавају своју сувереност сваким међународним, двостраним или вишестраним уговором који закључе. Оне се одричу ексклузивних права у конкретним стварима према одредбама садржаним у међународном уговору на које су се обавезале. Такође, државе имају суверено право да одлуче о томе на шта се желе обавезати, при чему је, данас ипак, њихов положај у оквиру регионалних организација спецификум за себе. То важи и у односу на знатно ограничење суверених права које подразумјева, нпр. чланство у Европској унији, као *sui generis* творевини. Наиме, држава, као суверена јединка, може да уђе у уговорне односе који сеprotиве њеном суверенитету, јер је улазак у такве уговорне односе израз њеног суверенитета.³

Укупност међународних уговора које савремене државе закључују у разнородним областима постепено ограничавају поље њиховог слободног дјеловања. Наиме, преузимањем уговорних обавеза државе, уопште, подређују норме националног правног система међународном, при чему институти државно-правног поретка често само одређују оквири имплементације и инкорпорације међународног права. Такође, у пракси се неријетко може манифестовати потреба за промјеном постојећег уставног оквира у смислу усклађивања националног законодавства са одредбама садржаним у конкретном међународном уговору.⁴ Положај државе и њеног националног правног система заштићен је, прије свега посебним начинима изражавања пристанка на обавезивање уговором. У складу са наведеним, држава уговорница, такође, посједује могућност стављања *резерве* на поједине одредбе уговора, или се пак, може позвати на *начело добровољности* чиме одустаје од преузимања конкретних права и обавеза, тј. може добровољно одустати од закључења уговора. Напосљетку, у оквиру националног права институт *ратификације* омогућава посебну контролу садржаја конкретних одредаба од стране највишег органа државе, и то прије самог акта обавезивања на уговор. Процедура ратификације је посебно дефинисана националним прописима и представља основну заштиту уставног поретка у смислу међународног уговарања.

Највећи дио права о међународним уговорима кодификован је Конвенцијом о праву уговора, која је закључена у Бечу 23. маја 1969. године.⁵

³ В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, стр. 106.

⁴ Наиме, оваква пракса се јављала у случају мултилатералних споразума, најчешће конвенција, док у вези склапања и имплементације билатералних или трилатералних уговора промјена уставног оквира представља изузетност. Нпр. Европска конвенција за заштиту људских права и слобода Савјета Европе, енгл. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

⁵ Енгл. *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

Конвенција је ступила на снагу 27. јануара 1980. године и закључно са 2011. годином броји 111 држава које су се обавезале ратификацијом.⁶

МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ УГОВОР

С обзиром да уговори међународних организација не представљају тему овог рада, прије свега из методолошких разлога, начинићемо само кратки осврт на питање уговорног капацитета ових субјеката међународног права. Наиме, међународне организације, јавног карактера, такође идентификоване и као међудржавне, или пак, међувладине, настају уговорима између држава, који се још називају оснивачким уговорима.⁷ Такође, ови уговори се дефинишу у пракси као повеље, или пак, рјеђе, као декларације и конвенције. Из наведеног, увиђамо да су међународне организације деривативни субјекти међународног права, формирани вољом држава, које су из одређених заједничких циљева и интереса удружиле свој уговорни капацитет. Таква је била Организација Друштва народа, данас је Организација Уједињених нација. Као такви субјекти, међународне организације своје право уговарања – *Ius contrahendi* изводе из оснивачког уговора, тј. очитованих воља држава оснивача, при чему је и данас отворено питање уговорног капацитета ових специфичних субјеката међународног права.

Уговори међународних организација су се у доктрини међународног права у првој половини XX вијека успутно спомињали са пуно ограда и дилема о њиховој правној природи. Строга етатистичка концепција се није лако на-

⁶ Званични превод Бечке конвенције о праву уговора *Службени лист СФРЈ*, број 30/1972. Конвенција важи у следећим државама: Алжир, Аргентина, Аустралија, Аустрија, Барбадос, Бјелорусија, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Велика Британија, Грчка, Гватемала, Данска, Етиопат, Естонија, Италија, Јамајка, Јапан, Јужна Кореја, Казахстан, Камерун, Канада, Кина, Киргистан, Колумбија, Конго, Костарика, Куба, Кувајт, Кипар, Конго, Лаос, Летонија, Лесото, Либериа, Лихтенштајн, Литванија, Мађарска, Малезија, Мали, Маурициус, Мексико, Монголија, Мароко, Мјанмар, Молдавија, Науру, Нови Зеланд, Нигер, Нигерија, Обала Слоноваче, Оман, Соломонска Острва, Панама, Парагвај, Словачка, Словенија, Судан, Суринам, Танзанија, Таџикистан, Того, Тунис, Туркменистан, Узбекистан, Украјина, Уругвај, Филипини, Финска, Хаити, Хрватска, Холандија, Хондурас, Централноафричка Република, Чешка, Чиле, Шведска, Швајцарска, Шпанија. Наведено према: Станивуковић, М.: *Поље примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе у досадашњој судској и арбитражној пракси*, Право и привреда, бр. 5-8/2000, стр. 932. Конвенцију видјети у: *Међународно јавно право, збирка докумената*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 14–33, такође, шире в. интернет, доступно на; <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/krsiva/BKUP.pdf>, (приступљено 27. 08. 2012.) или интернет, доступно на <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html> (приступљено август 2012.)

⁷ Прва међународна организација јавног карактера је Свјетски поштански савез, позната као и Међународна поштанска агенција, енгл. *Universal Postal Union*. Формирана је 09. октобра 1874. године и данас има 191 државу чланицу.

пуштала, мада се Друштву народа, које је постојало између два свјетска рата, и међународним комисијама признавао извјестан субјективитет у закључивању међународних споразума. Послије Првог свјетског рата Организација Друштва народа склопила је, као и органи који су дјеловали у оквиру ове организације, низ међународних споразума са државом домаћином—Швајцарском. Међутим, у то вријеме ови споразуми нису били схваћени као прави међународни уговори.⁸ Конкретно дефинисање уговорне способности међународних организација, као и дефинисање правне природе уговора ових субјеката међународног права извршено је послје 1945. године, радом Комисије за међународно право Уједињених нација. Потреба за регулисањем ових уговора у међународним односима јавила се сама по себи, јер је оснивањем ОУН формиран и знатан број међународних агенција, комисија и, уопште органа који су функционисали у оквиру ове међудржавне организације. Такође, средином XX вијека дошло је до оснивања великог броја међународних организација регионалног карактера (Савјет Европе, Афричка унија, Пан-Америчка унија итд.) које су закључивале низ споразума како са државама чланицама, тако и са државама нечланицама.

Кодификација правила уговора међународних организација извршена је Бечком конвенцијом о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација из 1986. године⁹. Наиме, уговор је дефинисан као и у Конвенцији из 1969. године и прилагођен правној природи међународних организација као субјектима међународног права. „Легислативна моћ међународних организација, и то владиних, почива на њиховој правној личности и сагласности држава чланица дотичне међународне организације. С правом се истиче да је уговорна способност постала један од основних и најбитнијих елемената појма субјективитета међународних организација.“¹⁰ Конвенцији је приступила, до августа 2011. године 41 страна потписница, од чега је свега 29 држава и 12 међународних организација.¹¹ Конвенција још увијек није ступила на снагу.

⁸ Шире в. С. Ђорђевић, *Право међународних уговора*, Београд, 2011, стр 25.

⁹ Енгл. *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations*.

¹⁰ Шире в. С. Ђорђевић, *Право међународних уговора*, Београд, 2011, стр. 29.

¹¹ Шире в. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, vol. II*. Такође, шире в. интернет, доступно на http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf (приступљено август 2012. године).

МЕЂУНАРОДНИ УГОВОР И УГОВОРНА СПОСОБНОСТ ДРЖАВЕ

Међународни уговор је најефикаснији инструмент за стварање и развијање међународних односа, тј. најподеснији облик путем којег субјекти међународног права уговарају многобројне и различите правне послове.¹² Међутим, историја је забиљежила немали број неравноправних и наметнутих уговора који су се косили са начелом једнакости, угрожавајући сувереност појединих држава. Ипак, „у поступном процесу преговарања, потом усвајања и потписивања, у одлучивању о ратификацији и о улагању резерви на уговор, државе могу пажљиво да одмјере своје интересе како би очувале своју једнакост у односу на друге уговорнице.“¹³

Према одредби садржаној у члану 38. (1. а.) Статута Међународног суда правде, уговор се своди на правила која су државе изричито признале. Дакле, за разлику од суштине обичајног права, као извора, гдје се ради о прећутној сагласности држава, код уговора је ријеч о изричитој—јасно испољеној (вољи) сагласности држава.¹⁴ Уговор је сваки споразум закључен између субјеката међународног права, који има за циљ одређивање и преузимање права и обавеза страна уговорница и утврђивање правила понашања, како би се постигло одређено правно дејство.

Да би дошло до закључивања међународног уговора мора постојати уговорна способност. Уговорна способност није само ексклузивитет у рукама држава. Наиме, уговорну способност имају и други субјекти међународног права, као што су међународне организације јавног карактера, или пак, појединац, мада је ово друго питање у сталном фокусу теоријских разматрања. У том контексту, чињеница да је неки ентитет учесник у међународним односима, и да у том смислу има „међународни персоналитет“, не значи да има уговорну способност, већ може да посједује неки други вид капацитета, или да не посједује општу, односно пуну уговорну способност.¹⁵ Пуну уговорну способност посједују само суверене државе, као изворни, основни субјекти међународног права.¹⁶

Чланом 6. Бечке конвенције о уговорном праву, предвиђено је, да свака држава има способност да закључује међународне уговоре. Међутим, постоје и ситуације ограничавања уговорног капацитета држава што првенствено долази

¹² Шире в. исто стр. 10.

¹³ В. Ђ. Деган, *Међународно право*, стр 118. Ријека 2000, стр.118

¹⁴ Шире в. Р. Етински, *Међународно јавно право*, стр. 52, Нови Сад, 2010, стр. 52.

¹⁵ О. Ј. Lissitzyn, О. Ј.: *Territorial Entities Other than independent States in the Law of Treaties*, Recueil des Cours, 125/1968, р. 9.

¹⁶ С. Аврамов, *Уговорни капацитети и Устав СФРЈ из 1974*, Југословенска ревија за међународно право, 1-3/1983, Београд, 1983, стр. 76.

до изражаја код држава које су под протекторатом као и код оних држава које имају статус трајне неутралности. Неки аутори врше категоризацију држава, према степену њихове уговорне способности на: (1) потпуно суверене државе, (2) федералне државе, (3) конфедерације држава, (4) државе у персоналној унији, (5) државе у реалној унији, (6) Ватикан, (7) стално неутралне државе, (8) међународне организације држава, (9) полусуверене државе као што су вазалне државе и протекторати.¹⁷

До ступања на снагу Бечке конвенције о праву међународних уговора на процедуре које се тичу склапања, важења и примјене међународних уговора примјењивала су се правила обичајног права. Развојем првих међународних организација јавног карактера крајем XIX вијека и касније с потпуном експанзијом формирања међудржавних организација од 1945. године у уговорне односе, поред држава ступају и ове творевине као субјекти међународног права. Коначно, кодификацијом правила у оквиру Бечке конвенције о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација и формално им је признат уговорни капацитет у оквиру статуса субјекта међународног права.

У периоду XIX-ог и првим годинама XX-ог вијека аутори разликују *уговоре-законе* и *уговоре-погодбе*. Међутим статус извора међународног права признавали су само уговорима-законима. Наиме, како већ сам термин наговјештава, то су уговори којима се стварају „међународни закони“, при чему државе раде заједно у својству творца тог документа.¹⁸ Суштина је у томе да је напуштен концепт партикуларних уговора у случају уговора-закона, јер се на овај начин утврдило схватање да се њима стварају општа правила за будуће понашање страна уговорница. Са друге стране, уговори-погодбе су они уговори којима се не стварају нова међународноправна правила, већ се примјењују постојећа. Међутим, савремени аутори критикују ову подјелу, те с правом указују да су и уговори-погодбе извори међународног права. Такође, разликујемо и двостране и вишестране уговоре, опште и посебне, основне и допунске и сл.

Уговор је регулисан међународним правом, међутим, конкретна материја је интердисциплинарна, јер се истовремено тиче и међународног и унутрашњег права.¹⁹ Наиме, међународно право одређује појам уговора, закључивање и ступање на снагу, као и поштовање, примјену и тумачење међународних уговора, док унутрашње право садржи правила о надлежности, закључењу и имплементацији уговора од стране репрезентативних органа држава. Стога је, у оквиру уговорног права, питање односа унутрашњег и међународног права од изузетног значаја.

¹⁷ Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш, 1988, стр. 346.

¹⁸ Шире в. исто стр. 51.

¹⁹ Шире в. С. Ђорђевић, *Право међународних уговора*, Београд, 2011, стр. 9.

Члан 2. став 1. тачка а) Бечке конвенције о праву уговора дефинише израз „уговор као међународни споразум закључен у писменом облику између држава и који је регулисан међународним правом, било да је уобличен у једном јединственом инструменту, или у два или више међусобно повезаних инструмената, без обзира на његов посебни назив.“²⁰ Уопште, сагласност држава, постигнута изричитим изјавама уговорних страна, учињеним у складу са правилима међународног права, најпродуктивнији је извор међународног јавног права. Такође, према одредбама члана 6. Конвенције дефинисано је да „је свака држава способна да закључује уговоре“ на основу чега је обезбјеђена примјена начела једнакости држава. Међународно право се ствара, углавном, међудржавним уговорима. Уговором се ствара увијек партикуларно право, дакле право које веже државе уговорнице. „Њима могу да се примењују општа обичајна правила на конкретне ситуације. Мноштво уговора-погодби може да чини међународну праксу (супстрат) за дедукцију општег обичајног правила. Нема или не мора да буде разлике у процесу настанка, важења, измена и престанка уговора-закона и уговора-погодби, нити има разлика у квалитету права и обавеза које проистичу из једних или других.“²¹

ЗАКЉУЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ УГОВОРА И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Како смо већ претходно истакли, право међународних уговора регулисано је Бечком конвенцијом о праву уговора. Поступак закључења међународног уговора сагледаваћемо кроз анализу појединих одредница конвенције те кроз одређене теоријске приступе. Конвенција у Дијелу II дефинише закључење и ступање на снагу међународних уговора, гдје су прецизно одређене конкретне фазе, појам пуномоћја у процесу закључења међународног уговора, разни облици пристанка на обавезивање уговором, изрицање резерви на поједине одредбе уговора, као и ступање на снагу, примјењивање и тумачење уговора.

Израз уговор је дефинисан Конвенцијом о праву уговора као „*међународни споразум закључен у писменом облику између држава*“. Такође, на основу члана 2. став 1. тачка б) изрази „*ратификација, прихватање, одобравање и приступање означавају, према приликама, међународни акт, тако назван, којим држава даје на међународном плану свој пристанак на обавезивање једним уговором*“ који дефинишу прецизне акте који би требали предуприједити елементе ништавости уговора и омогућити ваљано закључење истог.

Када је ријеч о пуномоћју, ради се, прије свега о заштити државе и њених органа за општење у међународним односима, при чему су и у националним законодавствима прецизно одређене надлежности институција у смислу

²⁰ Званични превод Бечке конвенције о праву уговора *Службени лист СФРЈ*, број 30/1972.

²¹ Шире в. Тункин, стр. 106. и J. Andrassy, *Међународно право*, Загреб, 1978. стр. 18. и др.

заступања државе према вани. Наиме, на основу члана 7. Бечке конвенције о праву уговора „*као представник државе у сврху усвајања или аутентификације текста једног уговора, или за изражавање пристанка државе да буде уговором обавезана, сматра се лице које покаже одговарајуће пуномоћје...*“²². Овом одредбом обезбјеђује се правна сигурност у процесу закључења уговора, чиме се конкретно штите интереси државе преговарача. Такође, како је то, већ раније одређено и Бечком конвенцијом о дипломатским односима²², од 18. априла 1961. године могућност обавезивања државе на основу конкретних функција, без обавезе подношења пуномоћја имају шеф државе, шефови влада и министри спољних послова за све поступке који се односе на закључење уговора. Поред наведених, шефови дипломатских мисија имају једнаку ингеренцију за усвајање текста уговора, међутим само између државе именована и државе код које су акредитовани. У смислу међународних конференција, или пак, у оквиру неке међународне организације представници се посебно акредитују у сврху усвајања текста уговора.

Члановима 9. и 10. Бечке конвенције о праву уговора одређене су двије основне фазе закључења међународног уговора. То су **1. усвајање текста** и **2. аутентификација текста**, у оквиру којих се реализују посебни поступци у смислу преговарања, очитовања воље будућих уговорница у конкретним одредбама, коначне израде текста и надаље, изражавања пристанка на обавезивање међународним уговором. Сходно одредбама Бечке конвенције, у процесу закључивања међународних уговора разликује се неколико фаза: преговарање, усвајање (адопција) текста уговора, аутентификација текста уговора и изражавање пристанка на обавезивање уговором које може попримити различите изражајне облике.²³ Овдје уочавамо недостатак фазе иницијације што иначе познају нека позитивноправна рјешења. У свакој од наведених фаза јављају се ингеренције законодавне и извршне, а неријетко и судске власти што ће бити предмет анализе у наставку рада.

Члан 11. Бечке конвенције дефинише **потписивање**²⁴, **размјењивање инструмената који сачињавају уговор**²⁵, **ратификовање**, **прихватање и**

²² Енгл. *Vienna Convention on Diplomatic Relations*

²³ С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2001, стр. 468.

²⁴ Изражавање пристанка потписивањем дефинисано је у члану 12. Бечке конвенције о праву уговора: „**1. Изражавање пристанка једне државе да буде обавезана уговором изражава се потписом представника те државе: а) када уговор предвиђа да ће потписивање имати то дејство; б) када се на други начин установи да су се државе које су учествовале у преговорима споразумеле да ће потписивање имати то дејство; или ц) када намера државе о давању таквог дејства потписивању произлази из пуномоћја њеног представника или је била изражена у току преговора.** **2. За сврхе става 1: а) парафирање једног текста равно је потписивању уговора када је утврђено да су се државе које су учествовале у преговорима тако споразумеле; б) потписивање ad referendum уговора од стране представника једне државе, ако га је ова последња потврдила, равно је коначном потписивању уговора“.**

²⁵ Изражавање пристанка размјеном инструмената дефинисано је у члану 13. Бечке конвенције о

одобравање²⁶ као начине изражавања пристанка на обавезивање уговором. Такође, остављена је слобода државама преговарачима да посебно уговоре било који други начин изражавања пристанка. Наиме, у периоду XVIII и XIX вијека значај института потписа у смислу међународних уговора био је изузетан. Шеф државе, за вријеме апсолутистичких монархија обједињавао је власт и изражавао потпуни суверенитет државе, на основу чега је његов потпис сматран коначним начином обавезивања међународним уговором. Са увођењем представничких система и појавом конституционализма положај монарха се мијења, што је свакако имало утицаја и на процедуре којима су се државе обавезивале уговором. Парламент, као представнички орган добија на значају и установа ратификације међународних уговора постаје нужни чинилац у поступку закључења уговора. Данас, у модерном представничким правно-политичким животима држава „ратификацијом се даје оцјена да ли се правилно или неправилно преузета међународна обавеза претвара у коначну.“²⁷ Државе потписнице су слободне да изврше ратификацију међународног уговора када сматрају за потребно извршење тога значајног института међународног уговорног права. Када је ријеч о начину изражавања путем размјене инструмената уговори се најчешће закључују између министарства спољних послова у упрошћеној форми, путем размјена нота, писама или других сличних инструмената и обавјештења.²⁸ Овакав начин изражавања пристанка државе на обавезивање уговором успостављен је у другој половини XX вијека из практичних разлога, јер се најчешће у овој форми закључују допунски уговори који надограђују одредбе већ постојећих уговора, а све јача динамика одвијања међународних односа захтјева потпуну експедитивност држава при закључивању конкретних уговора. Прихватање или одобравање као начини изражавања пристанка на обавезивање уговором најчешће се примјењују код вишестраних међународних уговора (споразума, конвенција, повеља итд.) при чему је поступак изражавања поједностављен и скраћен из практичних разлога. Најчешће се реализује након потписивања конкретног уговора, међутим

праву уговора: „*Пристанак држава да буду обавезане уговором који сачињавају инструменти размењени између њих изражава се том разменом: а) када инструменти предвиђају да ће њихова размена имати такво дејство; или б) када је на други начин утврђено да су се ове државе сложиле да размена инструмената треба да има такво дејство*“.

²⁶ Изражавање пристанка ратификацијом, прихватањем или одобравањем дефинисано је у члану 14. Бечке конвенције о праву уговора: „*1. Пристанак државе да буде обавезана уговором изражава се путем ратификације: а) када уговор предвиђа да се овај пристанак изражава ратификацијом; б) када је на други начин утврђено да су се државе учеснице у преговорима споразумеле да се захтева ратификација; ц) када је представник те државе потписао уговор под резервом ратификације; или д) када намера те државе да потпише уговор под резервом ратификације произлази из пуномоћја њеног представника или је била изражена у току преговора. 2. Пристанак државе да буде обавезана уговором изражава се прихватањем или одобравањем под условима сличним онима који се примењују на ратификацију*“.

²⁷ Цит. дј. С. Ђорђевић, *Право међународних уговора*, Београд, 2011, стр. 76.

²⁸ Шире в. исто, стр. 80.

неријетко се може извршити и као самосталан облик изражавања пристанка на обавезивање.

Када је ријеч о **резервама** држава може у моменту потписивања, ратификације, прихватања или одобравања уговора, или пак, када му приступа ставити резерве. Међутим, према члану 19. Бечке конвенције, држава није у могућности то учинити ако је резерва забрањена уговором, уколико уговор предвиђа да могу бити изражене само поједине резерве и уколико је резерва неспојива са предметом уговора. Наиме, **„резерва означава једнострану изјаву коју учини држава када потписује, прихвата, или одобрава уговор или му приступа, а којом она намјерава да искључи или измјени правно дејство одређених одредаба приликом његове примјене на конкретну државу“**²⁹. Прије свега, ради се о инструменту који је одређен међународним правом, а који обезбјеђује држави могућност заштите националног правног система. Међутим, негативна страна института резерве огледа се у томе што државе у случају стављања резерве неријетко ограничавају и спрјечавају да се постигну циљеви уговора. С друге стране, остале државе преговарачи имају могућност улагања приговора на стављене резерве. Чланом 20. дефинисана је могућност прихватања конкретне резерве од стране других држава уговорница које су у преговорима учествовале. То се одређује у случају када на основу **„предмета и циља уговора проистиче да је примјена цјелокупног уговора између свих страна уговорница битан услов пристанка сваке од њих да буде уговором обавезана...“** и **„када уговор представља акт о успостављању једне међународне организације...“**.

Правно дејство резерви у погледу друге стране уговорнице дефинисано је чланом 21. Бечке конвенције. Наиме, стављена резерва у односима двије државе мијења одредбе уговора у оној мјери која је резервом предвиђена, при чему долази до измјене конкретне одредбе и за другу страну уговорницу у њеним односима са државом која је резерву ставила. Такође, резерва не мијења одредбе уговора за друге стране уговорнице у њиховим односима *inter se*, док у случају да једна држава стави приговор на резерву конкретне одредбе уговора се не примјењују између двије државе у оној мјери која је резервом предвиђена. Значајно је нагласити да резерва, изричито прихватање резерве и приговор на резерву, према члану 23. Конвенције, **„морају се дати написмено и саопиштити државама уговорницама и другим државама које испуњавају услове да постану стране уговорнице тог уговора“**. Најпогоднији моменат за стављање резерви од стране државе преговарача је приликом самог потписивања уговора који, затим подлијеже каснијој ратификацији или одобрењу. Баш овај тренутак је захвалан, јер даје довољно простора свим државама, будућим уговорницама, да свестрано размотре садржај резерве прије завршног преузимања обавеза садржаних у конкретном уговору. Такође, **„повлачење резерве или приговора на резерву мора се учинити написмено“**.

²⁹ Шире в. званичан превод *Бечке конвенције о праву уговора*, члан 2. став 1. тачка д).

Ступањем на снагу међународног уговора конкретни правни акт постаје позитивно, важеће право партикуларног, или пак, универзалног карактера, на основу броја и карактера страна уговорница. Услови за ступање на снагу уговора у међународној пракси, најчешће се дефинишу у оквиру одредаба истог, гдје су прецизно уређени и инкорпорирани вољом држава преговарача. На основу члана 24. став 1. Бечке конвенције о праву уговора „*уговор ступа на снагу на начин и у вријеме утврђено његовим одредбама или споразумом између држава које су учествовале у преговорима*“. Такође, у недостатку претходно наведених одредаба међународни уговор ступа на снагу чим се установи да постоји пристанак на обавезивање конкретним уговором од стране свих држава преговарача. Када је ријеч о двостраним уговорима, најчешћи је случај да уговори ступају на снагу након саопштене ратификације, тј. након размјене ратификационих инструмената. Међутим, у случају уговора у упрошћеној форми клаузула о ступању на снагу уговора не мора се уносити потписом обавезно у текст уговора, већ се то може обавити и посебним инструментима или констатовати у записнику.³⁰ Код вишестраних уговора, ситуација је нешто другачија. Наиме, пракса је показала да ови уговори, готово увијек, ступају на снагу прије него што све државе преговарачи изразе пристанак на обавезивање конкретним уговором. Тренутак ступања на снагу вишестраних уговора може се дефинисати под условом да га прихвате све државе учеснице у закључивању, прецизним датумом под посебним условима, затим, протеком одређеног временског периода, или се, пак, у одредбама уговора може дефинисати потребан број држава које су изразиле пристанак на обавезивање истим.³¹ Такође, постоје и други слични модалитети који су се примјењивали у случају ступања на снагу оваквих међународних уговора.

ИЗВРШНА ВЛАСТ И ЗАКЉУЧИВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

У већини позитивноправних система носиоци–органи–извршне власти су шеф државе и влада.³² *Шеф државе* је орган који представља државу и њен суверенитет на међународном и домаћем плану те врши и друга овлаштења, нарочито она која се односе на формирање и рад владе. Опште карактеристике шефа или предсједника државе су да је он формални, а понегдје и стварни шеф извршне власти.

³⁰ Шире в. С. Ђорђевић, *Право међународних уговора*, Београд, 2011, стр. 142.

³¹ Нпр. члан 84. став 1. Бечке конвенције о праву уговора предвиђа да ће Конвенција „*ступити на снагу тридесетог дана после депоновања тридесетпетог писмена о ратификацији или приступању*“, уз став 2. који гласи: „*за сваку од држава које ратификују конвенцију или јој приступају после депоновања тридесетпетог писмена о ратификацији или приступању, конвенција ће ступити на снагу тридесетог дана пошто ова држава депонује своје писмено о ратификацији или приступању*“.

³² Р. Марковић, *Извршна власт*, Београд, 1980, стр. 112.

У међународним односима и међународним документима израз *влада* има много шире значење од стриктног појма владе као највишег органа извршне власти. Наиме, често се у тим документима када се говори о владама и преузимању обавеза у име њихових држава не мисли само на владу у ужем смислу, већ на цјелокупну власт једне државе која има овлашћења да одлучује у име те државе. То доказује и чињеница да многи такви документи, посебно они међународноправног карактера (међународни уговори) који се закључују и потписују у име „влада“, морају да буду потврђени, односно ратификовани од стране парламента, с обзиром на то да питања која уређују спадају у надлежност *парламента*, а не у надлежност владе. У неким државама, као на примјер у Аустрији, постоји подјела међународних уговора на државне уговоре (Staatsvertraege) и владине уговоре (Regierungsvertraege), у зависности од тога из чије су надлежности поједина питања која уређују (парламента или владе), па и према томе који је орган надлежан за њихову верификацију. Треба напоменути то да и низ других докумената о међународним односима, па и документи које потписују представници министарства иностраних послова или других ресора, у свом тексту утврђују да су ти представници дјеловали у „име владе“ као носиоца функције представљања у међународним односима.³³

И сам назив извршне власти је различит. Тако у већини земаља преовладава формални назив влада, у неким министарски савјет (у Босни и Херцеговини Савјет министара), федерални савјет или слични колективни органи. Искуства са ових простора познају Савезно извршно вијеће–СИВ које је све до 1992. године било извршни орган Савезне скупштине што је како примјећују неки наши теоретичари дипломатско–конзуларног права (Ђорђевић и Митић) задавало тешкоће у потписивању међународних, а посебно билатералних уговора од стране југословенских делегација јер је у већем броју случајева СИВ представљано као влада. Сличан примјер налазимо данас у Босни и Херцеговини гдје одређени домаћи и страни кругови Савјет министара поистовјећују са владом.

Процес закључивања међународних уговора почиње преговарањем. У оквиру процеса закључивања међународних уговора, треба разликовати надлежност за вођење преговора, иницијативу за отпочињање преговора, избор и овлашћења преговарача, давање инструкција преговарачима, консултације током преговора, итд. Поједина од изложених питања регулисана су унутрашњим правом, односно актима унутрашњег права и уопште у уставној пракси, док су поједина питања свој одговор добила у оквиру међународног права, као што смо то претходно и образложили.

„Иницијативу за покретање поступка за закључивање међународних уговора могу дати институције Босне и Херцеговине, ентитети, кантони, и друге регионалне и локалне заједнице, те предузећа, установе, невладине

³³ С. Ђорђевић, М. Митић, *Дипломатско и конзуларно право*, Београд, 2000, стр. 38–39.

организације и друга правна лица из подручја свог дјеловања.³⁴ Иницијатива се доставља министарству у Савјету министара у чији дјелокруг спада предмет уговора. Уколико је иницијатива оправдана, надлежно министарство формулише нацрт приједлога за покретање поступка и основном за вођење преговора ради закључивања међународног уговора који заједно са иницијативом доставља Савјету министара. Савјет министара утврђује приједлог за покретање поступка за вођење преговора ради закључивања међународног уговора. Закон прописује садржај приједлога, а између осталог он мора садржавати мишљење Министарства спољних послова БиХ, сагласност ентитета уколико се уговор односи на ентитет и др.

Одлуку о покретању поступка за вођење преговора ради закључивања међународних уговора, по властитој иницијативи или на приједлог Савјета министара Босне и Херцеговине, доноси Предсједништво Босне и Херцеговине.³⁵

Сходно одредбама међународног права, државе саме одређују лица (званичне представнике) који ће их заступати у поступку закључења међународног уговора. Наведена лица морају имати пуномоћја (овлаштења) за заступање. Шеф државе, предсједник владе и министар спољних послова су лица која, по основу функције коју обављају, имају овлаштења за преговарање и не требају посебна пуномоћја. Држава има своје унутрашње органе који располажу овлаштењима да обавезу државу. Карактер тих овлаштења се разликује од државе до државе. Шефови дипломатских мисија су овлаштени за потврђивање текста уговора, потписом између државе која их је акредитовала и државе код које су акредитовани. Такође, акредитовани представници држава на међународним конференцијама или код међународне организације или неког њеног тијела овлаштени су да усвоје текст уговора код те организације.³⁶ Преговори се баве питањима текста уговора и завршавају се усвајањем текста уговора. Има схватања да преговори завршавају усвајањем текста уговора, тако да усвајање није посебна фаза у процесу закључивања уговора.³⁷ Усаглашеност текста уговора на међународним конференцијама постиже се двотрећинском већином учесника усаглашавања. Усвојени текст уговора се овјерава ради постизања његове аутентичности. Овјера може бити извршена потписом, потписом *ad referendum* и парафирањем.

Аутентификација је поступак утврђивања дефинитивног текста уговора и састоји се у потврђивању да документ садржи коначан и вјеродостојан текст који

³⁴ Чл. 4 Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, Службени гласник БиХ, бр. 29/00.

³⁵ Чл. 6 Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, Службени гласник БиХ, бр. 29/00.

³⁶ В. Поповић, Ф. Турчиновић, *Међународно јавно право*, Бања Лука, 2007, стр. 166.

³⁷ Р. Етински, *Међународно јавно право*, 2004, стр. 41.

није подложен измјенама, односно који је погодан за дефинитивно одлучивање да ли ће страна да изрази свој пристанак на обавезивање.³⁸ У већини случајева аутентификација није посебан поступак, већ коначан акт потписивања уговора служи као аутентификација и као начин изражавања коначног пристанка на обавезивање уговором.³⁹ Потпис означава аутентификацију уговора, а потпис *ad referendum* производи правно дејство када добије потврду владе. Овај механизам се користи у ситуацијама када није сасвим извјесно да ће влада прихватити текст уговора утврђен на преговорима.

Парафирање се врши стављањем парафа на крају текста (иницијали имена и презимена) уговора или на сваку његову страницу. Након тога, влада или неки други орган овлашћује неког званичника (најчешће предсједника владе, потпредсједника владе или министра) да потпише уговор.⁴⁰

Министарства спољних послова су обично основни носиоци активности процеса закључивања двостраних уговора у шта се укључују и амбасаде земаља.

Вишестрани уговори се договарају на међународним конференцијама када се као формални резултат конференције појављује Финални акт који у себи садржи и текст уговра.

„У преговорима за закључивање међународног уговора Босну и Херцеговину заступа делегација коју је одредило Предсједништво Босне и Херцеговине, односно, по његовом овлаштењу, Савјет министара Босне и Херцеговине.“⁴¹ Након завршених преговора делегација за преговоре Босне и Херцеговине доставља Предсједништву Босне и Херцеговине и Савјету министара Босне и Херцеговине извјештај о преговорима, а Министарству иностраних послова Босне и Херцеговине и текст међународног уговора.

Изражавање пристанка на обавезивање уговором може да има различите изражајне облике. Начин изражавања пристанка најчешће се предвиђа у уговору, као што смо претходно образложили.

Потписивање се код класичног настанка уговора сматра као фаза у процесу закључивања уговора, а која слиједи након завршених преговора, којим се заправо завршава етапа преговора, тако да потписивање уговора као начин овјеравања његовог текста није исто што и његово потписивање као давање пристанка односне државе да буде обавезана. Потписивању као начину овјеравања уговора може, али и не мора да претходи парафирање. У теорији међународног права сматра се да потписани споразум не рађа правне

³⁸ A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, London, 2000, p. 71.

³⁹ *Oppenheim's International Law I, parts 2–4*, Pearsin Higher Education, London, 1992, p. 1224.

⁴⁰ В. Поповић, , Ф. Турчиновић, цит. дј., стр. 167.

⁴¹ *Чл. 7 Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора*, Службени гласник БиХ, бр. 29/00.

посљедице уколико се ради о потпису којим се не изражава пристанак државе да буде обавезана уговором. Потпис којим се изражава пристанак државе да буде обавезана уговором није акт који је без икаквог утицаја на државе. Наиме, потписом се ставља у дејство правило добре вјере у односима између држава, тако да Бечка конвенција о уговорном праву у члану 18. предвиђа да „**држава треба да се уздржи од аката који би лишили уговор његовог предмета и циља у периоду између потписивања уговора и испољавања намјере да буде обавезана уговором**“. Правна пракса, а и позитивно право данас прихватају опцију да потпис може да изражава пристанак државе да буде обавезана уговором и без ратификације и то у случајевима ако уговор то изричито предвиђа и ако су о томе државе постигле сагласност. У теорији још увијек преовладава стајалиште да је потпис прикладнији за рутинске и уговоре који имају слабији политички карактер.⁴²

„Уколико међународни уговор није потписан на основу овлаштења из одлуке Предсједништва Босне и Херцеговине о покретању поступка за вођење преговора ради закључивања међународног уговора, Савјет министара Босне и Херцеговине подноси Предсједништву Босне и Херцеговине приједлог међународног уговора на усвајање и предлаже потписника у име Босне и Херцеговине. Када је Предсједништво Босне и Херцеговине дало овлаштење за потписивање међународног уговора једном од чланова делегације Босне и Херцеговине, тај члан делегације може, након завршених преговора, уговор потписати, ако је његов садржај у складу са основом за вођење преговора ради закључивања међународног уговора.“⁴³

Ратификација означава акт којим надлежни орган (најчешће представничко тијело) државе „одобрава“ уговор и тако ствара правну могућност да пристанак државе на обавезивање буде изражен на међународном плану, а такође и да означи међународни акт којим се тај пристанак дефинитивно изражава. Након размјене ратификационих инструмената у билатералним уговорима или њиховим депоновањем код генералног секретара ОУН код вишестраних уговора сматра се да су окончане све фазе настанка уговора.⁴⁴

„Делегација Босне и Херцеговине уроку од 15 дана од дана потписивања, доставља Министарству спољних послова Босне и Херцеговине оригинал текста потписаног међународног уговора. Министарство спољних послова Босне и Херцеговине доставља Савјету министара Босне и Херцеговине нацрт одлуке о ратификацији међународног уговора чији је саставни дио и текст уговора.

⁴² М. Н. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, London, 1995, p. 567.

⁴³ Чл. 11–12 Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, Службени гласник БиХ, бр. 29/00.

⁴⁴ В. Поповић, Ф. Турчиновић, цит.дј., стр. 168.

Приједлог одлуке о ратификацији међународног уговора утврђује Савјет министара Босне и Херцеговине и доставља га Предсједништву Босне и Херцеговине.

Предсједништво Босне и Херцеговине, ради добијања претходне сагласности за ратификацију, доставља Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине закључени међународни уговор. Уз међународни уговор који доставља на сагласност Предсједништво Босне и Херцеговине Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине доставља и детаљно образложење Савјета министара Босне и Херцеговине о потреби и условима закључивања предметног уговора. Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине одлучује о давању претходне сагласности за ратификацију међународног уговора.

Предсједништво Босне и Херцеговине, по добијеној сагласности Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, одлучује о ратификацији међународног уговора. Одлуку о ратификацији потписује предсједавајући Предсједништва Босне и Херцеговине.⁴⁵

„Инструмент о ратификацији, прихватању, одобравању или приступању међународном уговору, на основу одлуке Предсједништва Босне и Херцеговине, потписује предсједавајући Предсједништва Босне и Херцеговине, предсједавајући Савјета министара Босне и Херцеговине или министар иностраних послова Босне и Херцеговине.

Размјена или депоновање инструмената о ратификацији, прихватању, одобравању или приступању и извршавање других радњи које се односе на ступање међународног уговора на снагу за Босну и Херцеговину, у надлежности су Министарства спољних послова Босне и Херцеговине. Одлука о ратификацији међународног уговора, с текстом тог уговора, објављује се, без одлагања, у “Службеном гласнику БиХ“, а најкасније у року од 90 дана од дана њеног доношења.“

Прихватање и одобравање су новије установе у међународном праву које су се развиле након Другог свјетског рата. Употреба прихватања или одобравања развијена је да би се појединим државама омогућило да избјегну уставне захтјеве да се придобије законодавна власт да ратификује уговор.⁴⁶ У том смислу, државе могу договорити да их уговор обавезује прихватањем када се поступак спроводи издавањем инструмената о прихватању у чему су носиоци предсједник владе или министар иностраних послова, док одобравање обично спроводи влада.

Приступање је поступак у којем државе које нису учествовале у сачињавању уговора, нити су потписале уговор постају стране уговорнице

⁴⁵ Чл. 13–17 Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, Службени гласник БиХ, бр. 29/00.

⁴⁶ В. Ђурић, цит.дј., стр. 174.

изјављујући у оквиру посебне исправе своју сагласност да постану стране уговорнице. приступање може да буде подвргнуто ограничењима. Ограничења могу да се односе на одређене категорије држава јер уговор може да предвиди да могу да му приступе само државе које су стране уговорнице неког постојећег уговора, или државе које одређено тијело међународне организације позове.

Размјена инструмената који сачињавају уговор је у ствари размјена нота, писама, докумената или сличних инструмената између представника држава. Ови инструменти узети су *in corpore* и сачињавају уговор. Уговор се склапа тако што једна страна (држава) упућује другој ноту или писмо у којој предлаже текст будућег уговора, а друга страна прихвата текст и о томе нотом или писмом обавјештава државу која је ноту или писмо упутила.

ЗАКОНОДАВНА ВЛАСТ И ЗАКЉУЧИВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Парламент је мјесто гдје се збори, говори, а и сама ријеч парламент потиче од латинске ријечи *parlare*, што значи говорити. Етимолошки гледано, најчешћи назив за законодавну власт је парламент. Постоји и читав низ других назива. Тако, парламент се код нас назива Народна скупштина односно Парламентарна скупштина, у САД је Конгрес, у Хрватској Сабор, у Македонији Собрање, у Израелу Кнесет, у Ирану Мецлис, у Шпанији Кортес, на Исланду Алтинг, у Норвешкој Стортинг, Њемачкој Бундестаг и сл. Теорија о парламенту као законодавном тијелу настала је у XVIII вијеку, а њен творац био је Монтескје. Законодавство се, иначе, традиционално сматра својственом надлежношћу парламента. Поред законодавне, парламент има и друге функције као што су уставотворана, политичка и друге.⁴⁷ Како нас у наведеном раду, првенствено с аспекта закључења међународних уговора, занима законодавна функција парламента онда ћемо се укратко осврнути на улогу законодавне власти у закључивању међународних уговора.

Учешће законодавне власти у избору преговарача регулисано је у уставном систему САД, а донекле и Републике Словеније. Учешће законодавне власти у САД своди се на учешће Сената. Наиме, предсједник САД на основу мишљења и са одобрењем Сената именује амбасадоре, друге дипломатске представнике и конзуле. Уставни је захтјев да Сенат потврди именовања ових службеника што се односи и на преговараче за закључење међународних уговора. Закон о иностраним пословима Републике Словеније прописује да иницијативу за започињање поступка преговарања коју дају управни органи или други државни органи, а која између осталог садржи и приједлог састава делегације за преговоре, мора да буде одобрена, не само од Министарства спољних послова, већ и од радног тијела парламента у случају када је

⁴⁷ Шире о томе: Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције, дванаесто осавремењено издање*, Београд, 2008, стр. 272–317.

ријеч о међународним уговорима чија уставна ратификација спада у надлежност парламента. Такође, налазимо и примјере земаља у којима иницијативу за започињање поступка закључивања међународног уговора мора да одобри парламент (САД, Република Словенија, Швајцарска).

У погледу ратификације међународног уговора, у појединим земљама предвиђено је да парламент врши уставноправну ратификацију међународних уговора одређене садржине. Уставноправна ратификација од стране парламента може да буде уставноправно уређена на више начина. Наиме, уставни или правни акти који регулишу закључивање међународних уговора могу изричито да предвиде који међународни уговори подлијежу уставноправној ратификацији парламента (нпр. СР Њемачка, Француска, Руска Федерација), да предвиде да парламент ратификује све међународне уговоре, али да за поједине међународне уговоре захтијева или нуди референдум (нпр. Устав Швајцарске из 1874.), да предвиде да парламент, или један његов дом потврђују све међународне уговоре (нпр. САД) и да предвиде да парламент ратификује међународне уговоре али да поједине категорије уговора уставно ратификује влада (нпр. Република Словенија).⁴⁸

Претходно смо видјели ситуацију да, у Босни и Херцеговини, Предсједништво Босне и Херцеговине врши ратификацију међународних уговора, а након претходне сагласности за ратификацију добијене од стране Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине. Наведена формула представља риједак примјер у међународном праву.

ЗАКЉУЧАК

Поступак закључења међународних уговора представља веома сложен и вишефазан, а неријетко и дуг поступак. Оквирну оријентацију за спровођење поступка закључења међународних уговора даје Бечка конвенција о уговорном праву. Њене одреднице чине основ за правну регулативу ове материје у упоредном и домаћем праву. Само питање закључења, а касније и извршења међународних уговора у уској је вези са питањем суверености државе, како на међународном, тако и на унутрашњем плану. Наведено захтијева укључивање свих функција државне власти (дакле неријетко и судства) што поступак додатно усложњава. Специфичност међународног уговора огледа се у томе што он за разлику од осталих аката унутрашњег права ступа на снагу накнадно, дакле не од тренутка када је окончан поступак његовог ратификовања. Преговоре за закључивање међународних уговора, уз извјесне утицаје законодавне власти, води извршна власт која је и креатор резерви и декларација, која има дискрециону власт да међународноправно ратификује уговор и која значајно утиче на примјену и извршавање уговора у унутрашњем праву посредством могућности да откаже или суспендује уговор.

⁴⁸ В. Ђурић, *ци.дј.*, стр. 220.

Може се истаћи да је у појединим сегментима закључивања и извршавања међународних уговора равнотежа помјерена у корист егзекутиве, али се у теорији ипак истиче да је ријеч о комбинованој власти. У систему подјеле власти на унутрашњи и спољни суверенитет, а у контексту закључивања међународних уговора, унутрашњи суверенитет може да буде дистрибуиран између органа и нивоа организовања власти, на начин да нико од њих нема правну могућност вршења потпуне власти. Устав Босне и Херцеговине је у његовом саставном дијелу (Анекс I) наметнуо обавезу приступања или потврђивања одређеним конвенцијама и споразумима о људским правима, а стални су и додатни услови за приступање још неким. Будући да у Босни и Херцеговини овакви споразуми само нормативно „фигурирају“ нису уочена спорења око њиховог прихватања односно усвајања. Читав низ питања у вези са закључивањем међународних уговора није правно регулисан у домаћем правном систему. Посебно су мањкаве и непотпуне одредбе Устава Босне и Херцеговине које се одnose на ово питање. Конкретније, Устав Босне и Херцеговине не садржи јасна рјешења која уређују закључивање, примјену и извршавање међународних уговора у унутрашњем праву. Такође, постојећи Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора уопштено је прописао одређена питања и поступке изостављајући битне сегменте те препуштајући рјешења другим законским и подзаконским актима што, не само да отежава кодификованост ове материје, већ ствара преклапања надлежности и правне празнине процедуралне природе. Процес додатно компликује и чињеница да Босна и Херцеговина нема усвојен Закон о спољним пословима. Ова и многа друга питања неминовно ће се наметнути као реформски захтјеви у процесу евроатланских интеграција.

Summary

The area of international treaty contracting presents a matter that in international as well as in domestic (especially constitutional and administrative) law presents a battlefield for long - lasting theoretical conflicting. Namely, it is always a question of hierarchical and every other relation between international and domestic law, which especially comes to the fore on the field of conclusion and execution of international treaties. Therefore, the position of the legislative and executive authorities in the procedure of international treaty conclusion with an accent on the current theoretical apprehensions of sovereignty imposes itself as an exceptional per se question. The subject of this work is the role legislative and executive authority has in the process of international contracting. The work analyses the role of executive and legislative authority in the process of international contracting, focusing on the base principals of the Vienna Convention on the law of treaties, previous shaping, and parallel experiences and solutions with an infallible review on domestic law.

УТИЦАЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА НА ПОИМАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Др Тијана Шурлан*

***Апстракт:** Последњих деценију и по међународни кривични судови про-
дуковали су велики број различитих врста одлука и пресуда. Свака од њих у
одређеној мери садржи резон о нормама, о схватању и примени међународног
хуманитарног права. Стога, све споменуте одлуке драгоцен су извор у прав-
цу директне примене међународног хуманитарног права, посматраног из угла
одговорности за његово кришење. У овом раду дат је базичан приказ спреге
међународног хуманитарног права са међународним кривичним правом, пра-
во које међународни кривични судови примењују, те потом приказ примене и
тумачења међународног хуманитарног права од стране судова. Као пример
узет је појам унутрашњег оружаног сукоба, класичан појам међународног хума-
нитарног права, те уобличавање овог појма кроз читање норми међународног
хуманитарног права од стране међународних кривичних судова.*

***Кључне речи:** међународно хуманитарно право, међународно кривично
право, међународни кривични судови, судска пракса, унутрашњи оружани су-
коби*

УВОД

Норме међународног хуманитарног права (МХП) и међународног кри-
вичног права (МКП) тесно су повезане. Њихов међусобни однос најчешће се
означава релацијом примарне норме – секундарне норме¹ и овај опис у пот-
пуности одговара логичком поретку у коме стоје, као и еволутивном току
међународног права. Однос би се могао представити и следећим формулама:
норме међународног хуманитарног права творе материјалноправну базу норма-
ма међународног кривичног права; норме међународног кривичног права санк-

* Др Тијана Шурлан, Криминалистичко-полицијска академија, Београд

¹ Крећа М., Појам међународног кривичног права (МКП), стр. 11-23, у: Међународни научни
скуп - Релевантна питања примене међународног кривичног права у националном праву –
зборник радова, Тара, 2012; Крећа М., Међународно јавно право, Београд, 2010, стр. 595-601.

ционишу тешке повреде међународног хуманитарног права (и међународних људских права, но како је фокус овог рада усмерен на релацију МХП – МКП утолико ће се разматрање улоге и утицаја треће повезане области изоставити). Овако представљен однос тачно приказује релацију МХП и МКП у периоду настајања МКП. Но, од тада, па до савременог периода у коме настаје и овај рад, наступио је повратни утицај. Јуриспруденција међународних кривичних судова представља богат извор примене и тумачења међународног хуманитарног права. Схватања међународноправних појмова изражена у пресудама међународних кривичних судова стога данас морају бити узета у обзир и приликом анализе међународног хуманитарног права, али и приликом његове примене.

МЕЂУНАРОДНО ХУМАНИТАРНО ПРАВО КАО МАТЕРИЈАЛНОПРАВНА БАЗА МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Однос између међународног хуманитарног и међународног кривичног права је вишеслојан однос. Превасходно, оба су области међународног јавног права, егзистирају и функционишу у специфичном правном систему, како у погледу субјеката, релације права-обавеза-одговорности, тако и у погледу специфичног поимања санкција у међународном праву. Неминовно, обе области су подвргнуте истим фундаменталним принципима међународног права; кроз сваку област се преламају, обликују и примењују општи појмови међународног јавног права. У том смислу не разликују се много од осталих области међународног јавног права и интеррелације између свих њих.²

У суженом фокусу анализе односа између ових области, намеће се неколико равни – хронолошка тј. еволутивна, теоријска – као нужна подлога разумевања различитости у субјектима права, обавеза и одговорности, те практична – неопходна за сагледавање и разумевање удруженог функционисања ових области.

У хронолошком приказу уочљива је упадљива временска дистанца настајања ових области. Док је међународно хуманитарно право у свом изразу класичног међународног ратног права једна од првих области међународног права, развијана како у обичајноправном, тако и у уговорноправном корпусу норми, међународно кривично право је најмлађа заокружена област међународног права, при том са издиференцираним материјалноправним и процесноправним аспектима.³ Објашњење изражене временске дистанце лежи

² Детаљније о односу наведених области видети у: Шурлан Т., Злочин против човечности у међународном кривичном праву, Београд, 2011, стр. 32-39.

³ Sandoz Y., Penal Aspects of International Humanitarian Law, u: Bassiouni M.C., (ed.), International Criminal Law: Subjects, Sources, Contents, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, str. 293-322.

како у промењеном обиму суверенитета држава, оснаживању принципа хуманости, тако и у промењеној филозофији целокупног међународног права у којој је фокус са обезбеђења суживота држава померен на заштиту појединца од моћи држава.

Управо у процесу спутавања државне силе, самовоље и давања примата животу и благостању појединца у односу на живот и интересе држава простор је отворен за изградњу система међународноправних норми за кривичноправно кажњавање појединаца који фактички злоупотребљавају државни апарат у коме учествују.⁴

Почетак савременог развоја међународног кривичног права различито се одређује у литератури – од покушаја санкционисања немачког цара Вилхелма II и турских званичника за покољ над Јерменима после Првог светског рата, преко Нирнбершког и Токијског поступка после Другог светског рата, те од тренутка креирања Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.⁵ Не улазећи на овом месту у разматрање за и против сваке од предложених одредница, разматрање јуриспруденције међународних кривичних судова у овом раду базираће се само на раду актуелних међународних кривичних судова.

Први, формиран у новијој фази развоја међународног права и још увек активан међународни кривични суд, је Међународни кривични трибунал за Југославију. Иако је овај назив данас одомаћен у јавности, чак и званично у употреби представника овог суда, он ипак није пуни назив под којим је суд формиран. Наиме, овај орган формиран је са изричитим задатком санкционисања за кршење међународног хуманитарног права на простору Југославије и такав му је званичан назив и дат.⁶ У складу са тим је и пуни назив овог тела – Међународни суд за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињених на територији бивше Југославије од 1991. године.⁷

Каталог и дефиниције међународних кривичних дела у потпуности подржавају ову логику. Термин *ратни злочини* појављује се као генусни термин и као специфични термин једног међународног кривичног дела.⁸ Његова

⁴ Pictet J., *Le Droit Humanitaire et la Protection des Victimes de la Guerre*, Sijthoff, 1973, str. 13.

⁵ Палевић М., *Историјски развој међународног кривичног судства: од Хага 1899. до Рима 1998*, у: Зборник радова Правног факултета у Приштини, 2001; Bassiouni M.C., *The Discipline of International Criminal Law*, u: : Bassiouni M.C., (ed.), *International Criminal Law: Subjects, Sources, Contents*, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, str. 3-40.

⁶ Резолуција Савета безбедности Уједињених нација 827 (1993), од 25. маја 1993. године.

⁷ Статут Међународног суда за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињених на територији бивше Југославије од 1991. године; Резолуција Савета безбедности Уједињених нација 1166 (1998), од 13. маја 1998. године, као и низ других резолуција у којима су решавани различити аспекти рада Трибунала.

⁸ Видети: Стојановић З., *Међународно кривично право*, Београд, 2008.

генусна употреба потиче из времена када међународна кривична дела нису била издиференцирана и када су сва кршења правила ратовања била терминолошки одређивана као ратни злочини, иако је у појмовном смислу био издиференциран читав спектар појединачних радњи.⁹ У савременом периоду, међународна кривична дела су издиференцирана¹⁰ и каталози међународних кривичних дела везују се за материјалноправну базу међународног хуманитарног права и међународног права људских права. У случају Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију сва међународна кривична дела дефинисана су спрам ратних сукоба који су се одвијали на простору бивше Југославије и утолико су и базирана на нормама међународног хуманитарног права и у потпуности прате ту логику: тешке повреде Женевских конвенција од 1949 (члан 2), кршења закона и обичаја ратовања (члан 3), геноцид (члан 4) и злочини против човечности (члан 5). Док је за прва два дела већ у самом називу јасно да су опредељени искључиво нормама међународног хуманитарног права, код злочина против човечности дефиниција дела се такође односи само на оне злочине који су почињени током оружаних сукоба, било међународних било немеђународних. На овом месту неопходно је истаћи да у свом општем појму злочини против човечности управо и јесу карактеристични по томе што се могу починити како у доба рата тако и у доба мира.¹¹ Стога, дефиниција злочина против човечности у варијанти прихваћеној у Статуту Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију представља одступање од општег појма с ослонцем на то да је овај суд надлежан само за процесуирање тешких кршења међународног хуманитарног права. Геноцид одступа од ове логике посредством Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године, којом је геноцид дефинисан и која се данас сматра легислативним универзалним уговором, а дефиниција геноцида *jus cogens* правилом, те би утолико измена дефиниције геноцида била подвргнута нешто другачијој процедури.

Идентичне констатације могу се изрећи и за Међународни кривични трибунал за Руанду, те се с правом ови трибунали у литератури називају и трибунали-близанци.

Међународни кривични суд настао је у фундаментално другачијим околностима у односу на трибунале.¹² Трибунали су настали после оружаних сукоба и у потпуности су детерминисани конкретним оружаним сукобима, током којих је и долазило до кршења међународног хуманитарног права. Уто-

⁹ Крећа М., Међународно јавно право, Београд, 2010, стр. 617-622.

¹⁰ Кривокапић Б., Врсте међународних кривичних дела, стр. 169-198, у: : Међународни научни скуп - Релевантна питања примене међународног кривичног права у националном праву – зборник радова, Тара, 2012.

¹¹ Шурлан Т., Злочин против човечности у међународном кривичном праву, Београд, 2011, стр. 259-261.

¹² О процесу формирања видети: Lee R.S., The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International 2002.

лико њихова функција је истински *ad hoc*. Међународни кривични суд, мада настао на идејно-теоријском полету базираном на раду трибунала, формиран је правно-технички на једини исправан начин и његов рад је уперен ка будућим случајевима.¹³ У матрицама потребним за рад тог Суда морало је бити обезбеђено довољно простора за санкционисање кршења, како међународног хуманитарног права, тако и међународног права људских права.¹⁴ Каталог и дефиниције међународних кривичних дела стога прате обе наведене области, остављајући простора за процесуирање дела почињених како у оружаним сукобима тако и у мирнодопским периодима.¹⁵

Ипак, реалност да је извесније очекивати чињење међународних кривичних дела у време оружаних сукоба, него у мирнодопским условима, као и примарни задатак међународне заједнице да очува мир и безбедност, приврженост најважнијим принципима Повеље Уједињених нација, као што је одрицање од претње или употребе силе против територијалног интегритета и политичке независности, приказана је у Преамбули Статута и тиме је утемељена материјалноправна база међународног хуманитарног права међународном кривичном праву.

Као допуну овој констатацији неопходно је споменути и специфичну позицију Савета безбедности Уједињених нација у односу на Међународни кривични суд.¹⁶ Наиме, овај орган, примарно надлежан за ситуације у којима је мир угрожен, има могућност да иницира заснивање надлежности Суда, чиме се додатно потврђује одређеност ка санкционисању кршења правила права оружаних сукоба.

У детаљнијој анализи како дефиниција међународних кривичних дела, тако и одредбе Статута у којој је дефинисано право које ће Суд примењивати, недвосмислено се уочава материјалноправно утемељење Међународног кривичног суда на нормама међународног хуманитарног права.¹⁷

¹³ Видети: Шкулић М., Међународни кривични суд – надлежност и поступак, Београд, 2005.

¹⁴ Meron T., Is International Law Moving Towards Criminalisation, *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 1, 1998, стр. 18-31.

¹⁵ Zimmermann A., Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, *International Criminal Law and Human Rights*, стр.215-226, у: Heinegg W.H., Epping V.(ed.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer, 2007.

¹⁶ Surlan T., Influence of the Security Council on the Jurisdiction of the International Criminal Court and Possible Revision of the Article 16, у: *Thematic Conference Proceedings of International Significance, Archibald Reiss Days*, Vol. II, Belgrade, 2011, стр. 469-480.

¹⁷ Philippe X., Sanctions for violation of international humanitarian law: the problem of the division of competences between national authorities and between national and international authorities, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, 2008, стр. 359-370.

ПРАВО НА КОМЕ НАСТАЈЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА

Раван формирања трибунала, разлози који су довели до њиховог настанка и суштинска веза између међународног хуманитарног права и међународног кривичног права, као што је већ напоменуто, није изричито дефинисана у виду једне правне норме у самим статутима трибунала. Ниједан од статута трибунала не садржи норму о праву које се има примењивати, за разлику од статута других међународних судова као што су Статут Међународног суда правде (члан 38), Статут Међународног кривичног суда (члан 21) или пак Статут Међународног суда за право мора (члан 38). Стога, трибунали ни на једном месту не опредељују као извор права одредбе међународног хуманитарног права, но како су њихова општа надлежност и дефиниције међународних кривичних дела сасвим несумњиво везани за периоде оружаних сукоба и санкционисање за кршење правила којима се уређује вођење оружаних сукоба јасно је да међународно хуманитарно право представља материјалноправну базу, те да ће процењивање реалних чињеница и радњи извршења међународних кривичних дела бити анализирани кроз права и обавезе предвиђене међународним хуманитарним правом како уговорним тако и обичајним.

Приступ Статута Међународног кривичног суда (Римски статут) другачији је. Редактори Статута су сматрали да је неопходно у сам статут унети одредбу којом ће се прецизирати на ком праву ће бити базиран резон Суда. Уосталом, овакав приступ је већ примењен приликом формирања свих међународних судова који су креирани уобичајеном консенсуалном међународноправном техником.¹⁸ Она је неминовност с обзиром на то да су сви ти судови формиран *pro futuro* и да принцип правне сигурности захтева јасно наведене изворе права које ће судови примењивати.

У креирању Римског статута, за разлику од Статута Међународног суда правде нпр., јасно се уочава тензија (по питању примењивог права) између правника континенталног правног и англосаксонског правног система. Док је Статут Међународног суда правде природна последица генезе међународног јавног права, Статут Међународног кривичног суда последица је немоћи националних правних система и нефункционисања националних кривичноправних механизма. Такође, формирањем Међународног кривичног суда дефинитивно се задрло у последњи забран искључиве надлежности државе – кривичноправну јурисдикцију државе. Утолико су и неразумевања и тензије међу припадницима различитих правних система биле упадљивије и комплексније.

¹⁸ Приликом формирања арбитражног суда на Првој хашкој конференцији 1899. године, прихваћен је приступ опредељивања примењивог права (видети Хашку конвенцију о мирном решавању међународних спорова из 1899, члан 48).

Док је у међународном јавном праву природна и општеприхваћена идентична правна снага обичајних правних правила и уговорних правила, на сличан начин као у англосаксонском праву, у систему континенталног права обичајна правна правила или су потпуно „изобичајена“, устукнула пред писаним правом, или пак делују само у оним областима у којима функционише диспозитивно право. У кривичном праву континенталних правних система обичаји по правилу немају место, чак се сматрају и негацијом принципа законитости.¹⁹ Тензија поводом места обичаја у будућем раду Међународног кривичног суда стога довела је до тога да обичајно право, у таквој терминолошкој одредници, буде екскомуницирано из Римског статута, али ипак суштински задржано у формулацији општих правних принципа и начела међународног права.²⁰ Зарад појашњења разлике у терминима, треба нагласити да је у овом члану заправо дошло до збрке каталога извора и каталога врсте међународних правних норми. Наиме, обичаји припадају каталогу извора права, док принципи и начела припадају каталогу врсти међународноправних норми, а могу бити и уговорног и обичајноправног утемељења. Стога, суштински обичаји и даље имају своје место у каталогу члана 21 Статута Међународног кривичног суда.²¹

У најопштијем смислу речено, окосница права на коме међународни суд треба да базира свој рад је статут суда и њему пратећи акти, што је уобичајена и природна последица консенсуалности уговорних страна, прецизирана и дефинисана, како у самом уговору, тако и у пратећим актима који олакшавају примену тог уговора. Управо следом такве логике формулисан је члан 21 Статута Међународног кривичног суда.²² У ставу 1 наводе се: под а) Статут, Елементи кривичних дела и Правила поступка и извођења доказа; под б) уговори и принципи међународног права с посебним апострофирањем права оружаних сукоба, те субсидијарно под ц) општи правни принципи изведени из националних закона светских правних система, те условно закони оних земаља које би иначе биле надлежне у конкретном случају.

Оваквим каталогом извора Суд је директно стављен у позицију ауторитативног тумача норми међународног права оружаних сукоба.²³ Из ове

¹⁹ О карактеристикама принципа легалитета у међународном кривичном праву видети више у: Шурлан Т., Злочин против човечности у међународном кривичном праву, Београд, 2011, стр. 44-63.

²⁰ Kirsh P., *Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court*, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 6, 2007, стр. 501-509.

²¹ Крећа М., Појам међународног кривичног права (МКП), стр. 11-23, у: Међународни научни скуп –Релевантна питања примене међународног кривичног права у националном праву – зборник радова, Тара, 2012.

²² Bitti G., *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC*, стр. 285-304, у: Stahn C., Sluiter G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

²³ Bassiouni M.C., *Introduction to International Humanitarian Law*, стр. 269-292, у: Bassiouni M.C. (ed.), *International Criminal Law: Subjects, Sources, Contents*, Vol.I, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

констатације потом произлази потреба за новелирањем позиције судске праксе као извора међународног права у општем смислу.²⁴ Највероватније је да би та анализа указала на потребу реконципирања судске праксе као извора међународног права, простом чињеницом настанка новог међународног суда, усмереног ка универзалности држава чланица.

Повезана са овом темом је и тема односа између пресуда Међународног кривичног суда и *ad hoc* Трибунала. Као што је већ напоменуто статути трибунала не садрже каталога извора, а у каталог извора Статута Међународног кривичног суда није уврштена судска пракса других међународних кривичних трибунала. Утолико као неминован закључак намеће се да пресуде међународних кривичних судова не стоје у интеррелацији. Практика ипак показује да се међународни кривични судови међусобно ослањају једни на друге, позивају на ставове заузете у пресудама, те тиме посредно утичу на свеукупну потребу за реконципирањем судске праксе као извора међународног права.²⁵

У наставку овог рада, утолико, пратиће се логика свих међународних кривичних судова изражена приликом примене и тумачења међународног хуманитарног права, не улазећи при том у анализу релације међу судовима и јуриспруденцијом.

ТУМАЧЕЊЕ И ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Пређашња анализа права које међународни кривични судови примењују у свом раду показала је да, и поред на изглед неуједначеног базичног приступа статута, заправо примењују исту категорију правила међународног хуманитарног права. Примењујући правила међународног хуманитарног права судови га уједно тумаче, међусобно усаглашавајући ставове, креирајући тиме корпус *dicta* који ће у будућности неминовно повратно утицати на примену и схватање појмова и правила међународног хуманитарног права. С обзиром на

²⁴ Крећа М., Међународно јавно право, Београд, 2010, стр. 96-98.

²⁵ У свом досадашњем раду Међународни кривични суд је истакао да пракса других међународних кривичних судова није обавезујућа – International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Prosecutor v. Kony et al, Decision on the Prosecutor's Position on the Decision of Pre-Trial Chamber II to Redact Factual Description of Crimes in the Warrants of Arrest, Motion for Reconsideration and Motion for Clarification, ICC-02/04-01/05-60, PTC II, 28 October 2005, par. 19; International Criminal Court Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, 8 November 2006, II-01/04-01/06-679, par. 28-34.

Но, и поред тога, Суд се у више наврата позивао и ослањао на ставове Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију - International Criminal Court, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, ICC-01/04-01/06-1049, 30 November 2007; International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, ICC-01/09.

скупчени простор уобичајен за научни чланак на овом месту представићу традиционални и карактеристични појам међународног хуманитарног права – појам унутрашњег оружаног сукоба и допринос међународних кривичних судова у његовом потпуном уобличењу и примену у конкретним ситуацијама.

Међународно хуманитарно право разликује оружани сукоб међународног и не- међународног карактера. Норме међународног хуманитарног права креиране су спрам категорије сукоба који се фактички одвија на терену. Дакле примена одређеног корпуса норми међународног хуманитарног права условљена је претходним одређењем да ли се на терену одвија оружани сукоб међународног или не-међународног карактера. Дефиниције оружаних сукоба при том не постоје у виду једног јединственог правног правила, изграђеног било у корпусу уговорног било обичајног права.

Одређење да ли је неки сукоб не-међународни оружани сукоб, потребно је прецизирати и у односу на друге врсте сукоба, које су различите по свом карактеру тако да се на њих уопште не примењује међународно хуманитарно право, као што су нпр. побуне, револуције, немири, герилски ратови, терористички акти.²⁶

Разликовање ових сукоба није једноставно, а изразито је битно, јер поред тога што одређује којим ће правним правилима бити регулисано понашање страна у сукобу, уједно одређује и врсте одговорности, те да ли ће настати одговорност субјектата међународног права, тј. да ли ће одговорност бити у категоријама међународне кривичне одговорности појединца или само у категоријама кривичне одговорности пред националним правним механизмима.

Одређење појма унутрашњег (не-међународног) оружаног сукоба, у одређеним аспектима, дато је у члану 3 заједничком Женевским конвенцијама из 1949. године, потом у члану 1 Протокола I из 1977. и у члану 1 Протокола II из 1977. године. Свака од ових одредаба одређује неке аспекте или елементе унутрашњег оружаног сукоба, одређујући при том простор у коме се има кретати суд када разматра да ли постоји унутрашњи оружани сукоб, те да ли твори базу за почињење ратног злочина или пак неког другог међународног кривичног дела.²⁷

Приступ одређењу унутрашњег оружаног сукоба заједничког члана 3 у основи је формалистички и његова функција није да дефинише врсту сукоба, већ да одреди минимум правила која се морају поштовати без обзира на врсту

²⁶ Приказ савременог приступа о врстама сукоба види у: Milanovic M., Hadzi-Vidanovic V., A Taxonomy of Armed Conflict, White N., Henderson C. (ed.), Research Handbook on International Conflict and Security Law, http://papers.ssrn.com/sol13/papers.cfm?abstract_id=1988915

²⁷ У Статуту Међународног кривичног трибунала за Руанду као самостално међународно кривично дело дефинисано је дело повреде члана 3 заједничког Женевским конвенцијама и Допунском протоколу II (члан 4).

сукоба. У том смислу овај члан је прескрипција принципа хуманости. У погледу одређења унутрашњег оружаног сукоба опредељује само један елемент – да се сукоб одвија на територији једне државе.²⁸

Протокол II из 1977. године једини је документ који је искључиво намењен регулисању понашања у унутрашњим оружаним сукобима, те се утолито и дефиниција сукоба дата у члану I везује само за примену овог документа и не представља кодификацију обичајноправног или универзалног поимања појма унутрашњег оружаног сукоба.²⁹ Оваква позиција одредбе произлази из простог језичког тумачења, с обзиром на то да је члан I позициониран као опредељење материјалног поља примене Протокола II.

Одређење унутрашњег оружаног сукоба у Протоколу II базирано је на неколико елемената. Наиме, претпоставка је да се сукоб одвија на територији једне државе („Високе стране уговорнице“), између оружаних снага државе и других не-државних организованих наоружаних група које су под одговорном командом, контролишу део територије и воде непрекинуте организоване војне операције примењујући Протокол II. У ставу 2 члана I истиче се да се Протокол II „неће примењивати на ситуације унутрашњих немира и затегнутости, као што су побуне, изоловани и спорадични акти насиља и остали акти сличне природе, јер то нису оружани сукоби“.

У склапању општег појма унутрашњег оружаног сукоба учествује и одредба Протокола I из 1977. Овим уговором регулише се понашање у међународним сукобима, односно сукобима између две или више држава (страна уговорница), чак и уколико није признато ратно стање. Одређење међународног оружаног сукоба фигурира у члану 2, заједничком свим Женевским конвенцијама из 1949. године и има функцију одређења поља примене конвенција. У Протоколу I поље примене је проширено, тако да се поред међународног сукоба одређеног заједничким чланом 2, под међународним сукобима имају сматрати и „оружани сукоби у којима се народи боре против колонијалне доминације

²⁸ Члан 3: „У случају оружаног сукоба који нема карактер међународног сукоба и који избије на територији једне од високих страна уговорница, свака од страна биће дужна да примењује бар следеће одредбе: (...)“

²⁹ Тренутни статус ове одредбе предмет је оштрих теоријских неслагања. Једна школа мишљења сматра да је протеком времена ова дефиниција добила статус обичајноправне дефиниције и тиме изашла из оквира уско посматраног Протокола II. Друга школа мишљења заступа тезу да Протокол II није добио универзалну подршку, те тиме ни дефиниција унутрашњег оружаног сукоба у члану I не може имати другачији статус. Овај став базира се само донекле на самом броју држава чланица (има их 166, што представља велику већину држава данашње међународне заједнице), већ пре на околности да међу државама чланицама нису Индија, Израел, Пакистан, Турска, САД, Мексико. О статусу Протокола II видети: Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Clarendon Press, 1989, стр. 72-199; Christopher Greenwood, *Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols*, у: Astrid J.M. Delissen, Gerard J. Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, стр. 93-114.

и стране окупације и против расистичких режима, користећи се правом народа на самоопредељење...“ Оваквим решењем појам међународног, а тиме и немеђународног сукоба радикално је промењен, а разликовање сукоба додатно закомпликовано. Решење наведеног члана 1, става 4, несумњиво одговара духу целокупног Протокола I и уопште духу женевског права утемељеног на принципу хуманости. Проширење поља примене правила која доприносе заштити људи и која максимализују принцип хуманости јесте добродошло и ова логика је примењивана и у раду међународних кривичних судова.

Но, са становишта уобличавања општег појма унутрашњег оружаног сукоба ова одредба унела је битну измену. Сва одређивања унутрашњег оружаног сукоба до Протокола I, па и после, као битан елемент садржала су његово одвијање унутар територије једне државе. На овом месту потребно је нагласити да по већинском ставу теорије Протокол I има статус универзалног уговора, као и став да су темељне одредбе овог уговора прешле у корпус обичајног права.

У сваком случају мора се барем констатовати тренд да сама околност одвијања оружаног сукоба унутар територије једне државе није довољна за опредељевање да се ради о унутрашњем оружаном сукобу, већ је потребно увести и друге елементе како би се заокружио појам оружаног сукоба.

Приказани основни нормативни оквир појма унутрашњег оружаног сукоба са становишта међународног хуманитарног права је материјалноправна база са којом су се сусрели превасходно трибунали. У статуте трибунала није уведена ни једна одредба унутрашњег оружаног сукоба. Процесуирање за кршење правила вођења унутрашњег оружаног сукоба дата су у склопу општих формулација међународних кривичних дела. У Статуту Међународног кривичног трибунала за бишу Југославију у оквиру тешких повреда Женевских конвенција из 1949. и кршења закона и обичаја рата, а у Статуту Међународног кривичног трибунала за Руанду у оквиру повреде члана 3 заједничког Женевским конвенцијама и Допунском проколу II. У Статуту Међународног кривичног суда приступило се одређивању појма унутрашњег оружаног сукоба у склопу одредбе којом је дефинисан ратни злочин, пратећи разумењу и комплексну структуру ове одредбе.

У раду сваког од споменутих судова судска већа су била у ситуацији да применом постојећих правних прописа установе да ли је конкретан случај унутрашњи оружани сукоб. Међународни кривични трибунал за бившу Југославију у свом првом случају Тадић, нашао се у ситуацији да резонује управо о овом питању. Став који је Трибунал заузео, после прегледа нормативног оквира, те теоријских схватања, сумиран је на следећи начин:

„70. На основу горе наведеног сматрамо да оружани сукоб постоји свуда где се прибегло оружаном сили између држава или продуженом оружаном насиљу између власти и организованих наоружаних група, или пак између таквих група унутар једне државе. Међународно хуманитарно право примењује се

од почетка таквих оружаных сукоба све до после престанка непријатељстава, односно све до закључења мира или у случају унутрашњих сукоба, све док се не пронађе мирно решење. Све до тог тренутка, међународно хуманитарно право примењује се на целокупној територији зараћених држава или у случају унутрашњих сукоба, на целокупној територији под контролом стране у сукобу, без обзира воде ли се тамо борбе или не (...)“³⁰

Функција овако израженог схватања, са становишта конкретного предмета, била је опредељивање примењивог права, тј. стварне надлежности. Трибунал је у односу на то питање заузео изразито екстензиван приступ пратећи логику принципа хуманости. Но, овај став неслућено је надмашио своју примарну функцију.

У међународноправној литератури цитирани став карактерише се као писани израз обичајноправног поимања унутрашњег оружаног сукоба.³¹ У случају да је обичајноправни статус комплексан за доказивање, аутори сматрају да му је статус понајмање *obiter dictum*.³² Тако високо рангирање, давање тако утицајног места у целокупном систему међународних норми ставу једног *ad hoc* тела, темељи се на његовом потоњем животу, тј. односу који су остали органи и судови међународне заједнице заузимали у односу на њега. На овај став као меродаван позивали су се генерални секретар УН-а,³³ али и Комисија за међународно право.³⁴

Потом Трибунал за Руанду се на овај став позивао и ослањао у случајевима Акајесу³⁵ и Рутаганда³⁶, а Специјални суд за Сијера Леоне у случају Фофана³⁷.

³⁰ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Тадић, Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда, 2. октобар 1995, пар. 70.

³¹ Sivakumaran S., Identifying an Armed Conflict not of International Character, у: Stahn C., Sluiter G. (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, стр. 363-380; Sivakumaran S., Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict, *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2011, стр. 219-264; Moir L., Grave Breaches and Internal Armed Conflicts, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 7, стр. 763-787.

³² *Ibid.*

³³ Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka, 31 March 2011, at para. 181; Children and Armed Conflict: Report of the Secretary-General, A/62/609-S/2007/757, 21 December 2007, at para. 5, n. 2.

³⁴ United Nations International Law Commission, First Report on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, A/CN.4/627, 22 March 2010, at para. 30 (Draft Article 2(b)).

³⁵ International Tribunal for Rwanda, Akayesu case, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 619.

³⁶ International Tribunal for Rwanda, Rutaganda case, Trial Chamber Judgment, 6 December 1999, para. 92.

³⁷ Special Court for Sierra Leone, Fofana et al, Decision on Appeal against 'Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence', Appeals Chamber Decision of the Special Court for Sierra Leone, Separate Opinion of Justice Robertson, 16 May 2005, para. 32.

Ипак, најзначајније за будуће случајеве пред међународним кривичним судовима и за будуће поимање унутрашњег сукоба као појма међународног хуманитарног права мора се навести однос Међународног кривичног суда према цитираном ставу. Наиме, у предметима пред овим Судом судска већа су се на став Трибунала за бившу Југославију позивала у случајевима Лубанга³⁸ и Бемба Гомбо³⁹. Но, поред јуриспруденције, далеко најзначајнија је имплементација цитираног става у сам Статут Међународног кривичног суда у члану 8.⁴⁰

Приступајући анализи цитираног става Трибунала за бившу Југославију јасно се уочава општост одређења, непостојање прецизираних елемената за идентификацију оружаних сукоба и, уопште узевши, отворени приступ. Тенденција ослобађања од конкретних услова или елемената који се морају кумулативно градити последица је другачијег читања целокупног међународног хуманитарног права, па и међународног права људских права и општих принципа међународног права. Сплет наведене три групације са међународним кривичним правом суштински опредељује управо међународно кривично право и начин целокупног процесуирања починиоца међународних кривичних дела – почев од тога ко конкретно долази у фокус интересовања међународне заједнице, па до самог процедуралног поступка доказивања. Стога основна тенденција јесте проширивање поља примене међународног хуманитарног права посредством примене принципа хуманости као руководног начела и уопште померање фокуса међународног јавног права са примарног интереса државе на примарни интерес појединца. Трибунал за бившу Југославију недвосмислено је вербализовао нове токове поимања међународног права:

*„97. (...) Приступ оријентисан на суверенитет држава постепено је замењен приступом оријентисаним на човека. Постепено је максима римског права *hominis causa ante jus constitutum est* (све право је створено на добробит човека) стекла чврст ослонац и у међународној заједници. Из тога следи да на подручју оружаног сукоба разлика између међународних и унутрашњих ратова губи на вредности када су у питању људска бића. Зашто штитити цивиле од ратног насиља, проscribeвати силовање, мучење или безобзирно уништавање болница, цркава, музеја или приватне имовине, забранити оружје којим се наноси непотребна патња, када ратују државе, а одустати од доношења истих забрана и заштитних мера када насиље избије „само“ на територији једне суверене државе? (...)“⁴¹*

³⁸ International Criminal Court, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, at para. 233.

³⁹ International Criminal Court, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges, 15 June 2006, at para. 229.

⁴⁰ Sivakumaran S., Re-envisioning the International Law of Internal Armed Conflict, European Journal of International Law, Vol.22, No.1, 2011, стр. 219-264.

⁴¹ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Тадић, Одлука по интерлокуторној жалби одбране на надлежност суда, 2. октобар 1995, пар. 97.

У односу на конципирање појма унутрашњег оружаног сукоба илустративан је и следећи став:

„25. Када се на основу заједничког члана 3 неки оптужени терети за кршење члана 3 Статута, питање да ли се ради о оружаном сукобу међународног или немеђународног карактера није релевантно. Заједнички члан 3 налаже зараћеним странама да се придржавају одређених темељних хуманитарних стандарда тако што ће обезбедити „примену оних правила хуманости која су цивилизовани народи прихватили као суштинска (...) У одредбама заједничког члана 3 и универзалним и регионалним инструментима људских права постоји заједничко „језгро“ фундаменталних стандарда који увек важе, у свим околностима и за све стране сукоба и од којих нема одступања. У светлу опште примењивости одредби заједничког члана 3, нема потребе да Претресно веће даје дефиницију карактера сукоба у овом предмету.“⁴²

Унутрашњи оружани сукоби ипак јесу рашчлањивани на елементе и поред приказаног општег отвореног приступа. Елементи који су се кристалисали у раду међународних кривичних судова у потпуности су пратили уобичајени каталог елемената, додатно их кристалишући и прецизирајући. Груписани су у две целине - *rationae personae* и *rationae materiae*. Елемент *rationae personae* односи се на оружану групу. Да би се оружана група могла сматрати страном у унутрашњем оружаном сукобу потребно је задовољава елементе одређеног нивоа организованости, да контролише одређену територију и на њој спроводи *de facto* власт подржана или призната од стране већине становништва које представља и да се придржава правила међународног хуманитарног права.⁴³ Елемент *rationae materiae* ближе опредељује карактер оружаног сукоба карактеристикама као што су интензитет, организованост, план, трајност.

Из пређашњег приказа нормативног оквира јасно се уочава да наведени елементи нису нигде конципирани на овакав начин. Ипак, теорија с ослонцем на обичајно право познаје управо овако конципиране елементе оружане групе као ратујуће стране. Јуриспруденција међународних кривичних судова несумњиво их чврсто утемељује у корпус не само међународног кривичног права, већ и међународног хуманитарног права јасно показујући у ком правцу треба разумевати и примењивати одредбе међународног хуманитарног права.

У раду трибунала може се уочити постојање извесног дијапазона приликом процењивања сваког конкретног елемента. Стога, као резултанта сваке од њих закључак који се намеће је – флексибилност у приступу диригована принципом хуманости, посматрајући сукоб кроз дужи временски период.

⁴² Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Халиловић, Пресуда од 16. новембра 2005, пар. 25.

⁴³ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Лимај и др., Пресуда, 30. новембар 2005, пар.89.; International Criminal Tribunal for Rwanda, Akayesu case, Judgement, september 1998, p. 625-626; Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Милошевић, Одлука по предлогу за доношење ослобађајуће пресуде, 16. јун 2004, пар. 23, пар.3 6.

И на крају неминовно се мора цитирати став Трибунала за бившу Југославију да наведени елементи нису услов, али јесу путања по којој судско веће треба да се креће приликом резонувања да ли се неки оружани сукоб има третирали као унутрашњи оружани сукоб или не.⁴⁴ Процењивање следом наведених елемената има значајнију улогу у одређивању разлике унутрашњи оружани сукоб, спрам свих других облика оружаног сукобљавања (затегнутости, немири, побуне и сл.) који не потпадају под регулативу међународног хуманитарног права, него ли у разликовању у односу на међународни сукоб.⁴⁵

Детаљним прегледом ставова Трибунала уочава се извесна недоследност у процени елемената, па чак и извесна лутања. Контрадикторности су, чини се, најупечатљивије у предметима Лимај и Милошевић.

Статут Међународног кривичног суда, у делу који се односи на одређивање унутрашњих оружаных сукоба, уводи ставове јуриспруденције трибунала. Тиме се показује еволутиван ток међународног кривичног права, али и след примене и тумачења међународног хуманитарног права. Ратни злочини у Статуту Међународног кривичног суда дефинисани су директном применом и позивом на међународно хуманитарно право, а индиректно и на судску праксу других међународних кривичних судова.

У погледу опредељења појма унутрашњих оружаных сукоба као појма ратног злочина може се уочити градативан приступ који у потпуности прати постојећи нормативни оквир. Тако се у члану 8, став 2(ц) инкриминише грубо кршење заједничког члана Женевских конвенција из 1949. године. У наставку става 2, под д), напомиње се да се пређашње решење односи само на унутрашње оружане сукобе, а не и на унутрашње немире, затегнутости, побуне, изоловане и спорадичне акте насиља и сл. Следећи ниво инкриминисања, који се везује за члан 8, став 2 (е), опредељује радње извршења ратних злочина у унутрашњим оружаним сукобима и списак радњи проширује и на груба кршења закона и обичаја који се примењују у унутрашњим оружаним сукобима, унутар установљеног нормативног оквира међународног права. Појашњење појма унутрашњи оружани сукоб за потребе овог става дато је у ставу 2(ф). У првом делу овог става наглашава се да се он неће односити на ситуације унутрашњих немира и затегнутости, а потом у наставку се опредељује унутрашњи оружани сукоб речима – оружани сукоби који се дешавају на територији државе када постоји продужени конфликт између органа власти и организованих оружаних група или између самих група. Овакво одређење идентично је ставу Трибунала за бившу Југославију исказаном у члану 70 Одлуке о надлежности у случају Тадић. Тиме је став Трибунала прерастао у уговорну одредбу, суштин-

⁴⁴ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Милошевић, Одлука по предлогу за доношење ослобађајуће пресуде, 16. јун 2004, пар. 23, пар. 38.

⁴⁵ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Тадић, Пресуда и мишљење, 7. мај 1997, пар. 562; Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Предмет Кордић и Черкез, Пресуда, 17. децембар 2004, пар. 341.

ски утичући на будуће поимање и третирање унутрашњих оружаных сукоба, и то не само као појма ратног злочина, већ као појма међународног хуманитарног права.

У перспективи која се посматра у овом раду – утицаја рада међународних кривичних судова и резона међународног кривичног права на примену и тумачење међународног хуманитарног права, за потпуно и уобличено сагледавање наведених алинеја става 2, члана 8 Статута Међународног кривичног суда, важан је и сам ток редиговања наведених одредби, али изражена свест о односу између области међународног хуманитарног права и међународног кривичног права. По својој логици и функцији, из различитих углова посматрају исти појам, али на крају се ипак спајајући у заједничкој пресецајућој тачки.

У погледу јуриспруденције Међународног кривичног суда, на десетогодишњицу рада суда изречена је права пресуда, у случају Лубанга. У овом случају Суд је анализирао појам унутрашњег оружаног сукоба, те тако и из само једне постојеће пресуде већ имамо увид у однос Међународног кривичног суда према овом појму.⁴⁶

Наиме, у Пресуди се хронолошки приказују ставови Претресног и Расправног већа. Претресно веће се везало за одређење унутрашњег оружаног сукоба у Протоколу II као и члану 70 Одлуке о надлежности у случају Тадић пред Трибуналом за бившу Југославију, сумирајући ове одредбе у закључак да се као унутрашњи оружани сукоб може сматрати сукоб у коме делују оружане групе са одређеним степеном организованости и способности да планирају и спроведу војне операције.⁴⁷ Расправно веће истиче да се у самом Статуту у члану 8, став 2(ф) захтева само постојање продуженог конфликта између оружаных група и не захтева се контрола над делом територије нити постојање одговорне команде.⁴⁸ Уместо тога, Суд сумира, окосница унутрашњег оружаног сукоба је организована оружана група која се као таква сматра уколико има довољан степен организације који потом омогућава да се насиље спроводи континуирано. Фактори који учествују у констатовању да је једна група оружана група су унутрашња хијерархија, командна структура, правила, поседовање војне опреме, способност групе да планира и спроведе војне операције, те озбиљност и интензитет војног ангажовања. Наводећи све ове параметре Суд подвлачи да ниједан није појединачно одлучујући и да се приликом процењивања оружаных групе увек треба владати флексибилно.⁴⁹

⁴⁶ Међународни кривични суд, Предмет Лубанга, Пресуда од 14. марта 2012, пар. 531-567.

⁴⁷ *Ibid.*, пар. 535.

⁴⁸ *Ibid.*, пар. 536.

⁴⁹ *Ibid.*, пар. 537.

ЗАКЉУЧАК

Утицај ставова међународних кривичних судова на схватање међународног хуманитарног права увелико остварује свој непосредни вид у односу према свим оним појединцима који су се нашли пред тим судовима. Но, значај ових ставова треба имати у виду и за будућност и то у односу на све субјекте међународног права. Наиме, не улазећи у тему позиције судске праксе међународних кривичних судова у поретку извора међународног права, судска већа и ставови које она износе у пресудама имају своју тежину и остварују утицај у целокупном поимању и развоју међународног јавног права.

С таквом свешћу изузетно је значајно познавати јуриспруденцију међународних кривичних судова, едуковати о томе све оне који се могу наћи у ситуацији да примењују међународно хуманитарно право и мислити о одговорности за кршење међународног хуманитарног права, и то како о међународној грађанској одговорности држава, тако и о међународној кривичној одговорности појединаца.

Tijana Surlan

**INFLUENCE OF INTERNATIONAL CRIMINAL
COURTS JURISPRUDENCE ON UNDERSTANDING OF
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

Summary

In the past decade and a half international criminal courts have been very active, producing huge amount of various kinds of decisions and judgements. Each of them contains certain interpretation of substantive law basis that lies within very foundations of international criminal courts. This article is a short study on applicable law and manner that international criminal courts have been governed by while deciding. Focus of the article is on the notion of non international armed conflict, as one of the classical international humanitarian law terms, but yet vague enough to impose on courts tasks for clarification. This very notion is interesting one especially from the point of view of changed classification of armed conflicts. Proper understanding of what is understood under the term of non international armed conflict is of great importance for the application of proper set of norms.

СТАЛНЕ ДИПЛОМАТСКЕ МИСИЈЕ КАО ОБЛИК ПРЕДСТАВЉАЊА ДРЖАВА ПРИ МЕЂУНАРОДНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА

Његослав Јовић*
Милан Милковић**

Апстракт: У овом раду аутори су се првенствено осврнули на сталне дипломатске мисије при међународним организацијама, док су мисије делегација држава на међународним конференцијама сазваним од стране међународних организација или под њиховим окриљем, као и посматрачке мисије држава нечланица међународних организација у другом плану.

Аутори су пошли од историјског развоја дипломатских мисија држава при међународним организацијама, настанка првих сталних дипломатских мисија, те њиховог регулисања у Бечкој конвенцији о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера.

Посебно се пажња посветила формирању сталних мисија држава при Уједињеним нацијама као највећој универзалној међународној организацији, мада се нису запостављале ни друге међународне организације, као што је Европска унија.

Кључне ријечи: сталне дипломатске мисије, представљање држава при међународним организацијама, Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера, привилегије и имунитети сталних дипломатских мисија.

1. УВОД

Мултилатерална дипломатија је за разлику од билатералне дипломатије, која је имала дугу историјску традицију, институт међународног права новијег

*Његослав Јовић, дипл. правник – мастер међународног права, приправник у „ЕКО БЕЛ-у“ д.о.о. Лакташи.

**Милан Милковић, дипл. правник – мастер међународног права, приправник у Окружном тужилаштву Републике Српске у Бањој Луци.

датума те се у правом облику јавља тек у XIX вијеку. Она је настала када су државе почеле да рјешавају међусобна спорна питања од општег међународног интереса стварањем заједничких тијела, комисија, путем конференција, конгреса, других међународних скупова држава и формирањем првих међународних организација а тичу се свих, или већине држава.

Под мултилатералном (вишестраном) дипломатијом професори Аврамов и Крећа сматрају да се подразумијева „организована сарадња између субјеката међународног права, на основу утврђених правила процедуре. Њена основна карактеристика је јавност рада, јер се обавља, по правилу путем јавних дебата, а посредством средстава масовних комуникација може да утиче на јавно мњење широм свијета и обрнуто; код вишестране дипломатије јавно мњење игра далеко значајнију улогу него код традиционалне дипломатије. По тим својим особинама вишестрана дипломатија испољава се и као један облик демократизације међународне политике, која може да допринесе интеграцији међународне заједнице“¹. Они сматрају да је мултилатерална дипломатија „последница друштвених промјена у свијету, технолошке револуције и развоја саобраћаја“².

Основна подјела мултилатералне дипломатије је на сталну и привремену или *ad hoc* дипломатију. Под сталном мултилатералном дипломатијом подразумијева се дјелатност сталне мисије држава при међународним организацијама у складу са Бечком конвенцијом о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера из 1975. године, док се под привременом или *ad hoc* мултилатералном дипломатијом подразумијева дјелатност делегација држава приликом одржавања конгреса, конференција и других међународних скупова држава а њихов положај је поред Бечке конвенције, првенствено регулисан Конвенцијом о имунитетима и привилегијама УН из 1946. године.³ Из претходне дефиниције се види да је основна разлика између сталне и *ad hoc* мултилатералне дипломатије у времену трајања мисија држава. Код првих је стална мисија држава акредитована на дужи временски период код међународне организације, док су делегације држава акредитоване само за конкретан скуп који може, али и немора да организује међународна организација. Такође, обим привилегија и имунитета између сталних мисија и делегација није исти и често је регулисан различитим конвенцијама.

У наставку рада ћемо се осврнути на развој сталних мисија држава при међународним организацијама.

¹ С. Аврамов, М. Крећа, Међународно јавно право, Београд, 1997, стр. 134.

² *Ibid*, стр. 134.

³ Д. Ђ. Дашић, Савремена дипломатија, Београд, 2008, стр. 95.

2. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И УСПОСТАВЉАЊЕ ПРВИХ СТАЛНИХ ДИПЛОМАТСКИХ МИСИЈА ДРЖАВА ПРИ МЕЂУНАРОДНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА

2.1. Прве сталне мисије држава код ентитета који имају међународни карактер

До оснивања Друштва народа мултилатерална дипломатија се одвијала у облику конференција и конгреса. Њени почеци се срећу и прије Бечког конгреса из 1815. године. Настанком међународних организација настаје потреба и за отварањем сталних мисија држава при међународним организацијама.

Како се сарадња држава у оквиру првобитних заједничких комисија и тијела развијала, долазило је до потребе да представници држава буду константно присутни у сједишту комисије или тијела. Њихов положај није био посебно дефинисан и државе сједишта су им својим унутрашњим прописима давале привилегије и имунитете ослањајући се на правила која су владала у билатерној дипломатији. На овај начин настала су прва правила која се односе на рад сталних мисија држава при међународним комисијама и тијелима а касније и при међународним организацијама. Упоредо са настајањем ових правила закључивани су и први међународни уговори који су садржавали одредбе које се тичу сталних мисија.

Првобитно су настајале ријечне комисије. Једна од њих је стална Комисија за пловидбу Рајном. Она је настала 1804. године уговором између Немачког царства и Француске. Чланови Комисије су имали скроз ограничене привилегије и имунитете да би француска влада једностраним актом доста касније изједначила њихов положај са дипломатским представницима држава у Паризу.

Конвенцијом о контингентима Панамског (Панамеричког) конгреса из 1826. године формиран је посебан орган (специјална комисија) Commission Directiva за конфедералну атланску флоту која је била сталног карактера и састојала се од три члана. Њу су чинили представници Колумбије, Централне Америке и Мексика. Чланови Комисије су међународним уговором имали признате дипломатске привилегије и имунитете на нивоу сталних мисија држава у билатералној дипломатији.⁴

Берлинским актом о пловидби Конгом из 1885. године основана је Међународна комисија за Конго. Њени чланови су били изједначени са дипломатским представницима држава по питању привилегија и имунитета али само за

⁴ Упор. Ф. Турчиновић, Сталне мисије при Уједињеним нацијама као облик представљања држава, Цетиње, 1994, стр. 16; М. Митрић, С. Ђорђевић, Дипломатско и конзуларно право, Београд, 2007, стр. 234.

вријеме вршења својих функција.⁵

Стални комитет Института за пољопривреду у Риму који је претеча Организације Уједињених нација за пољопривреду и исхрану (FAO) основан је 1906. године и није имао обезбјеђен правни положај међународним уговором, већ је то питање ријешила Италија својим законом од 20. јуна 1930. године којим је гарантовала члановима Сталног комитета Института дипломатске имунитете у вршењу својих функција.⁶

Међународна унија америчких држава настала је на Конференцији у Рио де Жанеиру 1906. године. Влада САД-а је члановима Управног одбора Уније из држава са којима је имала дипломатске односе, признавала дипломатски статус, док су представницима држава са којима САД није имала дипломатске односе, привилегије и имунитети признати тек на Петој конференцији Уније која је одржана 1923. године у Сантјагу де Чилеу.⁷

2.2. Сталне мисије држава при Друштву народа и Уједињеним нацијама

Почетком рада сталних мисија држава при међународним организацијама у савременим научним и стручним расправама узима се отварање сталног дипломатског представништва Пољске у Женеви 1920. године након оснивања Друштва народа 1919. године као прве опште међународне организације држава која је имала за циљ да очува мир, организује међународну сарадњу у интересу благостања човјечанства и изнађе рјешење међународних спорова мирним путем. У оквиру Друштва народа се није посветила посебна пажња сталним мисијама те оне нису регулисане посебном конвенцијом. Пакт Друштва народа не спомиње сталне мисије нити се из његових одредаба може закључити да их он предвиђа. Пакт садржи само у члану 7. став 4. одредбу да „представници чланица Друштва народа и његови службеници у вршењу својих дужности уживају дипломатске привилегије и повластице“. Друштво народа у току свог постојања није закључило Уговор о сједишту са Швајцарском којим би могао отклонити пропусте Пакта по питању сталних мисија држава. Статус Друштва народа је регулисан размјеном писама између швајцарске владе и Генералног секретара Друштва народа тј. *modusom vivendi*. Ни наредним *modusom vivendi* из 1926. године није регулисано питање сталних мисија. Швајцарска је својом одлуком из 1922. године изједначила положај дипломатских представника акредитованим при Друштву народа са дипломатским представницима држава акредитованим у Берну.

⁵ М. Бартош, Међународно јавно право, II књига, Београд, 1956, стр. 501.

⁶ М. Митрић, С. Ђорђевић, стр. 235.

⁷ *Ibid*, стр. 235.

Држава која је упућивала сталну мисију је акредитовала своју сталну дипломатску мисију у Берну, као своју сталну мисију и при Друштву народа у Женеви. Државе су у оквиру својих министарстава вањских послова формирале посебне службе које су сарађивале са Секретаријатом Друштва народа. Међутим, временом су почеле да поред дипломатских (билатералних) представништава у Берну, оснивају посебна дипломатска представништва акредитована при Секретаријату Друштва народа у Женеви чији се број временом све више повећавао. 1922. године било је формирано 7 сталних дипломатских мисија држава при организацији, 1928. године било их је 14, 1937. године било их је 29 а 1937. године било их је 36.⁸

Оснивањем Уједињених нација 1945. године и усвајањем Повеље, сталне мисије држава нису јасно регулисане. Повеља не спомиње сталне мисије држава при Уједињеним нацијама као генерално правило. Међу одредбама Повеље које се односе на чланице Генералне скупштине изостале су одредбе о сталним мисијама. У члану 105. Повеље стоји:

„(1) Организација ужива на територији сваке своје чланице привилегије и имунитете који су јој потребни ради постигнућа њених циљева.

(2) Представници чланица Уједињених нација и чиновници Организације уживају исто тако привилегије и имунитете који су им потребни да би потпуно независно вршили своје функције у вези с Организацијом.“

Из овог члана се не може јасно утврдити да ли се државама дозвољава формирање сталних мисија или се овај члан односи на делегације, односно привремене мисије.

Повељом су једино предвиђене сталне мисије држава чланица Савјета безбједности. Члан 28. став 1. Повеље гласи: „Савјет безбједности се организује тако да може стално да врши своје задатке. Ради тога обавезно је да сваки члан Савјета безбједности буде у свако доба заступљен у сједишту Организације“.

Правни положај сталних мисија при Уједињеним нацијама дјелимично је регулисан Споразумом о сједишту Уједињених нација који је закључен 1947. године између Уједињених нација и САД-а. За европски центар УН-а у Женеви рјешење је нашла швајцарска влада у својим унутрашњим прописима 1948. Године.⁹ Уједињене нације су 1946. године усвојиле Конвенцију о привилегијама и имунитетима Уједињених нација којима су регулисали привилегије и имунитете Уједињених нација према члану 104. и члану 105. Повеље УН.¹⁰

Генерална скупштина УН-а је усвојила резолуцију 257/III 3. децембра 1948. године у којој истиче да се развила пракса формирања сталних мисија држава при УН-у. Такође је усвојила Резолуцију 371/IV у децембру 1949. године којом се дјелимично регулише положај сталних мисија држава при УН-у.

⁸ М. Митрић, С. Ђорђевић, стр. 236; Ф. Турчиновић, стр. 18; Д. Ђ. Дашић, стр. 93.

⁹ М. Митрић, С. Ђорђевић, стр. 237.

¹⁰ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2001, стр. 684.

Скупштина је задужила Комитет за односе са државом сједишта који је основан Резолуцијом 2819/XXVI да прати безбједност мисија и њиховог особља.

2.3. Сталне мисије држава при осталим међународним организацијама са посебним освртом на Европску унију

Оснивањем Уједињених нација почиње и нагли развој формирања међународних организација а самим тим и сталних мисија држава при тим међународним организацијама. Почеле су се оснивати специјализоване агенције и сродне организације које су под окриљем Уједињених нација а државе су због све разгранатије мреже истих почеле и при њима формирати сталне мисије.

Већина држава има формиране сталне мисије и код регионалних међународних организација као што су Сјеверноатлански савез (НАТО), Организација за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС), Савјет Европе, Европска унија (ЕУ), Организација америчких држава и др.

Од набројаних регионалних међународних организација у наставку рада посветићемо пажњу сталним мисијама држава при Европској унији.

Европска унија, од задњег проширења из 2007. године, када су чланице ЕУ постале Бугарска и Румунија, броји 27 држава чланица. Све државе чланице ЕУ су формирале сталне мисије, односно стална представништва у Бриселу при ЕУ у виду изванредних и опуномоћених амбасадора као сталних представника.¹¹

Европска унија има и посебно тијело, Комитет сталних представника (COREPER) који чине амбасадори држава чланица ЕУ.¹² Оно је помоћно тијело Савјета Европске уније који се састоји из два нивоа COREPER I и COREPER II. COREPER I као нижи ниво, састоји се од замјеника сталних представника држава и задужен је за техничка питања као и за промет, животну средину и социјална питања. COREPER II као виши ниво, састоји се од сталних представника држава на нивоу амбасадора и задужен је за политичка, економска, финансијска и институционална питања.¹³

Поред држава чланица ЕУ, сталне мисије су основале и државе кандидати за чланство у ЕУ, а такође и државе које су политички партнери ЕУ са других континената.¹⁴ Акредитивна писма будући амбасадори држава при ЕУ предају пресједнику Савјета Европске уније.

¹¹ Види шире http://brussels.cta.int/download/en/liste_rep_permanentes_en.pdf.

¹² www.europa.eu/newsroom/calendar/event/291099/coreper-ii.

¹³ www.europa.eu/legislation_summaries/glossary/coreper_en.htm.

¹⁴ Види шире http://ec.europa.eu/dgs/jrc/downloads/enlargement/eia2010/list_of_permreps_and_missions.pdf.

3. РЈЕШЕЊЕ УТВРЂЕНО БЕЧКОМ КОНВЕНЦИЈОМ О ПРЕДСТАВЉАЊУ ДРЖАВА У ЊИХОВИМ ОДНОСИМА СА МЕЂУНАРОДНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА УНИВЕРЗАЛНОГ КАРАКТЕРА

Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера је усвојена 14. 03. 1975. године. Приликом гласања за текст Конвенције биле су уздржане државе сједишта најважнијих међународних организација и то: САД, Швајцарска, Канада, Француска и друге, док је Белгија гласала против. Конвенција још увијек није ступила на снагу јер је неопходно да је ратификују државе сједишта међународних организација, а оне то до данас нису урадиле.

Овом Конвенцијом је извршена кодификација последњег, четвртог дијела дипломатског права. Конвенцијом је уређено питање положаја и статуса сталних мисија држава при међународним организацијама, док је питање именовања и статуса сталних мисија међународних организација код држава као и именовање и статус сталних мисија које међународне организације међусобно размјењују остало још увијек некодификовано.

Овом Конвенцијом је уређено и питање сталних посматрачких мисија. Многе државе су имале резервисан став према сталним посматрачким мисијама али су биле спремне да прихвате члан 7. нацрта Комисије за међународно право уз амандмане на конференцији због положаја Швајцарске која није чланица Уједињених нација а имала је сталну посматрачку мисију у Њујорку.¹⁵ Конвенција је прихватила принцип да државе које нису чланице међународне организације шаљу сталне посматрачке мисије у складу са правилима сваке међународне организације.

3.1. Успостављање сталне мисије и акредитација чланова мисије

Одлуку о акредитовању сталне дипломатске мисије при међународној организацији држава доноси суверено, у складу са својим потребама, економским и политичким интересима.¹⁶ Конвенција предвиђа могућност да и државе нечланице, ако то правила организације дозвољавају успостављају своје мисије посматрача.

¹⁵ J. G. Fennessy, The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their relations with International Organizations of a universal character, AJIL, Vol. 70, No. 1, 1976, стр. 68.

¹⁶ Д. Ђ. Дашић, стр. 97.

Именовање шефа мисије и других чланова мисије врши држава на основу унутрашњих прописа. Обично акредитивна писма за шефа мисије и остале чланове мисије издаје: шеф државе, предсједник владе, министар иностраних послова или други надлежни орган. Држава именовања у акредитивном писму може навести да је исто лице овлаштено да дјелује у својству делегата при једном или више органа међународне организације. Чланове мисије држава именује по свом избору.

Држава именовања има обавезу да о својој одлуци о успостављању сталне мисије, акредитовању шефа мисије и осталих чланова мисије, њиховом доласку и одласку, као и о доласку и одласку чланова њихових породица, чланова домаћинства, те промјени њиховог статуса и престанку њихових функција обавјести организацију. Исту обавезу има организација према држави сједишта. У случају УН-а, држава чланица обавјештава Секретаријат УН-а. Протокол Секретаријата прослеђује акредитације Комитету за односе са државом сједишта¹⁷, а овај их дистрибуира надлежном органу државе домаћина надлежном за односе са организацијом¹⁸. Том приликом шеф мисија добија креденцијал¹⁹ од стране организације којим се потврђује његов статус.

Конвенција пружа могућност вишеструког акредитовања. Тако државе могу акредитовати исто лице у својству шефа мисије код двије или више међународних организација. Такође, државе могу члана дипломатског особља мисије акредитовати у својству шефа мисије код друге међународне организације. Постоји могућност и да двије или више држава могу акредитовати исто лице у својству шефа мисије код исте међународне организације, мада се у досадашњој пракси међународних организација то није десило.

3.2. Величина и састав мисије

Држава слања има слободу при именовању чланова сталне мисије при међународној организацији. Конвенција захтијева да се при томе испоштују услови који се односе на број чланова мисије и њихово држављанство.

Према Конвенцији, број чланова мисије не би требао прелазити оквире „разумног и нормалног“ с обзиром на: функцију организације, потребе мисије као и на услове у држави сједишта. Рјешења која користи Конвенција (разумно и нормално) доста су нејасна и непрецизна и могу довести до неспоразума

¹⁷ Комитет за односе са државом сједишта, формиран је Резолуцијом Генералне скупштине УН број 2819, од 1971. године, и има циљ да одржава комуникацију између органа УН-а и Владе САД-а.

¹⁸ САД као једна од држава сједишта УН-а, 1982. године формирала је посебну службу за праћење сталних мисија под називом Office of Foreign Missions (OFM).

¹⁹ Термин *креденцијал* уведен је на Трећој сесији Генералне скупштине УН-а, у циљу спречавања да се овај акт изједначи са институтом *агремана* из билатералне дипломатије.

када је у питању примјена ових правила у пракси. „Држава домаћин уколико је незадовољна димензијама неке сталне мисије, сматрајући да имају више од нормалног и разумног броја има право да захтијева консултације по том питању. Оне се организују уз учешће Генералног секретара, државе домаћина и државе слања“²⁰. У литератури се наводи спор из 1986. године када су власти САД-а затражили смањење броја чланова сталних мисија СССР-а при УН-у са 499 лица на 170. О спору се расправљало пред Комитетом УН-а за односе са државом домаћином, где је закључено да се ови спорови требају разматрати у оквиру правила садржаних у Споразуму о сједишту потписаног између САД и УН-а те Бечке конвенције из 1975. године. Питање величине сталних мисија и поред овог Закључка остаје отворено. „Искључиво давање права држави седишта да одређује број чланова мисије значило би неосновано овлашћење да поједине државе чланице међународне организације лишава могућности коришћења својих права чланства. (...) Међутим, и давање искључивог права држави именована да сама решава ово питање значило би озбиљно ограничење суверених права државе седишта, које би могло да води низу злоупотреба.“²¹

Када је у питању држављанство чланова мисије, у принципу та лица би требала бити држављани државе именована. Конвенција даје могућност да чланови мисије могу бити држављани државе сједишта уз претходну сагласност државе сједишта.

На челу мисије налази се шеф мисије, који обично носи титули амбасадора. Конвенција не предвиђа постојање разних класа сталних мисија и њихових шефова. Сматра се да шеф мисије има овлашћење да представља своју државу за сврхе усвајање текста уговора између те државе и организације, без претходног подношења пуномоћја. Уколико из праксе организације или из других околности не произилази другачије сматра се да је за потписивање уговора или потписивање уговора *ad referendum* шефу мисије потребно претходно пуномоћје. Ако је мјесто шефа мисије упражњено или ако није у могућности да врши своје функције, држава именована може да именује вршиоца дужности шефа мисије. Поред шефа мисије, у састав мисије улазе и дипломатско особље, административно и техничко особље те послуга.

3.3. Сједиште сталних мисија и њихов статус

Држава именована отвара своју мисију у сједишту организације. Конвенција даје могућност отварања мисија и изван сједишта ако правила организације то дозвољавају и уз претходни пристанак државе сједишта али је то ријетка пракса. Држава сједишта и организација имају обавезу да пруже помоћ држави именована да на територији државе сједишта добије под разумним условима просторије за потребе њене мисије.

²⁰ Ф. Турчиновић, стр. 76.

²¹ М. Митић, С. Ђорђевић, стр. 246.

Обично се мисије отварају у посебним дистриктима које за ту намјену формира на својој територији држава сједишта. Мисија има право истицања грба и заставе државе именована на својим просторијама. Ово право важи и за резиденцију шефа мисије и превозна средства мисије.

Када је у питању презеанс (редосљед првенства) сталних мисија односно шефова мисија он се одређује по правилима организације или по азбучном реду назива земаља који се употребљавају у организацији.

3.4. Функције сталних мисија

Конвенција у члану 6. наводи седам функција сталних мисија:

1. обезбјеђење представљања државе именована при организацији;
2. одржавање веза између државе именована и организације;
3. вођење преговора са организацијом и у оквиру организације;
4. упознавање са дјелатношћу организације и подношењу извјештаја о томе влади државе именована;
5. обезбјеђење учешћа државе именована у дјелатностима организације;
6. заштита интереса државе именована у односу на организацију;
7. рад на остваривању циљева и начела организације сарадњом са организацијом и у оквиру организације.

Представљање државе именована је сигурно најзначајнија функција сталних мисија. Оно се јавља у првом реду као одржавање контаката са организацијом на нивоу које признаје међународно право, а изражава се у могућности закључивања споразума. Поред ових димензија представљање обавезно укључује оне активности мисије државе чланице везано за учешће у стварању одлука и других правних аката.²² С обзиром на то да се у свакој међународној организацији сучељавају и интереси њених чланица држава, то представљање није усмјерено само на организацију, већ и на државе чланице.²³ Сталне мисије у циљу обезбјеђења веза између државе именована и организација успостављају комуникацију са органима организације задуженим за контакте са сталним мисијама држава чланица. У систему УН-а, та комуникација се одвија на релацији сталне мисије -Секретаријат УН-а. Када је у питању функција преговарања са организацијом и у оквиру организације онда се оно своди како на преговарање билатералног типа (са органима организације) тако и мултилатералног типа (са другим државама, чланицама организације). Сталне мисије у циљу упознавања својих влада са радом међународних организација шаљу редовне мјесечне и годишње извјештаје својим надлежним државним органима. Бројне међународне организације међу своје активности убрајају нормативну дјелатност, израде

²² Ф. Турчиновић, стр. 88.

²³ М. Митић, С. Ђорђевић, стр. 244.

разних стратегија и извјештаја те реализацију пројеката којима се остварују зацртани циљеви организације. У ту сврху, формирају се стални или привремени органи и радне групе у оквиру организације. Државе чланице учествују у раду тих тијела, шаљући у њих своје чланове мисија и експерте који учествују у њиховом раду, дајући своје приједлоге, мишљења, сугестије или само прате њихов рад. Квалитет ових активности зависи од величине сталних мисија као и од стручности њених представника у раду оваквих органа и група. Управо се код ових активности може уочити разлика између великих и богатих држава чије мисије броје на десетине чланова и експерата и малих држава које нису у стању да им на квантитативном и квалитативном плану парирају када је у питању овај аспект рада сталних мисија. Због ове чињенице је важно да бројчано мање мисије држава чланица имају што квалитетнији састав своје мисије и да што боље осмисле своју стратегију учествовања у раду међународне организације. У циљу заштите интереса државе чланице, њене мисије имају на располагању широк спектар потенцијалних мјера и активности које могу да употребе. „Ту би се поред осталог морало говорити о учешћу државе слања у формирању буџетских трошкова организације заједно са осталоим члановима, регрутовању и одабирању међународних чиновника, повредама и узроцима повреда у поступцима појединих држава уперених против интереса организације.“²⁴ Рад на остваривању циљева и начела организације је специфична функција сталних мисија. „Нису у питању више уски интереси држава именована, већ заједнички циљеви које су државе чланице поставиле себи оснивајући међународну организацију и стварајући програме њене активности.“²⁵

3.4. Привилегије и имунитети сталних мисија

Како би могле несметано обављати своје функције сталне мисије уживају привилегије и имунитете.²⁶ „Ријеч имунитет потиче од латинске ријечи имунитас која значи ослобађање од јурисдикције територијалне државе. Под привилегијама се подразумијевају разне повластице у првом реду фискалне које уживају дипломатски представници.“²⁷ Правни основ привилегија и имунитета представника држава при међународној организацији је искључиво функционалне природе. У том смислу индикативан је и члан 105. став 2. Повеље УН-а који привилегије и имунитете представника држава у Уједињеним нацијама

²⁴ Ф. Турчиновић, стр. 94.

²⁵ М. Митић, С. Ђорђевић, стр. 245.

²⁶ О привилегијама и имунитетима сталне дипломатске мисије види шире: Њ. Јовић, Привилегије и имунитети сталне дипломатске мисије, Српска правна мисао, бр. 44, Бања Лука, 2011, стр. 237-248.

²⁷ Ф. Турчиновић, стр. 114.

везује за „независно обављање њихових функција у вези са Организацијом“²⁸. Конвенција предвиђа обавезу међународне организације да помаже држави именована и држави сједишта, да мисија државе именована и њени чланови уживају привилегије и имунитете, те да извршавају своје обавезе у погледу њиховог остваривања. Тумачећи Конвенцију можемо закључити да се наведени имунитети и привилегије могу подјелити у двије групе:

1. привилегије и имунитете који се вежу за просторије мисија, архив и имовину мисију те на нормално обављање функција мисије (реалне привилегије и имунитете),

2. привилегије и имунитете који се везују за личност чланова мисије (личне привилегије и имунитете).

Конвенција предвиђа неповредивост просторија сталних мисија. У погледу неповредивости просторија, мисија држава при међународним организацијама добиле су много јаче гаранције него што је то случај са специјалним мисијама и конзулатима.²⁹ Под просторијама мисије Конвенција подразумијева: зграде, дијелове зграда и околно земљиште које се користи за потребе мисије, без обзира у чијем су власништву. Држава сједишта има обавезу да предузме све одговарајуће мјере како би заштитила просторије мисије од насилног уласка или оштећења, нарушавања мира мисије или повреде њеног достојанства као и да санкционише лица која би извршила напад на просторије. Органи државе сједишта смију ући у њих само уз пристанак шефа мисије. Просторије мисије, намјештај, остала имовина која се у њима налази те превозна средства уживају имунитет у погледу претреса, реквизиција, запљене и судског извршења. Такође, просторије мисије су ослобођене свих државних, регионалних и локалних пореза и такси осим оних који представљају накнаде за посебно учињене услуге. Исту заштиту ужива и архива и документација мисије. Држава сједишта има обавезу да обезбједи свим члановима мисије, те члановима њихових породица које чине дио њиховог домаћинства, слободу кретања са изузетком зона у који је улаз по закону државе сједишта забрањен. Конвенција гарантује сталним мисијама слободу комуникације. Мисија се може користити свим прикладним средствима комуникације, укључујући курире који уживају неприкосновеност личности и не могу бити подвргнути никаквој врсти хапшења или притвора. Службена преписка мисије је неповредива, а вализа мисије се не може отворати или задржавати.

Личност шефа мисије и других чланова мисије су неприкосновене. Они не могу бити подвргнути никаквом хапшењу или притвору. Држава сједишта има обавезу да се према њима односи са дужним поштовањем те да спривјечи нападе на њихову личност, слободу или достојанство. Шеф мисије и чланови дипломатског особља уживају имунитете од кривичног, грађанског и управног судства државе сједишта. Од посебног значаја је и имунитет за слободу говора

²⁸ М. Крећа, Међународно јавно право, Београд, 2010, стр. 300.

²⁹ М. Митић, Дипломатија, Београд, 1999, стр. 181.

који је веома важан за функцију коју обављају шефови мисија у оквиру организације. Ови имунитети се не односе на поступке у вези са приватном непокретном имовином наведених лица на територији државе сједишта, поступке који се односе на наслијеђе ако се лица појављују у својству извршилаца теста-мента, администратора, наследника или легатара у својству приватног лица, те на поступке који се односе на професионалну или трговачку дјелатност коју врше лица ван својих функција. Шеф мисије и чланови мисије ослобођени су обавеза које налажу прописи државе сједишта о социјалном осигурању, свих пореза и такси, личних и имовинских, државних, регионалних и општинских, те било каквих личних давања, јавне службе или војних намета као што су: реквизиције, контрибуције и војни смјештај. Изузетак представљају: посредни порези укључени у цијене робе или услуга, порези и таксе на имовину која се налази на територији државе сједишта, таксе на оставштину или наслиједство, порезе и таксе на личне приходе, порези за посебне услуге, те судске таксе. Предмети намјењени за службену употребу у мисији као и за личну употребу шефа мисије и других чланова мисије ослобођени су царина као и царинског прегледа личног пртљага осим ако не постоје озбиљни разлози за претпоставку да тај пртљак садржи предмете које не уживају ослобођење од царина или подлијежу карантинским прописима државе сједишта. Чланови породице шефа мисије и чланова дипломатског особља који чине дио његовог домаћинства, административно техничко особље мисије и чланови њихових породица уживају исте привилегије и имунитете осим ако су држављани државе сједишта или у њој имају стално пребивалиште. Чланови послужног особља мисије ако нису држављани државе сједишта или ако у њој немају стално пребивалиште уживају имунитет у погледу поступака учињених у вршењу својих функције те су ослобођени пореза и такси на плате.

Шеф мисије и чланови дипломатског особља, држављани државе сједишта или који у њој имају стално пребивалиште, уживају само судски имунитет и неприкосновеност у погледу службених радњи учињених у вршењу својих функција. Остали чланови мисије, држављани државе сједишта или који у њој имају стално пребивалиште уживају само судски имунитет у погледу службених радњи учињених у вршењу својих функција. Конвенција предвиђа да држава сједишта може у овом случају дати допунске привилегије и имунитете.

Лица која уживају привилегије и имунитете користе се њима од тренутка када ступе на територију државе сједишта организације ради почетка обављања своје службе или од тренутка када организација или држава именовања нотификују његово именовање надлежним органима државе сједишта ако се то лице већ налази на територији државе сједишта. Када је у питању пракса УН-а, односно поступак признавања привилегија и имунитета од стране власти САД-а, он се састоји у пријави сталне мисије Протоколу УН-а који онда прослијеђује пријаву надлежним органима САД задуженим за односе са сталним мисијама.

Само трајање привилегија и имунитета везано је за обављање функција које то лице обавља при сталној мисији. Када престану функције лица, које ужива привилегије и имунитете, те привилегије и имунитети трају док то лице не напусти територију државу сједишта или док не истекне разумни рок који му је дат да напусти територију. Међутим, поред престанка функција лица које је уживало привилегије и имунитете, имунитет за радње које је то лице чинило у њиховом вршењу остају на снази. Када су у питању просторије, имовина и архива мисије они од стране државе сједишта уживају заштиту у случају опозива мисије. Држава сједишта има обавезу да пружи олакшице лицима која уживају привилегије и имунитете приликом њиховог одласка са њене територије.

Сва лица која уживају привилегије и имунитете дужна су да поштују законе и прописе државе сједишта као и да се не мјешају у унутрашње ствари те државе. „Држава седишта нема право да прогласи члана мисије за непожељну личност, јер не постоји непосредан однос између двије државе, односно мисије државе именована и државе сједишта, него се тај однос врши посредством међународне организације. Међутим, у случају да такво лице тешко повреди кривични закон државе седишта, пожељно је да се држава именована одрекне његовог имунитета. У сваком случају, ова држава је дужна да га повуче.“³⁰ Конвенција захтијева да ово одрицање од имунитета мора бити изричито дато од стране државе именована. Лице које ужива горе поменуте привилегије и имунитете не може се само одрећи тих привилегија и имунитета.

4. ЗАКЉУЧАК

Редовне дипломатске мисије карактеристичне за билатералну дипломатију се не могу изједначавати са сталним мисијама држава акредитованим при међународним организацијама. Међу њима постоје велике сличности али и разлике које захтијевају да се ове друге посебно дефинишу. У билатералној дипломатији постоји двострани однос, тј. однос између двије државе, док код сталних мисија држава при међународним организацијама постоји сложен и вишестран однос између државе која шаље сталну мисију, међународне организације у којој је стална мисија акредитована и државе на чијој се територији налази сједиште међународне организације.

Сталне мисије држава при међународним организацијама су кодификоване Бечком конвенцијом о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера и њене одредбе су се у великој мјери ослањале на Бечку конвенцију о дипломатским односима из 1961. године.

Око права на оснивање и формирање сталних мисија држава при међународним организацијама данас више не постоје спорови међу теоретичарима

³⁰ М. Митић, С. Ђорђевић, стр. 249.

међународног права. Држава има право да успостави сталну мисију, али не и обавезу да то учини. Њено право на успостављање мисије произилази из чланства у међународној организацији. Државе могу успоставити сталне мисије и при међународним организацијама иако нису чланови те организације ако правила организације то дозвољавају, нпр. Босна и Херцеговина има сталну мисију при Европској унији у Бриселу иако није чланица Европске уније.

Njegoslav Jovic,

grad. jurist - Master of International Law, A trainee at EKO BEL Ltd. Laktasi

Milan Milkovic,

grad. jurist - Master of International Law, A trainee at the District Prosecutor's Office of Republika Srpska in Banja Luka

PERMANENT DIPLOMATIC MISSIONS AS A FORM OF REPRESENTATION OF STATES IN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Summary

The authors are primarily referred to the permanent diplomatic missions to international organizations, while the mission of the state delegations in international conferences constituted by international organizations or under their auspices, as well as monitoring missions of non-member states of international organizations, are in the background.

The authors started from the historical development of diplomatic missions of States to the international organizations, creation of the first permanent diplomatic missions and their regulation in the Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character.

Especially attention is paid to the establishment of permanent missions of states to the United Nations, as the largest universal international organization, although it was not neglected any other international organizations, such as the European Union.

Keywords: *Convention on the Representation of States in their Relations with International permanent diplomatic missions, representation of states in international organizations, Vienna Organizations of a Universal Character, privileges and immunities of the permanent diplomatic missions.*

ЛИТЕРАТУРА

- С. Аврамов, М. Крећа, Међународно јавно право, Савремена администрација, Београд, 1997.
- М. Бартош, Међународно јавно право, II књига, Култура, Београд, 1956.
- I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Д. Ђ. Дашић, Савремена дипломатија, Привредни саветник, Београд, 2008.
- Њ. Јовић, *Привлегије и имунитети сталне дипломатске мисије*, Српска правна мисао, бр. 44, Бања Лука, 2011.
- М. Крећа, Међународно јавно право, четврто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.
- М. Митић, С. Ђорђевић, Дипломатско и конзуларно право, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени лист СРЈ, Београд, 2007.
- М. Митрић, Дипломатија, Завод за уџбенике и наставна средства Београд, Београд, 1999.
- Ф. Турчиновић, *Сталне мисије при Уједињеним нацијама као облик представљања држава*, ОБОД, Цетиње, 1994.
- J. G. Fennessy, *The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their relations with International Organizations of a universal character*, *American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 70, No. 1, 1976.
- http://brussels.cta.int/download/en/liste_rep_permanentes_en.pdf, преузето 30.08.2012.
- www.europa.eu/newsroom/calendar/event/291099/coreper-ii, преузето 30.08.2012.
- www.europa.eu/legislation_summaries/glossary/coreper_en.htm, преузето 30.08.2012.
- http://ec.europa.eu/dgs/jrc/downloads/enlargement/eia2010/list_of_permreps_and_missions.pdf, преузето 30.08.2012.

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

ODGOVORNOST SAUČESNIKA

Prof. dr Vesna Vučković*

Apstrakt: *Saučesništvo predstavlja sticaj više lica u izvršenju krivičnog djela, kod kojih postoji svijest o zajedničkom djelovanju u cilju izvršenja krivičnog djela. Ono se može shvatati u užem i širem smislu i u zavisnosti od oblika saučesništva, važe posebna pravila o njihovoj krivičnoj odgovornosti. Za izvršenje krivičnog djela odgovara onaj ko je izvršilac djela, kao i saizvršilac, dakle, bez obzira da li je sam izvršilac djela ili u zajednici sa više lica. U daljem toku rada izložiće se pravna priroda saučesništva, pojedini njegovi oblici i granice odgovornosti saučesnika.*

Ključne riječi: *izvršilac, saizvršilac, podstrekač, pomagač, krivična odgovornost.*

1. Opšti pojam i značaj saučesništva

Saučesništvo predstavlja takve radnje kojima se umišljajno doprinosi u ostvarenju krivičnog djela koje izvršava neko drugi, doprinos tuđem djelu.¹ Doprinos izvršenju krivičnog djela postoji kada se na osnovu okolnosti konkretnog slučaja koje mogu biti kako objektivne, tako i subjektivne prirode, može utvrditi da neizvršilačka radnja ima konkretni/neposredni kauzalni značaj u tom smislu što predstavlja *condicio sine qua non* za ostvarenje krivičnog djela.²

Učestvovanje više lica u ostvarenju krivičnog djela je poseban oblik kriminaliteta koji je za društvo opasniji od kriminaliteta koji se ostvaruje djelovanjem samo jednog lica. Da bi postojalo saučesništvo potrebno je da između saučesnika postoje *određena objektivna i subjektivna veza*.

Objektivna veza sastoji se u tome što sve radnje moraju predstavljati jednu cjelinu iako mogu biti različite (radnja izvršenja, radnja pomaganja, radnja podstrekanja) ali između radnje i zabranjene posljedice *mora postojati uzročna veza*.

* Проф. др Весна Вучковић, Судија Управног суда Црне Горе, професор на Правном факултету Универзитета „Медитеран“ у Подгорици и Факултета за медитеранске пословне студије у Тивту.

¹ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право*, општи дио, друго измјенјено издање, Правни факултет, Бања Лука, 2009. г., стр. 325.

² В. Камбовски, *Казнено право*, општи дел, Скопје, 2005. г., стр. 703.

Subjektivna veza kod saučesnika sastoji se u svijesti pojedinih saučesnika o zajedničkom djelovanju sa drugim licima.

Za pojam saučesništva karakteristično je i to, da krivična odgovornost saučesnika u užem smislu postoji samo u slučaju ako su oni radili s umišljajem.

Saučesništvo postoji onda *kad u ostvarenju krivičnog djela učestvuje više lica koja su svjesna zajedničkog djelovanja.*

2. Oblici saučesništva

U jednom krivičnom djelu može učestvovati više lica na različite načine, kao podstrekači i pomagači. *Podstrekači* su lica koja navode izvršioca da učini krivično djelo, a *pomagači* su lica koja pomažu izvršiocu da učini krivično djelo. Za podstrekače i pomagače karakteristično je da učestvuju u izvršenju krivičnog djela, ali ga ne izvršavaju, već druga lica.

Pored ovih oblika postoje i drugi oblici saučesništva: *izvršilaštvo (saizvršilaštvo; podstrekavanje i pomaganje*. Ovim oblicima saučesništva odgovaraju tri saučesnika: izvršioci (saizvršioc), podstrekači i pomagači. Saučesništvo koje obuhvata samo podstrekavanje i pomaganje naziva se *saučesništvo u užem smislu*, a sučesništvo koje pored pomaganja i podstrekavanja obuhvata i izvršilaštvo, odnosno saizvršilaštvo naziva se *saučesništvo u širem smislu*.

Odrediti izvršioca jednog krivičnog djela predstavlja važno pitanje jer Krivični zakonik Crne Gore³ iako predviđa kažnjivost za saučesnike u užem smislu, ipak donekle pravi razliku između ovih saučesnika i izvršioca krivičnog djela. Kao posebni problemi pojavljuju se: prvo, razgraničenje pomagača od izvršioca i drugo, podstrekača od izvršioca. I u teoriji i u praksi pojavljuje se teškoća pri određivanju da li jedno učešće u djelu ima karakter saizvršilaštva ili pomaganja; složeno je pitanje, da li se izvršiocem može smatrati samo neposredni izvršilac ili se, pod određenim uslovima, može usvojiti i pojam posrednog izvršioca, tzv. izvršioca koji djelo izvršuje posredstvom drugog lica.

2. 1. Izvršilaštvo i saizvršilaštvo

Pojam izvršioca krivičnog djela u teoriji krivičnog prava određen je u širem ili ekstenzivnom pojmu i užem ili restiktivnom pojmu.

Po širem ili ekstenzivnom pojmu izvršiocem krivičnog djela se smatra svako ono lice koje doprinese izvršenju krivičnog djela, čija radnja predstavlja uslov za nastupanje zabranjene posljedice, bez obzira da li se ta radnja sastoji u neposrednom prouzrokovanju posljedice ili u radnji podstrekavanja ili pomaganja. Široko shvata-

³ „Sl. list RCG“, br.70/03..... i „Sl. list CG“, br. 32/11.

nje pojma izvršenja krivičnog djela zasniva se na teoriji o jednakosti svih uslova; na teoriji koja ne razlikuje uzroke od uslova posljedice. Prema ovakvom shvatanju u pojam izvršioca uključuju se i podstrekači i pomagači, jer radnja svakog saučesnika u krivičnom djelu stoji u uzročnoj vezi sa posljedicom, koja je obilježje bića krivičnog djela.

Po užem, restriktivnom određenju, izvršiocem krivičnog djela smatra se lice koje je izvršilo onu radnju koja se smatra radnjom krivičnog djela, a sva ostala lica koja su preduzimala radnje koje su uslovile nastanak posljedice imala su svojstvo saučesnika. Ova teorija oslanja se na subjektivnu redakciju o određivanju pojedinih bića krivičnih djela (tako: „ko liši života“, „ko oduzme tuđu pokretnu stva“ itd.) prema kojoj je kazna usmjerena neposrednom izvršiocu djela, tj. samo onom licu koje je ostvarilo neposredni uslov zabranjene posljedice. Za ovakvo shvatanje izvršioca moglo bi se tvrditi da se zasniva na teoriji uzročnosti koja iz okvira svih uslova izdvaja radnju izvršenja određenu u zakonu, kao uzrok nastupjele posljedice.

3. Oblici saučesništva u KZ CG

Krivični zakonik Crne Gore, kao i većina krivičnih zakona drugih država sadrži odredbe o saučesništvu i saučesnicima, pa se pred teoriju postavlja zadatak određivanja kriterijuma za razgraničenje izvršilaštva odnosno saizvršilaštva i saučesništva, bez obzira da li će se poći od šireg ili užeg pojma izvršioca, a posebno kod saizvršioca u užem smislu jer u ovom slučaju ovi saučesnici ne bi bili obuhvaćeni krivičnom odgovornošću pošto se pri užem određivanju izvršioca kazna koja je u zakonu predviđena za izvršioca ne bi odnosila na njih.

3.1. Izvršilaštvo i saizvršilaštvo

Krivični Zakonik određuje pojam saizvršioca djela kao lice koje preduzima radnju izvršenja krivičnog djela ili koje posredstvom drugog lica izvrši krivično djelo, ukoliko se to drugo lice ne može smatrati izvršiocem krivičnog djela. Saizvršiocem se smatra lice koje sa drugim učestvuje u radnji izvršenja ili koje na drugi način sa drugim licima učini krivično djelo ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom bitno doprinosi izvršenju krivičnog djela. Ključni element saizvršilaštva sastoji se u tome da više lica zajednički učine krivično djelo, a to se može ostvariti ne samo učestvovanjem u radnji izvršenja već i na drugi način. Za pravilno interpretiranje ove odredbe poseban značaj ima odredba člana 26. stav 1. KZ, u kojoj se određuje „*saizvršilac je odgovoran u granicama svog umišljaja ili nehata, a podstrekač i pomagač u granicama svog umišljaja*“.

Pri određivanju izvršioca potrebno je odvojiti situaciju kada je neko krivično djelo ostvareno (svršeno, pokušano) djelovanjem samo jednog lica (samoizvršilac)

od situacije kada je neko krivično djelo ostvareno učešćem više lica. Izvršiocem radnje smatra se i ono lice koje se za ostvarenje bića krivičnog djela koristilo prirodnom silom (obuhvatajući i životinje), i uopšte zakonima prirodnih pojava (fizičkih, hemijskih i dr); isto važi za primjenu apsolutne sile prema drugom licu radi preduzimanja radnje.

Međutim, problem postoji kada je krivično djelo ostvareno učešćem više lica, kada se redovno preduzimaju različite radnje od pojedinih učesnika koje u svojoj ukupnosti dovode do zabranjenog rezultata. U takvim situacijama bi se ukazivalo kao preusko shvatanje po kome bi se izvršiocima smatrali samo oni učesnici koji su preduzeli radnju izvršenja, dok bi se svi ostali smatrali saučesnicima u užem smislu (podstrekači, pomagači). Moguće je u nekim slučajevima da jedan od učesnika preduzme radnju izvršenja samo u sklopu djelovanja i ostalih lica (npr. jedan krade a drugi drži merdevine), te je tako krivično djelo ostvareno i ono dobija svoj značaj ne samo preduzetom radnjom izvršenja već i preduzimanjem nekih drugih radnji koje se upotpunjuju i izgrađuju u jednu cjelinu.

Sa subjektivne strane, za postojanje saizvršilaštva zahtijeva se da je lice koje učestvuje u djelu svjesno djelovanja ostalih učesnika; da je svjesno da njegovo postupanje ulazi u sastav djelovanja drugih lica, tako da sve te pojedine radnje, uključivši i radnju izvršenja, predstavljaju jednu cjelinu. Ova subjektivna veza se uglavnom ispoljava u dogovoru-sporazumu dva ili više lica o zajedničkom djelovanju. Dogovor može da uslijedi prije preduzimanja radnje ili neposredno prije pristupanja djelovanju, ali i poslije otpočinjanja radnje, odnosno u toku djelovanja koje je već bilo preduzelo drugo lice. U svim ovim slučajevima kod saizvršioca postoji svijest o zajedničkom djelovanju.

Saizvršilaštvo nije moguće u izvršenju svih krivičnih djela, ono nije moguće kod tzv. vlastoručnih krivičnih djela, odnosno kod djela koja su po svojoj prirodi takva da ih izvršilac može izvršiti samo i isključivim vlastitim djelovanjem. (npr. krivično djelo davanje lažnog iskaza i sl.)

Saizvršilaštvo je moguće i pri izvršenju krivičnog djela nečinjenja.

3.2. Podstrekavanje

Podstrekavanje je preduzimanje takve radnje kojom se kod drugog lica s umišljajem izaziva ili učvršćuje odluka da preduzme protivpravnu radnju kojom će ostvariti obilježja nekog krivičnog djela. Sa gledišta uzročnog odnosa, podstrekavanje se uvijek pojavljuje kao uzrok donijete odluke.⁴

Podstrekavanje koje je usmjereno prema neodređenom krugu lica je kažnjivo samo u slučaju ako je predviđeno kao posebno krivično djelo, ali u tom slučaju podstrekavanje ne predstavlja saučesništvo.

⁴ B. Čejović, *Krivično pravo*, deseto izdanje, Dosije, Beograd, 2007.g., str. 258.

Osnovno je pravilo da je podstrekač krivično odgovoran samo u slučaju ako je postupao s umišljajem (član 24. stav 1.) bilo sa direktnim ili eventualnim. Dakle, nehatno podstrekavanje ne dovodi do krivice podstrekača.

Krivični zakonik u članu 24. određuje da će se kazniti lice koje drugog s umišljajem podstrekava na izvršenje krivičnog djela za koje se po zakonu može izreći pet godina zatvora ili teža kazna i u slučaju da djelo ne bude ni pokušano. Ovim je određena odgovornost za tzv. *neuspjelo podstrekavanje*. Ono je kažnjivo samo u slučaju ako se podstrekavalo na takvo krivično djelo za koje se po zakonu može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna.

Podstrekač se kažnjava za učinjeno djelo kao da ga je sam izvršio. Ako je podstreknuti izvršio krivično djelo onda se podstrekač kažnjava kaznom koja je u zakonu određena za izvršioca tog djela; ako je izvršio pokušaj krivičnog djela kažnjava se kao za pokušaj krivičnog djela, može se ublažiti kazna koja je u zakonu određena za to krivično djelo. Ovaj zaključak se izvodi iz akcesorne prirode saučesništva, iz postavke da podstrekač odgovara za ono što je podstreknuti učinio, a ne za ono što je podstrekavanjem htjeo da postigne. Za neuspjelo podstrekavanje se kažnjava kao za pokušaj onog krivičnog djela na koje se podstrekava. Krivični Zakonik usvaja načelo jednakog kažnjavanja za podstrekavanje i za izvršenje krivičnog djela.

3.3. Pomaganje

Pomaganje predstavlja drugi oblik saučesništva, to je preduzimanje takve radnje kojom se s umišljajem doprinosi izvršenju protivpravne radnje drugog lica, s kojom radnjom ovo lice ostvaruje obilježje nekog bića krivičnog djela.

Pomagač je krivično odgovoran samo ako je postupao sa umišljajem-direktnim ili eventualnim. Nehatno pomaganje nije pomaganje u krivičnopravnom smislu. Umišljaj se mora odnositi na pomaganje i na krivično djelo u čijem se izvršenju pomaže.

Prema odredbi člana 25. stav 1. KZ pomagač se kažnjava za učinjeno krivično djelo kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti. Ako je pomognuto lice ostvarilo svršeno krivično djelo, pomagač će se kazniti onom kaznom koja je u zakonu određena za učinioca krivičnog djela, ali sud ima ovlaštenje da pomagaču ublaži kaznu. Dakle, ublažavanje kazne pomagaču je fakultativno. Ukoliko je pomognuto lice ostalo u pokušaju, pomagač je odgovoran ako je kažnjiv pokušaj i tada će se kazniti kao za pokušaj a to znači da se kazna može ublažiti (u granicama iz člana 46. KZ).

4. Krivična odgovornost saučesnika

Granice odgovornosti i kažnjivosti saučesnika, pripisane su u članu 26. KZ i odredba glasi:

“(1) Saizvršilac je odgovoran u granicama svog umišljaja ili nehata, a podstrekač i pomagač u granicama svog umišljaja.

(2) Saizvršilac, podstrekač ili pomagač koji je dobrovoljno spriječio izvršenje krivičnog djela može se osloboditi od kazne.

(3) Lični odnosi, svojstva i okolnosti usljed kojih zakon isključuje krivicu ili dozvoljava oslobođenje od kazne, od kojih zavisi postojanje lakšeg ili težeg oblika djela ili koje utiču na odmjeravanje kazne, mogu se uzeti u obzir samo onom izvršiocu, saizvršiocu, podstrekaču ili pomagaču kod kojeg takvi odnosi, svojstva i okolnosti, postoje.“

Odgovornost saučesnika utvrđuje se na osnovu uračunljivosti i vinosti. Isto kao i izvršioци, saučesnici su krivično odgovorni ako su u vrijeme izvršenja krivičnog djela bili uračunljivi i ako su postupali sa umišljajem.

Što se tiče krivice ona u načelu ostaje osnov odgovornosti i kod saučesništva, ali oblici vinosti nijesu isti za izvršioца i za saučesnike. Dok je izvršilac i saizvršilac kriv ne samo za djelo izvršeno sa umišljajem već i za nehatno krivično djelo (u zakonu određenim slučajevima), saučesnici odgovaraju samo ako su učestvovali u djelu sa umišljajem. Umišljaj je jedini oblik krivice koji povlači odgovornost za podstrekavanje i pomaganje.

4.1. Samostalna odgovornost saučesnika

Krivična odgovornost svakog saučesnika je nezavisna i posebno se utvrđuje za svakog od njih. U našem krivičnom zakonodavstvu, kao i u većini zemalja prihvaćeno je shvatanje o samostalnoj odgovornosti saučesnika. I u nauci krivičnog prava najveći broj autora prihvata ovo shvatanje, međutim, ono nije jedino ni u nauci krivičnog prava ni u krivičnom zakonodavstvu. Postoje mišljenja da krivična odgovornost saučesništva zavisi od krivične odgovornosti izvršioца i da saučesnik „pozajmljuje“ odgovornost za svoje radnje od odgovornosti izvršioца krivičnog djela. Više riječi o ovome biće kod razmatranja pravne prirode saučesništva.

Bez obzira na radnje koje preduzimaju saučesnici, a koje nijesu samostalna krivična djela, postoji samostalnost odgovornosti saučesnika. Pitanje samostalnosti krivice odvojeno je od pitanja da li radnje saučesništva predstavljaju samostalna krivična djela.

4.2. Teorije o krivičnoj odgovornosti u KZ

Iz odredaba Krivičnog zakonika proizilazi da krivično pravo Crne Gore u načelu usvaja teoriju ograničene akcesnosti, ali ne isključuje potpuno ni principalno stanovište. Prema tome, i po našem pravu krivično djelo ostvareno djelovanjem izvršioца i saučesnika, smatra se kao jedno krivično djelo, čijem su ostvarenju na

različite načine doprinijeli izvršilac i saučesnici. Iz ovog proizlazi da je odgovornost saučesnika vezana za radnju izvršioca kojom je ostvareno krivično djelo. Kad su u ostvarivanju krivičnog djela učestvovali saučesnici, njihovo zajedničko djelo, po pravilu se mora posmatrati jedinstveno, s obzirom na krajnji rezultat, s obzirom na prouzrokovanje posljedice.

U našem krivičnom pravu postoji jedan opšti izuzetak od teorije akcesornosti i nekoliko posebnih. Opšti izuzetak predstavlja odgovornost podstrekača za teža krivična djela (za koja se može izreći kazna pet godina zatvora i teža) i u slučaju ako izvršilac ne izvrši niti pokuša izvršiti krivično djelo (član 24. stav 2.). Dakle, u ovom slučaju ne samo što se ocjenjuje samostalno odgovornost podstrekača već radnja postrekača predstavlja samostalno krivično djelo; riječ je o tzv. neuspjelom podstrekavanju.

Posebna odstupanja od teorije akcesornosti predviđena su u slučajevima kad se zakonima inkriminišu kao samostalna krivična djela pojedine radnje podstrekača i pomagača. Tako npr. ko drugom napravi lažni ključ, iako zna da je taj ključ namijenjen za izvršenje krivičnog djela, vrši radnju pomaganja, ali ta radnja je posebno inkriminisana kao samostalno krivično djelo.

5. Posebna pravila o odgovornosti saizvršioca, podstrekača i pomagača

Saizvršilaštvo je moguće, ne samo kada svi saizvršioци postupaju s umišljajem već i u slučaju ako neki postupaju iz nehata, pa čak i kad svi postupaju iz nehata. Vinost svakog saizvršioca se samostalno utvrđuje s obzirom na njegov odnos prema posljedici kao rezultatu njihovog zajedničkog djelovanja. Saizvršilac je učesnik u zajedničkom djelovanju pa je obavezan da rasuđuje o posljedici i da odredi odnos prema njoj kao rezultatu ne samo njegovog ličnog djelovanja već i kao rezultat zajedničkog djelovanja ostalih saizvršilaca.

Saizvršilac, podstrekač i pomagač odgovaraju samo u granicama svog umišljaja odnosno nehata, ako je riječ o saizvršilaštvu. Ovo je u skladu sa principom individualne odgovornosti.

U slučaju izvršenja krivičnog djela u saučesništvu kod svakog oblika mora se utvrditi oblik i sadržina umišljaja (odnosno nehata). Problem može nastati kada kod saučesnika nema identiteta umišljaja, kada na strani izvršioca postoje veća ili manja odstupanja u odnosu na umišljaj saizvršioca, podstrekača ili pomagača.

U tom pogledu moguće je nekoliko situacija. Tako, može doći do tzv. ekscesa izvršioca, kada on uradi više od onoga na šta je podstrekavan, odnosno u čemu je pomagan. Pri tome je važno da li je riječ o istorodnom krivičnom djelu. Takav bi npr. bio slučaj kada je neko lice podstreknuo da izvrši tešku tjelesnu povredu a ono izvrši ubistvo; tada se ostaje pri pravilu da svako odgovara u granicama svog umišljaja. Podstrekač bi odgovarao za podstrekavanje na tešku tjelesnu povredu (bez obzira što

je izvršeno ubistvo), a izvršilac za ubistvo. Pravilo je dakle da saizvršilac, podstrekač ili pomagač ne odgovara za eksces izvršioca. Dalje, moguće je da izvršilac uradi “više” od onoga na što je podstrekavan ili u čemu je pomagan, ali da to ne utiče na kvalifikaciju krivičnog djela (to se naziva i kvantitativni eksces za razliku od pret-hodnog koji se naziva kvalitativni eksces). Tako npr. izvršilac se nagovara da ukrade neki predmet, što po vrijednosti čini djelo teškom krađom, ali on pri tome ukrade još neku stvar čija vrijednost ne mijenja kvalifikaciju djela; u takvom slučaju svi odgo-varaju za tešku krađu, a pri odmjeravanju kazne cijeni se ko je pribavio i koliku pro-tivpravnu imovinsku korist. Dalja moguća situacija je da izvršilac učini djelo koje je sasvim različito od onoga na koje je podstrekavan ili u kome je pomagan. Tako, npr. pomagač je stavio na raspolaganje izvršiocu sredstvo za obijanje zatvorenog prostora, dakle za izvršenje teške krađe, a on tim sredstvima liši života drugo lice. Ili, lice koje je podstrekavano na ubistvo izvrši slovanje. U ovim slučajevima i ne postoji saučesništvo, jer nije riječ o njihovom zajedničkom djelu. Sadržine njihovog umišljaja su sasvim različite i svaki odgovara za ono što je učinio; izvršilac za učinjeno djelo, podstrekač za neuspjelo podstrekavanje ako za to postoje uslovi, a pomagač za samostalno krivično djelo ako je ono kao takvo predviđeno, jer nema odgovornosti za neuspjelo pomaganje. Najzad, može doći i do tzv. ekscesa izvršioca “na dolje” odnosno da izvršilac učini manje od onoga na što je podstrekavan, odnosno u čemu je pomagan, da učini lakše krivično djelo, ali pod uslovom da je riječ o istorodnom krivičnom djelu. Tako npr. podstrekavani na ubistvo izvrši tešku tjelesnu povredu, pomagani u teškoj krađi izvrši samo običnu krađu i sl. Tada se odstupa od pravila da sušesnici odgovaraju u granicama svoga umišljaja i striktno se primijenjuje teorija o limitiranoj akcesornosti; odgovornost se vezuje za učinjeno djelo. Podstrekač i pomagač tada odgovaraju za djelo koje je izvršilac ostvario, bez obzira što je njihov umišljaj obuhvatio i više od toga, ne može se odgovarati za djelo koje ne postoji.

Posebno je pitanje odgovornosti saučesnika za tzv. kvalifikovana krivična dje-la. Riječ je o djelima koja dobijaju teži oblik ili zato što su izvršena pod posebnim, otežavajućim okolnostima, ili zato što je nastupila teža posljedica. Prva situacija je kad je iz krivičnog djela proizašla teža posljedica zbog koje zakon za to djelo propisuje težu kaznu, ta se kazna može izreći ako je učinilac u odnosu na tu poslje-dicu postupao iz nehata, a i sa umišljajem, ako time ne ostvaruje obilježje nekog drugog krivičnog djela. Ovo se u potpunosti primjenjuje na saučesnike. Podstrekač ili pomagač odgovaraju za djelo kvalifikovano posebnom okolnošću samo ako je ta okolnost obuhvaćena njihovim umišljajem. Nešto je drugačija situacija kada je riječ o krivičnim djelima kvalifikovanim težom posljedicom. Skoro je jednodušan stav u teoriji i u praksi da podstrekač i pomagač odgovaraju za djelo kvalifikovano težom posljedicom, ako se ona može pripisati njihovom nehata. Zakonsku odredbu da je umišljaj jedini oblik vinosti kod podstrekača i pomagača i da oni odgovaraju samo u granicama svog umišljaja, treba shvatiti tako da se to odnosi samo na osnovno krivično djelo.⁵

⁵ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat, 2010.g., str. 102-103.

5.1. Granice odgovornosti podstrekača i pomagača

U praksi se dešava da izvršilac učini krivično djelo različito po vrsti i težini od onog na koje je podstreknut, odnosno, u kome mu je pružena pomoć. Postavlja se pitanje da li će, i u kojoj mjeri, podstrekač i pomagač odgovarati za djelo izvršioca.

U krivičnom zakonodavstvu koje u načelu prihvata princip akcesornosti saučesnika prihvaćeno je pravilo da podstrekači i pomagači odgovaraju u granicama svog umišljaja. To pravilo prihvaćeno je u našem krivičnom pravu (član 26. stav 1.). Ovakva odgovornost, u granicama svog umišljaja nužna je posljedica prihvatanja teorije akcesornosti, jer bez ovog pravila dolazilo bi do nepravinih rješenja u sudskoj praksi. U nekim slučajevima odgovornost podstrekača i pomagača bila bi neopravdano proširena, a u drugim bez razloga sužena.

Određene dileme se pojavljuju kod primjene pravila da podstrekači i pomagači odgovaraju u granicama svog umišljaja. Ovdje će se razmatrati odnos između podstrekača i izvršioca jer su ti odnosi isti kao i oni između pomagača i izvršioca, tako da važe i za odgovornost pomagača.

Prije svega, moguće je da se razlike u pogledu umišljaja podstrekača i izvršioca odnose na vrstu krivičnog djela, tj. da je umišljaj podstrekača upravljen na izvršenje jednog djela, a izvršilac učini sasvim drugo djelo, odnosno djelo druge vrste. U takvom slučaju između radnje podstrekača i izvršioca ne postoji nikakva uzročna veza, pa zato ni odgovornost podstrekača ne može se vezivati za radnju izvršioca. Tada nema zajedničkog djelovanja više lica za ostvarenje određenog krivičnog djela, nema ni saučesništva. Odgovornost podstrekača zavisiće od toga da li je radnja podstrekavanja predviđena kao samostalno krivično djelo ili ne. Ako je podstrekač navodio izvršioca da drugome nanese laku tjelesnu povredu, a izvršilac učini krivično djelo sitno djelo krađe, radnja podstrekavanja ne stoji u uzročnoj vezi sa radnjom izvršenja, saučesništva nema, a pošto neuspjelo podstrekavanje na krivično djelo lake tjelesne povrede nije kažnjivo, podstrekač neće biti krivično odgovoran. Ako podstrekač navodi izvršioca da izvrši djelo ubistva, a izvršilac učini krivično djelo teške krađe, podstrekač neće odgovarati za djelo izvršioca, jer nema saučesništva u djelu krađe, ali će odgovarati za neuspjelo podstrekavanje na krivično djelo ubistva (jer je za ovo krivično djelo predviđena kazna zatvora teža od pet godina).

Ako je umišljaj podstrekača i izvršioca upravljen na izvršenje istog krivičnog djela, pa izvršilac učini djelo iste vrste, ali teže prirode (tzv. eksces izvršioca), podstrekač će odgovarati u granicama svog umišljaja, odgovaraće za djelo na koje je podstrekavao, a ne za izvršeno krivično djelo. Tako u slučaju ako podstrekač navede izvršioca da učini krivično djelo krađe, a izvršilac učini i krivično djelo razbojništva, podstrekač je odgovoran samo za krivično djelo krađe, a ne za krivično djelo razbojništva. Od ovog pravila postoji jedan izuzetak i to u slučaju ako je izvršilac učinio

kvalifikovani oblik krivičnog djela na koje je bio podstreknut; u tom slučaju i odgovornost podstrekača se procjenjuje po pravilima koja važe za odgovornost izvršioca u slučaju izvršenja krivičnih djela kvalifikovanih težom posljedicom (član 17 KZ). Kod ovih krivičnih djela, svaki učinilac, dakle i saučesnik, kazniće se težom kaznom koju zakon propisuje zbog teže posljedice, ako se ta posljedica može pripisati nehatu saučesnika.

Kad je podstrekač naveo izvršioca da učini neko krivično djelo pa izvršilac učini blaži oblik tog istog djela ili neko istovrsno djelo koje je lakše od onog na koje je bio podstreknut, u tom slučaju, radnja podstrekača stoji u uzročnoj vezi sa ostvarenim djelom, i prema tome, saučesništvo postoji. Podstrekač odgovara za djelo izvršioca; za djelo koje je blaže od onog na koje je podstrekanje bilo upravljeno. To znači, da ako podstrekač navede izvršioca da učini krivično djelo teške krađe provaljivanjem, a izvršilac učini krivično djelo obične krađe, bez provaljivanja, podstrekač će odgovarati za krivično djelo obične krađe, bez obzira što mu je umišljaj bio upravljen na izvršenje teške krađe. Na ovaj način se odstupa od pravila da podstrekač i pomagač odgovaraju u granicama svog umišljaja.⁶

6. Dobrovoljni odustanak kod saučesništva

U Krivičnom zakoniku posebno je regulisano pitanje dobrovoljnog spriječavanja izvršenja djela od strane saučesnika. Prema ovom zakonskom rješenju potrebno je ispunjenje dva uslova - da je saučesnik spriječio izvršenje krivičnog djela, i da je to učinio dobrovoljno. Spriječavanje izvršenja djela podrazumijeva spriječavanje njegovog dovršenja, odnosno onemogućavanje nastupanja posljedice. Ukoliko bi djelo bilo dovršeno, ova okolnost bi se mogla cijeniti kao olakšavajuća pri odmjeraivanju kazne.

Za primjenu odredbe o dobrovoljnom odustanku, irelevantno je, na koji način je saučesnik spriječio izvršenje krivičnog djela; bitno je, da je odustanak od izvršenja krivičnog djela bio dobrovoljan. Saizvršilac, podstrekač i pomagač koji dobrovoljno spriječi izvršenje krivičnog djela, može se osloboditi od kazne (član 26. stav 2 KZ).

7. Uticaj ličnih odnosa, svojstava i okolnosti na krivičnu odgovornost saizvršioca, podstrekača i pomagača

Poseban značaj za utvrđivanje krivične odgovornosti saizvršioca, podstrekača i pomagača imaju lični odnosi, svojstva i okolnosti. Ona mogu biti od uticaja na: zasnivanje krivične odgovornosti; isključenje krivične odgovornosti; isključenje kažnjivosti i odmjeraivanja kazne i drugih krivičnih sankcija.

⁶ B. Vučković, V. Vučković, Krivično pravo Crne Gore, drugo dopunjeno i izmjenjeno izdanje, Tivat, 2011.g., str. 164-165.

Krivično djelo je zajedničko djelo izvršioca i saučesnika, pa se postavlja pitanje, kako će se rješavati situacija ako kod izvršioca, saizvršioca ili nekog drugog saučesnika postoje određeni lični odnosi, svojstva ili okolnosti koji su od uticaja na krivičnu odgovornost ili kažnjivost, ali ne postoje kod svih izvršilaca, kod svih saučesnika. U odredbi člana 26. stav 3. KZ, za ovu situaciju sadržano je pravilo, da lični odnosi, svojstva ili okolnosti usljed kojih zakon isključuje krivicu ili dozvoljava, odnosno propisuje oslobođenje od kazne, smanjenje ili povećanje kazne-mogu se uzeti u obzir samo onom izvršiocu, saizvršiocu, podstrekaču ili pomagaču kod koga takvi odnosi, svojstva ili okolnosti postoje. Može se zaključiti, da lični odnosi, svojstva i okolnosti koji su od značaja za krivicu i kažnjivost, načelno se uzimaju u obzir samo onom izvršiocu ili saučesniku kod koga se nađu. Ako ovi odnosi predstavljaju obilježje nekog osnovnog krivičnog djela i na taj način zasnivaju krivicu izvršioca, proširuju se sa izvršioca i na saučesnike.

Zaključak

Saučesništvo je sticaj više lica u izvršenju jednog krivičnog djela, uz ostvarivanje objektivnih i subjektivnih elemenata. Postojanje svijesti o zajedničkom djelovanju u izvršenju krivičnog djela, je neophodan uslov za postojanje saučesništva.

Po teoriji limitirane akcesornosti, da bi postojala krivična odgovornost saučesnika, neophodno je da je izvršilac izvršio protivpravnu radnju za koju zakonik propisuje kaznu. Ovo je opšti uslov za postojanje krivične odgovornosti saučesnika. Od ovog opšteg uslova, postoje izuzeci, jer više lica učestvuje u izvršenju krivičnog djela, a što se odražava i na krivičnu odgovornost tih lica. Usljed toga, javljaju se izvjesna, specifična pravila koja proizilaze iz specifičnosti saučesništva kao posebnog oblika izvršenja krivičnog djela. Najznačajnije situacije su: odgovornost saučesnika za umišljajni doprinos izvršenju krivičnog djela, odgovornost saučesnika u granicama njihovog umišljaja ili nehata i uticaj ličnih odnosa, svojstava i okolnosti na krivičnu odgovornost saučesnika.

Zakonik, pored odredaba o granicama odgovornosti saučesnika za izvršeno krivično djelo, reguliše i situaciju dobrovoljnog odustanka, kao osnov za oslobođenje od kazne, koji važi za sve saučesnike.

Krivični zakonik Crne Gore prihvata teoriju ograničene akcesornosti, ali ne isključuje ni principalno stanovište. Odgovornost saučesnika vezana je za radnju izvršioca kojom je ostvareno krivično djelo. Kada su u ostvarivanju krivičnog djela učestvovali saučesnici, njihovo zajedničko djelo, po pravilu se mora posmatrati jedinstveno, s obzirom na nastupjelu posljedicu.

Summary

The author in this work has elaborated the problem of complicity, its special forms and the responsibility of accomplice. It is done in seven parts of work.

It is pointed to the voluntary desistance of execution of criminal act and the responsibility of accomplice in these cases.

Special analysis is given for solutions contained in criminal code of Montenegro.

КОРПОРАТИВНО КРИВИЧНО ПРАВО У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Проф. др Драган Јовашевић*

***Апстракт:** Доношењем посебног Закона о одговорности правних лица за кривична дела 2008. године на основу усвојених међународних (универзалних и регионалних) стандарда и Република Србија се прикључила великом броју савремених држава које су увеле у свој правни систем правила о кривичној одговорности и кажњивости правних лица као учинилаца кривичних дела. На тај начин је конституисана нова грана казног права – корпоративно кривично право – са низом специфичних правила о систему кривичних санкција за правна лица и правила за њихово изрицање и извршење. Управо о појму и карактеристикама корпоративног кривичног права и одговорности правних лица за кривична дела у правном систему Републике Србије говори овај рад.*

***Кључне речи:** правно лице, кривично дело, закон, одговорност, кривична санкција, суд, одмеравање кривичне санкције.*

ОСНОВНИ ПОЈМОВИ КОРПОРАТИВНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Корпоративно кривично право¹ или право о кривичној одговорности правних лица је само део, сегмент класичног кривичног права. Стога се оно може посматрати у двојаком смислу: 1) као грана позитивног права и 2) као грана правне науке. Схваћено на први начин корпоративно кривично право је систем законских прописа (*ius publicum*) којима се одређују појам, елементи одговорности, систем кривичних санкција и поступак за њихово изрицање и извршење правним лицима као учиниоцима кривичних дела и систем кривичних дела која могу извршити ова лица у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности или је то скуп правних норми које одређују садржаје и обим овлашћења државе на кажњавање правних лица при чему темељна претпоставка за примену тих норми представља одређено

* Проф. др Драган Јовашевић, Правни факултет Универзитета у Нишу.

¹ Д. Јовашевић, Корпоративно кривично право, Ниш, 2012. године, стр. 3-5.

понашање које је прописано као кривично дело.² У овом значењу се корпоративно кривично право изједначаје са кривичним законодавством.

Другим речима, корпоративно кривично право је само део правног поретка који прописује која се људска понашања одређују као кривична дела и каква је правно организована реакција према правним лицима као учиниоцима таквих дела.³ Корпоративно кривично право се такође може одредити као систем прописа којима се у једној држави одређује која се понашања сматрају као кривична дела и које казне и друге кривичне санкције и под којим условима могу бити примењене према правним лицима као њиховим учиниоцима⁴, односно као систем законских прописа којима се заштићују основне вредности друштвене заједнице на начин којим се понашања која их повређују или угрожавају одређују као кривична дела и којим се за њихове учиниоце прописују кривичноправне санкције⁵.

Корпоративно кривично право као грана правне науке представља систематизовани скуп знања о основним појмовима и институтима који су прописани позитивним кривичним законодавством када се правна лица јављају као учиниоци кривичних дела или је то наука која проучава позитивно корпоративно кривично право са циљем да систематски изложи и протумачи ове правне прописе и открије њихов смисао и социјалну намену.

Материјална (социјална) карактеристика корпоративног кривичног права састоји се у његовој социјалној функцији – а то је заштита најзначајнијих друштвених добара и вредности одређене државе.⁶ Та заштита се остварује прописивањем, изрицањем и извршењем санкција које имају принудни карактер, а које се примењују према правним лицима као учиниоцима кривичних дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности. Кривично право, дакле, проглашава одређена људска понашања као кривична дела, а корпоративно кривично право предвиђа за правна лица као њихове учиниоце

² П. Новоселец, Опћи дио казненог права, Загреб, 2004. године, стр. 1.

³ Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, Скопје, 1998. године, стр. 2.

⁴ Ж. Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 12. У правној теорији постоје и друга појмовна дефинисања кривичног права, па се кривично право одређује и на следећи начин : као систем правних правила којима се у одређеној држави заштићују одређене вредности (добра или интереси) од понашања којима се те вредности повређују или угрожавају тиме што се таква понашања проглашавају за кривична дела и што се прописују кривичне санкције које се примењују према њиховим учиниоцима (Б. Златарић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1977. године, стр. 3); као систем законских правних правила која прописују претпоставке кажњивости и примене санкција које се могу изрећи учиниоцима кривичних дела (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *op.cit.*, стр.1-2).

⁵ В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, Ријека, 2009. године, стр. 2.

⁶ Задатак кривичног права је заштита правних добара преко заштите основних, елементарних социјално-етичких вредности у оквиру праведности (Н. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1960. године, стр.5).

одређену врсту и меру казне или друге кривичне санкције. Из тога произилази и циљ ове гране права - утицање на људско понашање у оквиру правних лица и предузетника на посредан начин прописивањем забрањених и кажњивих понашања чиме се утиче на људе у погледу избора начина понашања у складу са прописима правног поретка или против њега. То значи да циљ корпоративног кривичног права није у самој примени казне према непослушним правним лицима.⁷

Корпоративно кривично право наше државе је део јединственог правног система, али које у том систему има посебан задатак - да обезбеди од стране правних лица закониту, квалитетну, ефикасну и благовремену заштиту вредности, добара и интереса предвиђених кривичним законодавством. На основу наведених карактеристика корпоративно кривично право Републике Србије се може дефинисати као систем законских прописа којима се одређују кривична дела и кривичне санкције, као и основи и услови за примену кривичних санкција према правним лицима као учиниоцима кривичних дела, те поступак за њихово изрицање и извршење у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (члан 4. Кривичног законика⁸ - КЗ РС), а то су човек и друге основне друштвене вредности без прецизног назначења у чему се оне састоје.⁹

1. Назив и предмет корпоративног кривичног права

Будући да се ради о релативно новој грани права¹⁰ која још увек у великом броју држава нема правну самосталност већ је садржана у одредбама основног Кривичног закона (законика), то он још увек нема опште прихваћен назив. Ми смо за ову грану права употребили назив ‘‘корпоративно кривично право’’ покушајавајући да на тај начин укажемо да се овде ради о криминалитету корпорација (правних лица) као привредних субјеката у привредном пословању у унутрашњем или спољнотрговинском пословању. Но, на исти начин, ова би се грана права могла назвати и ‘‘компанијско кривично право’’. Оба назива одсликавају садржину и суштину кривичен одговорности и кажњивости правних лица као колективитета.

Нешто је шири појам за ову област привредно кривично право. Оно би, већ по називу, указивало на своју садржину која је двојаког карактера : 1) привредни карактер учинилаца кривичних дела - привредни субјекти и 2) при-

⁷ Љ.Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2003. године, стр. 2-3.

⁸ Службени гласник Републике Србије број 85/2005. Више : Д.Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године.

⁹ Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 25-26.

¹⁰ Д. Јовашевић, Корпоративно кривично право, Ниш, 2012. године, стр.7-11.

вредни карактер учињених кривичних дела – кривична дела против привреде (привредни криминалитет). Оно би по садржини превазилазило појам привредно казнено право које је обухватало раније привредно преступно право (право чији је извор Закон о привредним преступима из 1977. године).¹¹ Овако схваћено корпоративно кривично право представља само посебно кривично право које се примењује на одређену врсту субјеката, на одређене категорије лица (попут малолетничког кривичног права које се примењује на малолетна лица¹², војно кривично право којесе примењује на војна лица¹³).

Но, и у кривичном праву Републике Србије се поред назива кривично право, користи и назив казнено право.¹⁴ Овај назив обухвата све гране права које се баве јавноправним деликтима – кривичним делом, привредним преступом или прекршајем. Тако појам казнено право обухвата: а) кривично, б) привредно-преступно и в) прекршајно (административно казнено) право.

Корпоративно кривично право као грана позитивног права се бави одређивањем појма и основа одговорности правних лица као учинилаца кривичних дела и кривичних санкција, као и основа и услова за изрицање и извршење кривичних санкција. Према томе, кривична одговорност и кривична санкција, појављују се као основни појмови и институти којима се бави корпоративно кривично право као грана позитивног права, али и као грана правне науке.

Одређивањем кривичних дела, кривично право штити најзначајније друштвене вредности. Средства за заштиту тих вредности од различитих облика и видова угрожавања или повреде јесу кривичне санкције. Кривичне санкције имају принудни карактер јер се примењују против воље учиниоца кривичног дела. Оне се састоје у ограничавању или одузимању учиниоцу кривичног дела права или слобода које има као грађанин на основу позитивних

¹¹ Д. Јовашевић, Коментар Закона о привредним преступима, Београд, 2001. године.

¹² Д. Јовашевић, Малолетничко кривично право, Ниш, 2011. године, стр. 4-11.

¹³ В. Грозданић, М.Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, *op.cit.*, стр. 5.

¹⁴ Казнено право представља збирни појам за скуп правних норми које предвиђају принудне мере са циљем заштите одређених односа у друштву (Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, *op.cit.*, стр.2) или је то део правног система који садржи прописе којима се одређују кажњива понашања физичких или правних лица која су због њихове неприлагођености заједничком животу, опасности (погибелности) за одређено друштво и добра у тој заједници или из других разлога неприхватљива, па због тога недопуштена и забрањена (Ж. Хорватић, Кривично право, Опћи дио, *op.cit.*, стр.7). Разлог за прописивање кривичних дела и казни лежи у потреби друштва за заштитом основних вредности друштвене заједнице од понашања која их повређују или угрожавају. Кривично право се, тако, јавља као најтежи облик државне принуде и последње средство друштва (*ultima ratio societatis*). Управо, ова заштитна функција чини материјални елемент дефиниције кривичног права које ставља у законске оквире суверено право државе на кажњавање, али и ограничавајући га само на она понашања која су законом прописана као кривична дела (В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, *op.cit.*, стр. 2-3).

правних прописа. Систем кривичних санкција које се примењују према физичком лицу као учиниоцу кривичног дела је прописан у Кривичном законнику. А када се правно лице јави у улози учиниоца кривичног дела, према њему се примењују кривичне санкције које су прописане корпоративним кривичним правом.

Наравно, те две гране права не треба посматрати изоловано јер су они део јединственог правног механизма којим се држава покушава ефикасно, законито и квалитетно супротставити свим облицима и видовима криминалитета физичких и правних лица. За примену кривичних санкција према правном лицу примењују се посебна правила и посебни основи одговорности. Но, када се ради о одговорности одговорног лица у правном лицу које је својом радњом чињења или нечињења проузроковало последицу кривичног дела због које одговара и правно лице, тада се примењују правила општег кривичног права. Али, да би се санкција могла применити, морају се утврдити основи и услови који оправдавају њену примену. Отуда утврђивање основа и услова за примену кривичне санкције, у првом реду кривичне одговорности такође чини предмет кривичног права. То значи да је корпоративно кривично право позитивна грана законодавства државе која има за предмет регулативе да одреди и кривичну санкцију и основе и услове за примену кривичне санкције.

Но, корпоративно кривично право није само грана законодавства, већ и научна дисциплина, грана правне науке. Као грана науке, корпоративно кривично право се бави проучавањем појмова и института који чине предмет његове регулативе : кривичне одговорности правног лица и кривичне санкције. То проучавање је неопходно како би се ови појмови и институти на ефикасан начин могли применити у конкретним случајевима извршења кривичног дела од стране једног или више правних лица. Али кривично дело, кривична санкција и остали институти кривичног права нису само правне појаве, већ су пре свега друштвене појаве које кроз правну форму испољавају своју садржину. А као друштвене појаве оне су подложне променама у развоју друштва што све захтева адекватну анализу, тумачење и објашњење.

2. Функција корпоративног кривичног права

Основна функција (циљ) корпоративног кривичног права као законског права је идентично одређена као и функција општег (основног) кривичног права - то је обављање заштитне функције, односно обезбеђење заштите одређеног друштва и његових вредности од специфичне врсте извршилаца криминалитета – правних лица. Његов је задатак да обезбеди постојање једног друштва, али и да омогући његов даљи развој. Та се заштита остварује на два начина : а) прописивањем која се људска понашања сматрају кривичним делима и б) прописивањем кривичних санкција и услова за њихову примену према учини-

оцима таквих понашања. То је општа и заједничка функција сваког кривичног права.¹⁵ Кривично право је инструмент за заштиту одређеног друштва и система његових заштићених вредности на одређеном степену развоја и као такво оно је специфично јер поседује низ карактеристика по којима се разликује од кривичног права сваке друге државе. Такво је и корпоративно кривично право. Ретка су кривична законодавства која изричито одређују заштитну функцију¹⁶ као што то чини Кривични законик Републике Србије у члану 3. када одређује да је циљ (функција, сврха) кривичног права заштита човека и других основних друштвених вредности (не наводећи о којим се вредностима ради). Овако одређена функција представља основ за одређивање кривичних дела, прописивање и примену кривичних санкција, и то само у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела. Дакле, и корпоративно кривично право има за циљ остварење двојачке функције : а) заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности од њиховог повређивања или угрожавања вршењем кривичних дела од стране правних лица, дакле очување постојећих односа што представља статичку функцију и б) праћење динамике и развоја друштвених односа и учешће у њиховом мењању, унапређивању и заштити што представља динамичку функцију кривичног права.

Заштитна функција корпоративног кривичног права није свеобухватна, већ је делимична или парцијална. Наиме, кривично право не штити сва добра и вредности у једном друштву, већ само она која су најважнија за друштво (као заједницу људи), а изузетно и за појединца. Другим речима, штите се добра и вредности без којих не би било могуће постојање и развој човека и одређеног друштва, у првом реду привредни систем и привредно пословање у целини или поједини његови сегменти. У погледу ове заштите разликују се две врсте вредности : 1) друштвене вредности и добра до чијег очувања је одређеној друштвеној заједници (владајућој структури) нарочито стало и 2) друштве-

¹⁵ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр. 15.

¹⁶ Тако у члану 2. Кривични законик Руске федерације истиче да се ова функција испољава у заштити од преступничких напада на права и слободе човека и грађанина, имовине, друштвеног уређења и друштвене безбедности, оружаних снага и уставног уређења земље као и обезбеђење мира и безбедности човечанства као и спречавање преступа (И. Федосова, Т. Скура-това, Уголовниј кодекс Росијској федерацији, Москва, 2005. године, стр. 20). Кривични законик Бугарске у члану 1. каже да је задатак кривичног права заштита личности и права грађана и уставом утврђеног правног поретка (Наказателен кодекс с посочени старе текстове на изменени-те членове, Норма, Паралакс, Софија, 1998. године, стр.8). Кривични законик НР Кине у члану 2. одређује да је задатак кривичног права да примењује казне у борби против криминалних аката у циљу заштите националне безбедности и политичке власти, народне демократије и социјалног система, својине, грађанских, демократских и других људских права, одржавање социјалног и економског реда и мирног развоја социјалистичког система (С. D. Page, Chinese Criminal Law, Beijing, 1997. године, str. 2). А према члану 1. Кривичног законика Републике Белорусије његова је сврха заштита живота и здравља људи, њихових слобода и права, основа друштвеног, државног и јавног интереса, својине, животне средине и правног поретка од кривичних дела (Criminal code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2000. године, str. 1).

не вредности и добра која имају универзални, општецивилизацијски значај, која се дакле штите у свим друштвима и свим периодима развоја без обзира на облик друштвене организације. Али, чак ни овим добрима и вредностима кривично право не пружа потпуну, већ непотпуну, парцијалну заштиту, тј. заштиту која има фрагментарни карактер. Оно се ограничава на заштиту ових добара и вредности само од одређених напада у виду повреде и угрожавања која су законом прописана као кривична дела, а која могу да учине правна лица. Овако одређена заштитна функција корпоративном кривичном праву даје утилитаристички карактер. Но, она се појављује и као значајан инструмент самоограничавања државе.

Оваква делимична, фрагментарна заштита је не само оправдана, већ и једино могућа, јер би свеобухватна и тотална заштита довела до негације слободе и онемогућавања њеног развоја, као и развоја друштва у целини, што би значило негацију сврхе заштите. Заштита ових друштвених вредности не остварује се само путем кривичног права, већ и путем других грана права (посебно привредним, трговинским, саобраћајним, водним, морским, туристичким, компјутерским, еколошким), тј. целим правним системом, при чему ова заштита има општији и примарни карактер за разлику од кривичноправне заштите која има специјални, секундарни, субсидијарни карактер. Механизам кривичноправне заштите одређених друштвених вредности ступа у дејство тек када се утврди да је механизам заштите неке друге гране права недовољан да обезбеди очување тих добара или вредности. У том смислу се оно појављује као *ultima ratio* правног поретка, као његов последњи и најважнији чувар.¹⁷

Иако се кривичноправна заштита друштвених вредности остварује углавном кроз казну као најважнију кривичну санкцију услед чега јој се даје репресивни, ретрибутивни карактер, она се не остварује само кроз ретрибуцију и одмазду, већ и кроз превенцију (спречавање) вршења кривичних дела. Шта више циљ је корпоративног кривичног права да утиче на понашање правних лица, одговорних лица у њима и предузетника (кроз јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона) како би се они уздржали од кршења прописа и вршења кривичних дела. Функција нашег корпоративног кривичног права је заштита најзначајнијих друштвених добара и вредности ‘‘заштићених’’ кривичним законодавством. Ова се заштита остварује на специфичан начин. Наиме, корпоративно кривично право не регулише друштвене односе непосредно, тј. оно не прописује правила понашања, већ одређује санкције за непоштовање постојећих друштвених, а пре свега правних правила понашања. Другим речима, заштита наведених вредности остварује се на тај начин што се одређују људска понашања која представљају кривична дела и што се за таква понашања прописују кривичне санкције према њиховим учиниоцима у циљу сузбијања

¹⁷ Ф. Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978. године, стр. 2-13; Б. Златарић, Кривично право, Први свезак, Загреб, 1970. године, стр. 73-79; Ж. Хорватић, Кривично право, Опћи дио, *op.cit.*, стр.31-32.

криминалитета. Дакле, кривичноправна заштита остварује се *post factum*, онда када је заштићено добро већ повређено или угрожено. Због те чињенице изгледа да заштитна функција, која се најчешће остварује применом казне, има чисто репресивни карактер. Кроз казну се, поред репресије, остварује и превенција, и то како индивидуална, тако и генерална.

3. Систем и извори корпоративног кривичног права

Иако корпоративно кривично право представља део, сегмент општег кривичног права са својом специфичном садржином и ограниченим предметом, ипак не треба негирати његову правну самосталност. Истина, оно се развијало и стасавало у оквиру и под окриљем кривичног права, али је с временом добило и своју самосталност, како у међународним, тако и у националним оквирима. Та је самосталност посебно истакнута у оним правним истемима где је корпоративно кривично право и формално издвојено из система кривичног права као што је случај у : Србији, Хрватској¹⁸, Словенији¹⁹, Аустрији, Црној Гори²⁰ које су донеле посебне самосталне законе о одговорности правних лица.

Систем корпоративног кривичног права чине три дела. То су: 1) материјално, супстанцијално, 2) процесно, формално и 3) извршно. Материјално (супстанцијално) право представља систем законских прописа којима се одређују појам и карактеристике правних лица, кривична одговорност и систем кривичних санкција, као и основи и услови за утврђивање одговорности и кажњивости правних лица. Оно се може манифестовати, реализовати тек посредством процесног права. Наиме, процесно (формално) право као систем законских прописа одређује појам и врсте процесних субјеката, процесна начела, архитектонику и ток кривичног поступка за правна лица као учиниоце кривичних дела. А извршно право (право извршења кривичних санкција) одређује поступак, начин и услове извршења извршених кривичних санкција од стране кривичног суда.

У правној теорији се кривично право (као основно, опште) може поделити на различите врсте посебних права као што су: малолетничко, међународно, војно, службеничко (корупцијско), корпоративно итд.²¹ Поред тога, кривично

¹⁸ Народне новине Републике Хрватске број 151/2003.

¹⁹ Урадни лист Републике Словеније број 98/2004.

²⁰ Службени лист Републике Црне Горе број 2/2007.

²¹ У правној теорији се могу наћи схватања према којима "опште" кривично право значи право које се односи на све грађане без изузетака, док је "посебно" право оно које се односи на посебне категорије лица : малолетнике, војна лица (Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, *op.cit.*, стр. 7 или В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казно право, Опћи дио, *op.cit.*, стр. 5). Но, уобичајено је да опште кривично право садржи одредбе које важе за сва кривична дела. Њима се уређују претпоставке кажњивости и кривичних санкција, док посебни део садржи само

(национално) право се даље може поделити на: а) основно и б) допунско. Основно кривично право Републике Србије је садржано у Кривичном законнику Републике Србије (КЗ РС)²², Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗОМУКД)²³ и Закону о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД)²⁴. Допунско, помоћно или споредно кривично право чине кривичноправне одредбе садржане у другим законима који уређују односе у другим областима права.

У савременом кривичном праву данас владајући је принцип законитости или легалитета.²⁵ То је не само основни принцип кривичног права и корпоративног кривичног права, већ представља и један од уставних постулата.²⁶ На његов значај указује чињеница да је одређен чланом 1. КЗ РС према коме нико не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је било учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено. Најчешће се овај принцип изражава максимом: *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (кривичног дела, ни казне, нема без закона).

У основи овог принципа се налази остварење гарантивне (заштитне) функције кривичног права при чему се гарантује заштита слобода и права учиниоцу кривичног дела чиме се поставља ефикасна брана арбитрерности, самовољи и евентуалним злоупотребама органа кривичне репресије. У теорији се истиче да принцип законитости има вишеструко дејство : 1) искључује примену неписаног, обичајног права (*nullum crimen sine lege scripta*), 2) забрањује ретроактивну (повратну) примену закона (*nullum crimen sine lege praevia*) на случајеве који су се десили пре његовог ступања на снагу (при чему овај принцип трпи одређене изузетке у случају примене најблажег закона), 3) захтева да норме којима се одређују обележја бића кривичних дела буду јасне, разумљиве, конкретне и прецизне како би се недвосмислено могло закључити у којим случајевима постоји и које кривично дело (*nullum crimen sine lege certa*) и 4) искључује примену аналогije (*nullum crimen sine stricta*).

Из тога принципа произилази да је основни, главни и непосредни извор корпоративног кривичног права – закон. Ту се разликују два закона. То

описе појединих кривичних дела и казне које се могу изрећи њиховим учиниоцима (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, *op.cit.*, стр.4) .

²² Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

²³ Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

²⁴ Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

²⁵ В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Општи дио, *op.cit.*, стр. 23-24.

²⁶ Овај принцип је предвиђен у члану 34. Устава Републике Србије под називом: “Правна сигурност у казненом праву” (Службени гласник Републике Србије број 98/2006) и у члану 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Службени лист СЦГ број 9/2003 и 5/2005).

су : 1) Закон о одговорности правних лица за кривична дела²⁷ и 2) Кривични законик. Закон о одговорности правних лица за кривична дела уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи правним лицима и правила поступка у којем се одлучује о кривичној одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мера безбедности или правних последица осуде и извршењу судских одлука (члан 1. ЗОПЛКД). То је, закон, којим се допуњују одредбе Кривичног законика у случајевима када се као учинилац тим закоником предвиђених кривичних дела (и кривичних дела из споредног, помоћног, посебног кривичног законодавства) јавно правно лице.

То значи да и Кривични законик такође представља извор корпоративног кривичног права будући да члан 2. ЗОПЛКД одређује да правно лице одговара за кривична дела из посебног дела Кривичног законика и других закона, ако су испуњени услови за њихову одговорност. Коначно, у члану 34. ЗОПЛКД одређује сходну примену одредаба Кривичног законика и на правна лица у примени бројних општих института кривичног права као што су нпр.: кривично дело, начин извршења кривичног дела, време и место извршења кривичног дела, дело малог значаја, крајња нужда, подстрекавање, помагање, поврат, сврха казне, условне осуде или мера безбедности итд.

ПРАВНО ЛИЦЕ КАО СУБЈЕКТ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

1. Појам и врсте субјекта кривичног дела

У правној теорији разликују се две врсте субјеката кривичног дела: 1) активни и 2) пасивни субјект.

Активни субјект кривичног дела је лице које својом радњом чињења или нечињења проузрокује последицу кривичног дела на објекту напада. То је учинилац кривичног дела који може да буде : а) извршилац и б) саучесник (подстрекач или помагач). По правилу, свако физичко лице може да буде учинилац кривичног дела под условом да је навршило четрнаест година, као и правно лице. Али код појединих кривичних дела закон тражи посебно лично својство, однос или околност лица да би оно могло бити учинилац дела – *delicta propria* (кривична дела са посебним, специјалним субјектом нпр. службена или војна кривична дела). Као субјект кривичног дела сматра се и лице које се при предузимању радње извршења послужило животињом, механичком или природном силом.

С обзиром на подобност за кривицу, учинилац кривичног дела може да буде: а) кривац и б) неурачунљиво лице, при чему се на страни субјекта кривичног дела разликује: а) малолетник и б) млађе пунолетно лице који имају по-

²⁷ Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

себан кривичноправни статус. Активни субјект кривичног дела може да оствари свршено или покушано кривично дело при чему се на страни извршиоца могу јавити следећа својства²⁸: а) непосредни извршилац - лице које само предузима радњу кривичног дела, б) посредни извршилац – лице које користи друго лице као средство за извршење кривичног дела и в) саизвршилац - када више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједнички изврше кривично дело или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела.

Пасивни субјект кривичног дела (оштећени или жртва) је лице које је повређено или угрожено извршеним кривичним делом. То је лице коме припада добро или вредност према коме се предузима радња извршења кривичног дела. За разлику од активног субјекта, пасивни субјект нема значајнију улогу у кривичном праву. Углавном је својство пасивног субјекта од значаја за примену појединих општих института кривичног права: нужне одбране, крајње нужде, пристанка повређеног, самоповреде, код одмеравања казне, код покретања кривичног поступка у случају када закон за одређено кривично дело тражи предлог или приватну тужбу оштећеног, односно код поравнања учиниоца кривичног дела са оштећеним (као основа за ослобођење од казне).

Одређивање пасивног субјекта у пракси може да изазове тешкоће јер понекад више лица код једног кривичног дела могу да се појаве као оштећена лица (блиски сродници). Због тога се сматра да је пасивни субјект лице које је носиоца права и интереса која су повређена вршењем кривичног дела, тј. лице које је титулар добра чија заштита је сврха кривичног дела.²⁹ Пасивни субјект може да буде свако физичко и правно лице при чему се код неких кривичних дела јавља више лица у улози пасивних субјеката. У теорији је општеприхваћено да једно лице не може бити истовремено и активни и пасивни субјект.

Од најстаријих времена (римско право) прихваћено је правило да правна лица не могу да буду субјект кривичног права јер су они носиоци грађанске, али не и кривичне одговорности.³⁰ Али са развојем капиталистичке привреде јавиле су се ситуације у којима привредна предузећа и други привредни субјекти крше прописе у области привредног или финансијског пословања и наносе штете другим физичким или правним лицима, па и државама у целини. То је условило потребу да се уведе казнена одговорност правних лица. У правној теорији се разликује више схватања о томе да ли правно лице може да буде активни субјект (учинилац) кривичног дела:

²⁸ Д. Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, Сарајево, број 1-2/2010. године, стр. 81-100.

²⁹ Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 77-81; група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995. године, стр. 126-131.

³⁰ Д. Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Босне и Херцеговине, Страни правни живот, Београд, број 1-3/2006. године, стр. 284-302.

1. теорија фикције – према којој је правно лице фикција која не може да изврши кривично дело. У основи овог схватања је стари принцип ‘*societas delinquere non potest*’ из кога произилазе следећи закључци : а) кривично дело се врши телесним покретом или пропуштањем телесног покрета, што може да учини само човек, б) правно лице не поседује свест и вољу и не може да има психички однос, па ни да буде криво за учињено дело и в) казна примењена према правном лицу није лична јер би погодила све чланове правног лица, па и оне који су били против извршења делатности због које се она изриче,

2. теорија реалности – према којој је правно лице органско, реално биће, а не фикција, које има своје органе одлучивања и представнике који извршавају ове одлуке. Стога је воља ових органа (представника) заправо воља правног лица, па је оно способно за психички однос према учињеном кривичном делу – за кривицу и

3. компромисна теорија – према којој правном лицу треба изузетно да се призна својство активног субјекта кривичног дела.³¹

Данас је у казненом праву низа европских држава опште прихваћено да правна лица могу да буду учиниоци посебне врсте кажњивих дела (преступа и прекршаја), посебно у области привредног и финансијског пословања, односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у Кривичном законнику, члану 30. је предвиђено да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна ако његови органи или са њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист).

2. Развој кривичне одговорности правног лица

Кривично право бивше СФР Југославије је непосредно после Другог светског рата предвиђало кажњавање правних лица за кривична дела (члан 10. Закона о кривичним делима против народа и државе, члан 11. Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажии и члан 14. Закона о врстама казни). Општи део Кривичног закона из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно да буде субјект кривичног дела у случајевима када је у закону изричито одређена његова одговорност. Кривични законик ФНРЈ из 1951. године и Кривични закон СФРЈ из 1976. године нису предвиђали кривичну одговорност правних лица.

³¹ М. Радовановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1975. године, стр. 19-193; Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1988. године, стр. 136-137; З. Томић, Кривично право, Кривично дјело, Сарајево, 2007. године, стр.106-110; Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и ХЕрцеговине, Сарајево, 2005. године, стр.325-327.

У савременом кривичном праву данас су присутне тенденције у правцу успостављања кривичне одговорности правних лица. Тако је на Првом и Другом конгресу међународног удружења за кривично право 1926. и 1929. године прихваћено схватање да правна лица представљају друштвене снаге које могу да буду опасне за вршење кривичних дела и других недозвољених дела којима се наносе или се могу нанети огромне штете правима и интересима других. На Седмом конгресу овог удружења 1937. године донета је резолуција која је предвиђала одговорност правних лица за кривична дела у случајевима који су одређени законом. Међународни конгрес за кривично право који је 1994. године одржан у Рио де Жанеиру препоручио је националним законодавствима да пропишу кривичну одговорност не само руководећих лица, већ и самих институција (правних лица – предузећа и других јавних лица), додуше у области еколошке деликвенције. Конвенција ОУН против транснационалног организованог криминала усвојена у Палерму 2000. године изричито прописује кривичну, грађанску и административну одговорност правних лица за кривична дела у оквиру организованог транснационалног криминала.³²

Савет Европе је 1988. године донео препоруку П-88/18 којом је државама чланицама препоручено да у своја национална законодавства уведу систем кажњавања предузећа која имају статус правних лица за преступе учињене у свом пословању. Потом Савет Европе 1996. године доноси препоруку П-(96) 8 која се односи на криминалну политику у Европи у време промена. За увођење кривичне одговорности правних лица од посебног значаја су три конвенције Савета Европе : 1) Конвенција о заштити животне средине путем кривичног права³³ из 1998. године која инаугурише одговорност правних лица за кривична дела којима се повређује или угрожава животна средина под условом да је одговорно лице учинило кривично дело у име и за рачун правног лица, 2) Кривичноправна конвенција о корупцији³⁴ из 1999. године која прописује кривичну одговорност правних лица за кривична дела корупције. Од ове одговорности су изузете држава и друга јавна тела која врше државну власт, као и међународне организације. Овом је конвенцијом државама чланицама постављена обавеза да у националном законодавству уведу кривичну одговорност и кажњивост правних лица за корупцијска кривична дела, посебно дела активног подмићивања, трговину утицајем и прање новца које учини одговорно лице које има водећу улогу у саставу правног лица, поступајући самостално или у саставу тог правног лица и 3) Конвенција о сајбер криминалу из 2001. године која успоставља кривичну одговорност правних лица за: кривична дела повреде тајности и доступности компјутерских података и система, компјутерска кривична дела и кривична дела повреде ауторских и сродних права.

³² Д. Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, Сарајево, број 1-2/2010. године, стр. 81-100.

³³ Д. Јовашевић, Заштита животне средине, Београд, 2005. стр. 26-27; Д. Јовашевић, Систем еколошких деликата – еколошко казниено право, Ниш, 2009. године, стр. 89-117.

³⁴ Више : Д. Јовашевић, Кривична дела корупције, Београд, 2009. године.

И друге европске регионалне организације су се укључиле у ову активност. Тако је Европска унија донела два документа од значаја за корпоративно кривично право. То су: 1) Други протокол уз Конвенцију о заштити финансијских интереса Европске уније из 1995. године који успоставља обавезу за државе чланице на предузимање потребних мера којима би се успоставила кривична одговорност правних лица за кривична дела: а) преваре, б) активног подмићивања и в) прања новца ако су та дела учињена у њихову корист. На сличан начин обавезу кажњавања за дела активног подмићивања препоручује и 2) Конвенција о забрани подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама из 1997. године коју је донела Организација за европску безбедност и сарадњу.

Последњих деценија 20. века у низу кривичних законодавстава је уведена кривична одговорност и кажњивост правних лица. Тако Кривични законик Краљевине Холандије из 1976. године³⁵ уводи општу кривичну одговорност правних лица за кривична дела која могу извршити с обзиром на своје карактеристике. У Краљевини Шведској је новелом Кривичног законика из 1986. године предвиђено изрицање новчане казне за кривична дела која изврше правна лица.³⁶ Фински Кривични законик из 1996. године³⁷ у првом поглављу под називом: ‘‘Простор примене кривичног права Финске’’, у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом.

Француски кривични законик из 1992. године у низу својих одредби (чл.121-2, 131-12-49) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела.³⁸ Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова: а) да је кривично дело учињено за њихов рачун и б) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. На истин начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности. Кривична одговорност правних лица не искључује при томе истовремену и паралелну одговорност физичких лица за учињено кривично дело када се јаве у улози извршиоца или саучесника у истом кривичном делу. Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 из 2004. године правно лице може да одговара за свако кривично дело, што

³⁵ Више: L. Rayer, S. Wadsworth, The Dutch Penal Code, Colorado, 1997. године.

³⁶ Више: The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990. године.

³⁷ Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki, 1996. године.

³⁸ M. Vauzelle, Nouveau Code penal du 22.Juillet 1992., Mode d emploi, Paris, 1993. године, стр. 54.

значи да је укинут принцип специјалне кривичне одговорности "le principe de specialite" правног лица.³⁹

И Кривични законик Републике Словеније из 1994. године је у члану 33. предвиђао на специфичан начин кривичну одговорност правних лица што је конкретно уређено посебним законом⁴⁰ - Законом о одговорности правних лица за кажњива дела из 2004. године.⁴¹ Босна и Херцеговина новим кривичним законодавством из 2003. и 2004. године уводи систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за кривична дела.⁴² И Република Хрватска 2003. године доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела⁴³ којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела.⁴⁴ На исти начин кривичну одговорност правних лица познаје и Кривични законик Републике Македоније у члану 28а (после новеле из 2004. године) при чему се ради о посебној, "специјалној" одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела. Швајцарски Кривични законик је после новеле из 2003. године такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела.⁴⁵

3. Основ одговорности правног лица

У Републици Србији је кривична одговорност правних лица уведена на основу члана 12. КЗ РС тек 2008. године посебним Законом о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД).⁴⁶ Овај Закон уређује услове одговорности правних лица⁴⁷ за кривична дела, систем кривичних санкција и правила поступка у којем се одлучује о одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мере безбедно-

³⁹ P. Poncela, Droit de la peine, Themis, Paris, 2005. године, стр. 25-37.

⁴⁰ Б. Пенко, К. Стролиг, Казенски законик Републике Словеније, з уводним појаснили, Љубљана, 1999. године, стр. 85; Љ. Бавцон, А. Шелих, Казенско право, Сплошњиј дел, Љубљана, 2003. године, стр. 372.

⁴¹ Урадни лист Републике Словеније број 98/2004.

⁴² Кокољ, М., Јовашевић, Д.: Кривично право Републике Српске, Општи и посебни део, Бијељина, 2011. године, стр.267-271.

⁴³ Народне новине Републике Хрватске број 151/2003.

⁴⁴ П. Новоселец, Темелне претпоставке за одговорност правних особа за кажњива дејања, Правник, Љубљана, број 6-8/2001. године, стр. 6-8; П. Новоселец, Опћи дио казног права, op.cit., стр.455.

⁴⁵ Више: Schweizerisches strafrecht, Bern, 2004. године.

⁴⁶ Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

⁴⁷ Појам, карактеристике и врсте правних лица су уређени Законом о привредним друштвима (Службени гласник Републике Србије број 125/2004).

сти или правне последице осуде и извршењу судских одлука. За кривична дела која су предвиђена у Кривичном законнику и споредном, допунском кривичном законодавству могу поред физичких лица, да одговарају и⁴⁸: 1) домаће и страна правно лице које учини кривично дело на територији Републике Србије, 2) страна правно лице које учини кривично дело у иностранству на штету Републике Србије, нашег држављанина или домаћег правног лица и 3) домаће правно лице које у иностранству изврши кривично дело.

Од кривичне одговорности су изузета следећа правна лица: 1) Република Србија, 2) аутономна покрајина, 3) јединице локалне самоуправе, 4) државни органи, 5) органи аутономне покрајине, 6) органи јединице локалне самоуправе и 7) друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења под условом да је кривично дело учињено у вршењу таквих јавних овлашћења (што значи да они могу да одговарају ако је кривично дело учињено изван "јавних овлашћења").⁴⁹

За одговорност правних лица (члан 6. ЗОПЛКД) потребно је: 1) да је кривично дело учинило одговорно лице у оквиру својих послова или овлашћења у намери да за правно лице прибави корист (без обзира да ли је корист у конкретном случају заиста и прибављена) и 2) да је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица.⁵⁰ При томе је закон изричито одредио да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица (што значи да правно лице одговара за учињено кривично дело, чак и у случају ако је кривични поступак против одговорног лица из законом предвиђених разлога обустављен или је оптужба одбијена).

4. Посебни облици одговорности правног лица

Корпоративно кривично право Републике Србије предвиђа поред основне, редовне одговорности правног лица и његовог одговорног лица за учињено кривично дело, и посебне облике одговорности правног лица. То су⁵¹: 1) одго-

⁴⁸ Д. Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, Сарајево, број 1-2/2010. године, стр. 81-100.

⁴⁹ Д. Јовашевић, Б. Петровић, Кривична одговорност правних лица у савременом кривичном праву, Зборник Правног факултета у Нишу, Ниш, број 49/2007. године, стр. 185-209.

⁵⁰ У правној теорији постоје различита схватања о моделу који оправдава кажњавање правних лица: а) модел објективне одговорности – одговорност на бази самог проузроковања последице кривичног дела, б) модел изведене кривице правног лица из кривице одређених физичких лица – када правно лице одговара у случају да је кривично дело учињено од стране његовог одговорног лица са кривицом и в) модел аутономне одговорности (В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, *op.cit.*, стр. 222-223).

⁵¹ Д. Јовашевић, Криминалитет правних лица и државна реакција, Зборник радова, Криминал и државна реакција, Београд, 2011. године, стр. 121-136.

ворност у случају статусне промене, престанка или стечаја правног лица, 2) одговорност за покушај кривичног дела, 3) одговорност за добровољни одустанак, 4) одговорност за стицај кривичних дела и 5) одговорност за продужено кривично дело.

Први посебан облик одговорности правног лица за кривична дела јавља се у случају његове статусне промене, престанка или стечаја.⁵² У случају да наступе статусне промене правног лица као учиниоца кривичног дела, то не искључује његову кривичну одговорност. Тако је у члану 8. ЗОПЈКД одређено да када правно лице престане да постоји пре окончања кривичног поступка, њему се могу изрећи следеће санкције: 1) новчана казна, 2) мере безбедности и 3) мера одузимања имовинске користи. Ове се кривичне санкције додуше не изричу правном лицу које је учинило кривично дело, већ правном лицу које је његов правни следбеник (сукцесор) под условом да је у спроведеном кривичном поступку претходно већ утврђена кривична одговорност правног лица које је престало да постоји. То значи, да се у овом случају правном следбенику изриче кривична санкција за кривично дело које истина оно није учинило, нити његово одговорно лице будући да је оно преузело имовину правног лица (као учиниоца кривичног дела), па тиме и његова права и обавезе.

Но, ако правно лице престане да постоји после правноснажно окончањог кривичног поступка у коме је утврђена његова одговорност и изречена кривична санкција, тада се изречене санкције и друге кривичноправне мере извршавају према његовом правном следбенику. То значи да се према правном следбенику одговорног и осуђеног правног лица извршавају следеће санкције: 1) новчана казна, 2) мере безбедности и 3) мера одузимања имовинске користи. На исти начин (члан 6. ЗОПЈКД) одговара и правно лице које је након извршења кривичног дела променило правну форму у којој је пословало (ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограничениом одговорношћу, акционарско друштво).

И правно лице које је у стечају⁵³ одговара за кривично дело које је учињено пре покретања или у току самог стечајног поступка, али не и после њега (члан 9. ЗОПЈКД). Стечај је "смрт" правног лица, његово гашење, брисање из регистра привредних субјеката на основу одлуке надлежног привредног суда. Он се проглашава у случајевима када правно лице не може својом имовином (активом) да одговара доспелим обавезама (пасиви). Дакле, и правно лице у стечају може радњом свог одговорног или другог овлашћеног лица да чињењем или пропуштањем оствари неко кривично дело којим нанесе штету имовини другог физичког или правног лица (посебно у вези са кривичним делима проузроковања стечаја или проузроковања лажног стечаја и сл.). У овом

⁵² Д. Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, Сарајево, број 1-2/2010. године, стр.81-100.

⁵³ Закон о стечајном поступку, Службени гласник Републике Србије број 84/2004.

случају се и одговорном правном лицу могу изрећи следеће кривичне санкције: 1) мера одузимања имовинске користи и 2) мера безбедности одузимања предмета.

Посебан облик одговорности правног лица у кривичном праву је одређен у члану 10. ЗОПЛКД. То је одговорност правног лица за покушај кривичног дела, под условом да је такав покушај кажњив по закону. Кажњив је само онај покушај који се односи на кривично дело за које је у закону прописана казна затвора од пет година или тежа казна, а у другим случајевима само када то закон изричито пропише. За покушај кривичног дела одговара: 1) правно лице и 2) његово одговорно лице коме се за може изрећи у закону прописана казна, али се може и блаже казнити (што за правно лице није могуће). Покушај (недовршено кривично дело)⁵⁴ је могући, необавезни стадијум у извршењу кривичног дела. Он постоји када је извршење кривичног дела започето са умишљајем, али није довршено (члан 30. КЗ РС). То је умишљајно започињање извршења кривичног дела које није довело до наступања свих законских обележја кривичног дела.⁵⁵

Поред покушаја кривичног дела, у члану 10. став 3. ЗОПЛКД је предвиђена и одговорност правног лица за добровољни одустанак од извршења кривичног дела. И овде, као и код покушаја, нема проузроковања последице у спољном свету, иако је предузета радња извршења предвиђена у закону као елемент његовог бића. Према овом законском решењу правно лице које спречи довршење кривичног дела може се ослободити од казне. Дакле, добровољни одустанак се јавља као основ за факултативно ослобођење (односно ублажавање) од казне. Добровољни одустанак (члан 32. КЗ РС) постоји када је извршилац покушао извршење кривичног дела, али је добровољно (својевољно) одустао од његовог извршења или је спречио наступање последице, односно када је саизвршилац, подстрекач или помагач добровољно спречио извршење кривичног дела коме је доприносио. То значи да је добровољни одустанак могућ код несвршеног или свршеног покушаја (али не и код неподобног покушаја), било да се ради о делатности извршиоца, саизвршиоца, подстрекача или помагача који су својим активним радњама спречили наступање последице кривичног дела.⁵⁶

Корпоративно кривично право као посебан облик одговорности правног лица познаје и одговорност за стицај кривичних дела. Стицај кривичних дела (члан 60. став 1. КЗ РС) постоји кад учинилац са једном или више радњи учини више кривичних дела за која му није пресуђено, па му се истовремено суди у

⁵⁴ Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр. 579.

⁵⁵ Д. Јовашевић, Покушај кривичног дела, Архив за правне и друштвене науке, Београд, број 3-4/2006. године, стр. 1431-1450. На сличан начин говори и Т. Живановић када свршено и покушано дело одређује као две појамно највише опште врсте кривичних дела (Т. Живановић, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1934. године, стр.99).

⁵⁶ F. Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Munchen, 1980. године, стр. 191.

истом кривичном поступку, доноси једна пресуда и изриче једна главна казна. Према члану 17. ЗОПЈКД правном лицу се одмерава казна за више кривичних дела која су извршена у идеалном или реалном стицају применом следећих правила⁵⁷: 1) за свако учињено кривично дело у саставу стицаја правном лицу се изриче новчана казна, 2) јединствена новчана казна се изриче у висини збира претходно утврђених казни с ограничењем да не сме да пређе износ од петсто милиона динара – систем кумулације и 3) у случају да је правно лице извршило више кривичних дела у стицају за која је у закону прописана казна затвора до три године, тада постоји ограничење према коме јединствена новчана казна не може да пређе износ од десет милиона динара – систем ограничене кумулације.

Правно лице одговара и за продужено кривично дело (облик привидног реалног стицаја по основу конзумпције) кода је више кривичних дела извршено од стране два или одговорних лица у правном лицу од условом да сва учињена дела представљају целину у смислу члана 61. КЗ. У том случају се правном лицу може поштристи изречена казна и то до двоструког износа новчане казне (члан 11. ЗОПЈКД). Продужено кривично дело (*delictum continuatum*) је привидни реални стицај у облику конзумпције. Њега чини више истих или истоврсних кривичних дела која су учињена у временској повезаности од стране истог учиниоца (серијски учинилац) која представљају једну целину (члан 61. КЗ РС). Оно постоји када једно лице са више радњи изврши више истих или истоврсних кривичних дела у одређеном временском периоду тако да се сва надовезују једно на друго и чине једно јединствено кривично дело.⁵⁸ То је дакле посебан облик јединства радње кривичног дела у правном смислу.⁵⁹

ЗАКЉУЧАК

Прихватајући кривичну одговорност правних лица за учињена кривична дела, на бази релевантних међународних стандарда донетих у оквиру и под окриљем Савета Европе у првом реду, последњих година 20. века низ земаља, а Република Србија почев од 2008. године у свом новом или новелираном кривичном законодавству, паралелно са владајућим системом субјективне одговорности физичких лица (која се базира на урачунљивости и кривици) инаугурише систем објективне кривичне одговорности. Наравно да сва правна лица

⁵⁷ Д. Јовашевић, Криминалитет правних лица и државна реакција, Зборник радова, Криминал и државна реакција, Београд, 2011. године, стр. 121-136.

⁵⁸ Д. Јовашевић, Продужено кривично дело у теорији и пракси, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 12/1996. године, стр. 494-507.

⁵⁹ Само мали број савремених кривичних законодавстава (којима се придружило и наше ново законодавство) предвиђају институт продуженог кривичног дела као што су : Кривични законик Италије у члану 81, Кривични законик Бугарске у члану 26, Кривични законик Македоније у члану 45, кривично право Босне и Херцеговине (члан 54. КЗ БИХ, члан 55. КЗ ФБИХ и члан 55. КЗ БД БИХ, док КЗ Републике Српске нема такву одредбу).

не могу бити кривично одговорна за учињено дело, већ се и ту праве изузеци (посебно када се ради о држави и државним органима), али то не искључује кривичну одговорност њихових одговорних лица за проузроковану последицу кривичног дела.

Због специфичног карактера правне и пословне способности правних лица у праву уопште, а нарочито у кривичном праву предвиђени су посебни основи те кривичне одговорности који се разликују од одговорности физичког лица (као свесног, мисаоног и вољног бића које својим понашањем – чињењем или нечињењем остварује последицу кривичног дела). Те специфичне карактеристике кривичне одговорности правних лица се нарочито огледају код покушаја, продуженог кривичног дела односно саучесништва. Свакако да се највеће специфичности код положаја правних лица у кривичном праву јављају у погледу појма основа и карактеристика опште (основне) и посебне (специфичне) одговорности правних лица.

Стога је ново корпоративно кривично право Републике Србије из 2008. године предвидело посебан систем кривичних санкција (казне, условну осуду и мере безбедности), као и правила за њихово изрицање, те примену посебних кривичноправних мера као што су: одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом, правне последице осуде, рехабилитација и казнена евиденција о осудама правних лица којасе у знатној мери разликују од идентичних правила за физичка лица као учиниоце кривичних дела.

ЛИТЕРАТУРА

- Бавцон, Љ., Шелих, А.: Казенско право, Сплошниј дел, Љубљана, 2003.
- Бачић, Ф.: Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978.
- Vauzelle, M.: Nouveau Code penal du 22.Juilet 1992., Mode d emploi, Paris, 1993.
- Грозданић, В., Шкорић, М.: Увод у казнено право, Опћи дио, Ријека, 2009.
- група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995.
- Живановић, Т.: Основни проблеми кривичног права, Београд, 1934.
- Златарић, Б.: Кривично право, Први свезак, Загреб, 1970.
- Златарић, Б.: Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1977.
- Јовановић, Љ., Јовашевић, Д.: Кривично право, Општи део, Београд, 2003.
- Јовашевић, Д.: Коментар Закона о привредним преступима, Београд, 2001.
- Јовашевић, Д.: Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.
- Јовашевић, Д.: Заштита животне средине, Београд, 2005.
- Јовашевић, Д.: Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.
- Јовашевић, Д.: Систем еколошких деликата – еколошко казнено право, Ниш, 2009.

- Јовашевић, Д.: Кривична дела корупције, Београд, 2009.
- Јовашевић, Д.: Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д.: Малолетничко кривично право, Ниш, 2011.
- Јовашевић, Д.: Лексикон кривичног права, Београд, 2011.
- Јовашевић, Д.: Корпоративно кривично право, Ниш, 2012.
- Кокољ, М., Јовашевић, Д.: Кривично право Републике Српске, Општи и посебни део, Бијељина, 2011.
- Лазаревић, Љ., Вучковић, Б., Вучковић, В.: Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004.
- Марјановић, Г.: Македонско кривично право, Општ дел, Скопје, 1998.
- Наказателен кодекс с посочени старе текстове на изменените членове, Норма, Паралакс, Софија, 1998.
- Новоселец, П.: Опћи дио казненог права, Загреб, 2004.
- Page, S.D.: Chinese Criminal Law, Beijing, 1997.
- Пенко, Б., Стролиг, К.: Казенски законик Републике Словеније, з уводними појаснили, Љубљана, 1999.
- Петровић, Б., Јовашевић, Д.: Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005.
- Poncela, P., Droit de la reine, Themis, Paris, 2005.
- Радовановић, М.: Кривично право, Општи део, Београд, 1975.
- Rayer, L., Wadsworth, S., The Dutch Penal Code, Colorado, 1997.
- Срзентић Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ.: Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1988.
- Schweizerisches strafrecht, Bern, 2004.
- Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990.
- Томић, З.: Кривично право, Кривично дјело, Сарајево, 2007.
- Федосова, И., Скуратова, Т.: Уголовниј кодекс Россијској федерацији, Москва, 2005.
- Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki, 1996.
- Haft, F., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Munchen, 1980.
- Хорватић, Ж.: Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003.
- Criminal code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2000.
- Welzel, H., Das Deutsche Strafrecht, Berlin, 1960.

ew Law on the Liability of Legal Entities for Criminal Offences in 2008, on the basis of accepted international (universal and regional) standards, the Republic of Serbia

RESUME

By accepting criminal liability of legal entities for committed criminal offences, on the basis of relevant international standards adopted primarily under the auspices of the Council of Europe, a series of countries (in the past 20 years) and the Republic of Serbia (starting form 2008) incorporated in their legal systems, along with the system of subjective liability of natural persons, the system of objective criminal liability - the liability of legal entities for criminal offences. Due to the specific character of legal capacity of legal entities in general, and especially in criminal law, special grounds for their liability, which differ from the liability of natural persons, are prescribed.

These specific characteristics of criminal liability of legal entities are particularly visible in the case of an attempted criminal offence, extended (prolonged) criminal offence and co – perpetration. The most remarkable particularities of the position of legal entities in criminal law certainly appear when it comes to the definition, grounds and characteristics of general (basic) and special (specific) liability of legal entities. The grounds and the limits of the liability of legal entities as well as the system of criminal sanctions for legal entities represent the core issues regulated by a new branch of penal law – corporative criminal law.

THE CORPORATIVE CRIMINAL LAW IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

By adopting the new Law on the Liability of Legal Entities for Criminal Offences in 2008, on the basis of accepted international (universal and regional) standards, the Republic of Serbia joined a large number of contemporary states that included the rules on criminal liability of legal entities as perpetrators of criminal offences in their legal systems. In that way, a new branch of penal law has been constituted – corporative criminal law, with a series of specific rules regulating the system of criminal sanctions for legal entities as well as the rules for imposing and executing these sanctions. The definition and characteristics of corporative criminal law and the liability of legal entities for criminal offences in the legal system of the Republic of Serbia are discussed in this paper.

Key words: *legal entity, criminal offence, law, liability, criminal sanction, court, measuring of criminal sanction.*

SAVREMENI KAZNENI POPULIZAM: UZROCI, ODLIKE I POSLEDICE

Prof. dr Snežana Soković*

***Apstrakt:** Kazneni populizam kao poseban pristup oblikovanju društvene reakcije na kriminalitet ima globalni karakter i na snazi je već preko dve decenije. Njegovom nastanku doprinele su globalne društvene promene povezane sa nastankom i jačanjem neoliberalnog socioekonomskog sistema, uloga medija, menjanje pojavne percepcije zločina, politizacija zločina. Osnovne karakteristike odnose se na uspostavljenje novih strategija kontrole kriminaliteta, značajan krivičnopravni ekspanzionizam, oštija kaznena politika, jačanje i širenje formalne kontrole, nova penologija. Najznačajnija konsekvencija nove prakse kontrole kriminaliteta jeste veliko povećanje kvote osuđenih na kaznu zatvora, koje se ne može objasniti samo rastom kriminaliteta. Kako, i pored globalnog karaktera relevantnih socijalnih promena, kazneni populizam sa svojim kontroverznim posledicama nije istim intenzitetom zahvatio sve država, posebnu pažnju privlače zemlje koje su održale funkcionalni krivično pravni sistem izvan sistema novog punitivizma.*

***Ključne reči:** kaznena politika, javna percepcija zločina, emocionalizacija zločina, nova penologija, kazneni populizam.*

Populizam, generalno, označava “narodu blisku” politiku (lat. *populus* = narod), koja za postizanje svojih ciljeva emotivno instrumentalizuje narodne strahove, nezadovoljstva, aktuelne i trenutne konflikte, poziva se na instikte i jednostavna rešenja, i nastoji, ili tvrdi da nastoji, da deluje u interesu najširih slojeva društva, tj. naroda, nasuprot daleke, otuđene i nezainteresovane društvene elite. Po pravilu, ciljna grupa populizma jesu slojevi društva koji se u postojećem političkom i ekonomskom sistemu osećaju zapostavljenim. Medijskim kampanjama, dobrom organizacijom i veštım korišćenjem legalnih instrumenata jačaju se postojeći strahovi i nesigurnosti, upućuju pozivi za promene i nude jednostavna rešenja za društveno kompleksne situacije. Populisti, bez obzira na oblast na koju je usmerena njihova aktivnost, naglašavaju “bliskost sa narodom” za razliku od otuđenih ekonomskih, političkih i profesionalnih elita, insistiraju na jednostavnom “zdravorazumnom pristupu” spornom pitanju umesto “neproduktivnih” stručnih analiza. Svoje oponente kritikuju dobro

* Проф. др Снежана Соковић, редовни професор, Правни факултет Крагујевац.

pripremljenim i zvučnim izrazima i sloganima “koje narod razume”, govore ono što mase žele da čuju. Visokim afektivno-emotivnim prizivom produbljuju postojeće konflikte i nesporazume, emocionalno mobilizuju veliki broj pristalica i vrlo često postižu visok nivo nacionalne kohezije u pogledu određenih pitanja. Sticanjem vlasti i realnog uticaja po pravilu nastoje da pre svega “stave pod kontrolu” pravosudni sistem i javne medije i opredeljuju se za popularne, ali dugoročno neodržive i štetne mere.¹

Kazneni populizam označava populistički pristup problemu formalne socijalne kontrole kriminaliteta, koji se na globalnom nivou razvija sredinom osamdesetih godina, postaje jasno prepoznatljiv devedesetih, da bi u narednom periodu značajno uticao na gotovo sve segmente kontrole kriminaliteta. Povezan je sa javnom percepcijom visoke ugroženosti kriminalitetom i izraženim strahom od kriminaliteta, kao i percepcijom policije kao neefikasne i sudova kao sporih i neopravdano blagih, koju populistički političari, nadmećući se u oštini odgovora na kriminalitet, koriste za postizanje svojih političkih ciljeva.²

Nekoliko decenija izraženog penalnog populizma značajno je transformisalo sistem društvene reakcije na kriminalitet. Posledice se ogledaju, kako u krajnje disonantnim savremenim penološko-teorijskim koncepcijama, tako i u povećanju zatvorske populacije i stavljanjem pod neku vrstu kontrole, kroz alternativne mere nezatvaranja ili kroz mere preventivne kontrole, velikog broja građana, nezavisno od realnog stanja kriminaliteta. Globalistički karakter u izvesnoj meri zamagljuje stvarne razmere ovih procesa, izgleda kao da se sve ne događa i sada i ovde, nego u nekim drugim prostorima i u neodređenom vremenu. Suočavanje sa posledicama promena događa se po pravilu onda kada se određena praksa već ustalila i održava se uporedo sa nedoumicama oko njene svrsishodnosti i teorijsko konceptualne utemeljenosti.³

1. Uzroci

1.1. Globalne socio-ekonomske i kulturološke promene

Krupne promene u sferi socijalno-ekonomskih i političkih odnosa, započete sedamdesetih godina prošlog veka, znatno ubrzane osamdesetih, u punoj formi razvijene devedesetih i posle devedesetih, karakteriše globalna tendencija odbacivanja modela socijalnog blagostanja i smanjenje sredstava koja se troše iz državnog budžeta.

Tekuća globalizacija slabi kontrolu nacionalnih država u mnogim segmentima društvenog života. Vodeće transnacionalne korporacije ekonomskom snagom

¹ T. Meyer: *Populismus und Medien*, VS Verlag, Wiesbaden, 2006.

² J. Pratt: *Penal Populism*. Routledge, London&new York, 2007,13,14.

³ E. Gidens: *Sociologija*; Ekonomski fakultet Beograd, 2007, str. 71.

premašuju većinu zemalja savremenog sveta, a brzo i lako razmenjivanje informacija u ogromnim količinama daje izuzetnu moć javnim medijima, ne samo u brzom informisanju, nego i u mogućnostima da značajno oblikuju stavove javnog mnjenja i javnu percepciju važnih pitanja. Konstantna i upadljiva prednost tržišne ekonomije nad socijalnom politikom u većem delu savremenog sveta stvorila je trajnu socijalnu nesigurnost, dok nove tehnologije donose i vidljivu svakodnevnu fizičku nesigurnost u svim segmentima života. Uvek preti mogući gubitak posla, problemi sa zdravljem, a ne može se računati na sigurne sistemske programe državne pomoći. Sa druge strane, zagađenja životne sredine, tehničke havarije velikih sistema, gubljenje privatnosti, povećani rizik saobraćajnih komunikacija, modifikovana hrana, rizici interneta, socijalnih mreža, i slično, čak i sitne izbore svakodnevnog života baziraju na proceni i izbegavanju mogućih rizika.⁴

Usled širenja proizvedenog rizika, sigurnost gotovo da postaje fetiš savremenog doba. Opšta socijalna i fizička nesigurnost postaje ontološka, generiše i ličnu i emotivnu nesigurnost, otuđenje i krizu identiteta.⁵ Direktna kontrola države u mnogim oblastima se redukuje, servisi koje tradicionalno direktno obezbeđuje država sve više prelaze u nadležnost agencija, bilo privatnih, bilo javnih, što smanjuje troškove države, ali umanjuje i njenu odgovornost. Zapravo odgovornost u oblastima koje nisu pod neposrednom kontrolom države postaje značajno fragmentizovana i u slučaju potrebe vrlo je teško utvrditi konkretnu odgovornost, jer ni jedan subjekat nema punu kompetenciju, pa prema tome ni punu odgovornost.

U socijalnom smislu, rezultat prilagođavanja transformacijama modernog društva jeste stvaranje tzv. kulture kontrole.⁶ Kriminalitet gubi karakter izuzetnosti i postaje normalna pojava, rizik na koji se računa i u svakodnevnom životu. Očekuje se da svaki građanin tome prilagodi svoje ponašanje i tako da u najvećoj meri izbegne rizik kriminalne viktimizacije. Ne traga se za uzrocima kriminalnog ponašanja, već se teži kontroli kriminaliteta uz što manje troškove, u prvom planu su kategorije rizika i verovatnoće a sistem formalne kontrole kriminaliteta ne teži da rehabilituje i reintegriše prestupnike, već se temelji na upravljanju rizikom, pre svega kroz kontrolu i zatvaranje prestupnika. Najznačajnije karakteristike novog modela društvene reakcije na kriminalitet jesu: gubljenje ideje rehabilitacije; jačanje zahteva za efikasnijom primenom zakona i strožijim kažnjavanjem; umesto racionalno shvaćene humanosti i rehabilitacije u osnovi formalne reakcije na kriminalitet sve su zastupljenija emocionalno obojena stanja nesigurnosti i stav ogorčenosti i ljutnje; "povratak žrtvi"; politizacija zločina i novi populizam; značaj javne bezbednosti; vraćanje

⁴ A. Giddens: *The consequences of Modernity*, London, 1990, prema: K. S. Williams: *Textbook on Criminology*, Oxford, 2008, str. 585 i dalje.

⁵ F. van Marie, Sh. Maruna: "Ontological insecurity" and "terror mangement": Linking two free-floating anxieties, *Punishment&Society*, 2010, Vol. 12/1.

⁶ D. Garland: *Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times*, *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, 189-204.

verovanja u opravdanost zatvaranja prestupnika; transformacija kriminoloških stavova o zločinu u shvatanje o kriminalitetu kao normalnoj, rutinskoj, neodvojivoj aktivnosti savremenog društva koju treba kontrolisati, a ne suzbijati; ekspanzija ideja prevencije, bezbednosti i sigurnosti; jačanje uloge privatnog sektora u kontroli kriminaliteta i održavanju bezbednosti; prihvatanje ideje o “krizi trajnog karaktera”.⁷

1.2. Uloga medija

Masovni mediji i nove informacione tehnologije u savremenom društvu omogućavaju do sada neviđeni stepen međupovezanosti i interaktivnosti, faktički kreiraju poseban svetski informacioni poredak i ne služe samo za zabavu nego oblikuju veliki deo informacija na osnovu kojih funkcionišemo u svakodnevnom životu. Slabljenje unutrašnje kohezije savremenih društvenih zajednica utiče i na to da se većina potrebnih informacija ne stiže u neposrednoj komunikaciji nego od strane udaljenih i apstraktnih izvora. Pri tome jača “medijski imperijalizam”, mediji su sve više u privatnoj a sve manje u državnoj svojini, vlasništvo nad medijima se sve više koncentriše u rukama velikih medijskih konglomerata, a medijske kompanije deluju van granica nacionalnih država.⁸ Prihod komercijalizovanih medija zavisi od reklamnih poruka, zbog čega se prednost u medijskom izveštavanju daje sadržajima koji obezbeđuju veću gledanost i veću prodaju. To za posledicu ima “kulturu zabave”⁹, istovremenu glamuralizaciju i simplifikaciju sadržine medijskog izveštavanja, trijumf zabavnih sadržaja i “poznatih” lica na uštrb kontroverznih pitanja, debate i stručne analize. Učešće građana u javnim aktivnostima slabi, a istovremeno se i umanjuju njihovo razumevanja pitanja od javnog značaja. S obzirom da je oduvek privlačilo veliku pažnju javnosti, izveštavanje o zločinu i danas zauzima značajan deo medijskog prostora. Krajem devedesetih godina izveštavanje o zločinu zauzima preko 20% medijskih sadržaja u poređenju sa skromnih 4% u posleratnom periodu sve do sedamdesetih, pri čemu treba imati u vidu i razmere i kvalitativnog i kvantitativnog uvećanja ukupnog medijskog prostora.¹⁰ I zločin kao medijska tema treba da privuče publiku, odnosno ne samo da informiše nego i da zabavi, pa umesto tematske diskusije stručno kompetentnih lica zasnovane na validnim podacima, o zločinu se u javnosti govori senzacionalističkom tabloidnom retorikom, epizodno, kroz krajnje personalizovane pojedinačne slučajeve.¹¹ Prag osetljivosti javnosti na

⁷ D. Garland: *The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society*, *British Journal of Criminology*, 1996, Vol. 36, 445-71.

⁸ E. Gidens: *Sociologija*; Ekonomski fakultet Beograd, 2007, str. 482, 483.

⁹ *Ibidem*, str. 483.

¹⁰ Ditton, J, Daffy, J: *Bias in the newspaper reporting of crime news*; *British Journal of Criminology*, 1983, Vol. 23, 159-165.

¹¹ Reiner, R: *Media Made Criminality: The representation of Crime in the Mass Media*, *The Oxford Handbook of Criminology*, sec. ed, Clarendon Press, Oxford, 1997, str. 199, 200.

probleme kriminaliteta podiže se posebnim interesom za nasilje,¹² seksualne prestupnike, kriminalitet mladih, povratnike, i antisocijalno ponašanja, kao najočiglednija ugružovanja, uz istovremeno senzacionalističko saosećanje i moralno poistovećivanje sa žrtvama.¹³ Nedužna zrtva nasilja ili seksualnog kriminaliteta postaje personifikacija svega što je dobro, nedužno ali nezaštićeno i viktimizirano od strane “drugih” koji personifikuju sve loše i preteće po društvo.¹⁴ Naglašen afektivno-emocionalni pristup sa širom porukom o propadanju moralnih vrednosti, osim što obezbeđuje veliku pažnju publike, generiše i strah od kriminaliteta stvarajući sliku o nasilju i bezzakonju koje preti da zahvati društvo, o epidemiji kriminaliteta, pred kojom su neefikasna policija i blagi i popustljivi sudovi nemoćni.

1.3 Javna percepcija kriminaliteta

U društvu rizika i nesigurnosti uz pomoć medijske slike o zločinu, problemi kriminaliteta prelaze svoje realne okvire pa zločin ne predstavlja samo mogućnost nastupanja imovinske štete i ličnog povređivanja, već i materijalizovanu potvrdu propadanja socijalnih i moralnih normi, dezintegracije građanskog reda i moralne kohezije društva. Percepcija kriminaliteta od strane građana jeste rezultat medijske prezentacije zločina i ne odražava stvarno stanje. Realni kriminalitet nadrastaju mitovi o zločinu koji se šire putem javnih medija.¹⁵ Kritički stav zamenjen je emotivnim impulsima ljutnje, besa, a upotreba emotivnog naboja čini javnost impulsivnom, pogodnom za izazivanje određenih reakcija i ponašanja. Emocionalizovani zločin podložan je neodmerenoj proceni, dramtizaciji i preuveličavanju¹⁶, pa su strah od kriminaliteta¹⁷ i izbegavanje rizika¹⁸ kriminalne viktimizacije u savremenom društvu

¹² L. Mikieli: Jedno nasilnije društvo? Društveno istorijska analiza interpersonalnih nasilja u Francuskoj od 1970. godine do danas, I deo, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2008, 26-48; L. Mikieli: Jedno nasilnije društvo? Društveno istorijska analiza interpersonalnih nasilja u Francuskoj od 1970. godine do danas, I deo, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2008, 5-24, M. Filipović: Evolucija nasilja: pokušaj racionalizacije ideoloških diskursa, Istraživanja u specijalnoj pedagogiji, ur. D. Radovanović, FASPER, Beograd, 2009. str. 195-211.

¹³ J. Pratt: Penal Populism. Routledge, London&new York, 2007, str. 70, 71.

¹⁴ Ibidem, str. 85, 86.

¹⁵ Đ. Ignjatović: Kriminologija, Beograd, 2010, 138, 139.

¹⁶ S. Monterosso: Punitive Criminal Justice and Policy in Contemporary Society, Queensland University of Technology Law and Justice Journal 9 (2009), 13-25.

¹⁷ Poznato je da primena samo kvantitativnog pristupa u proučavanju straha od kriminaliteta preceňuje realno stanje, zbog čega su i implikacije ovakvih istraživanja na političke odluke, krajnje diskutabilne. O tome: H. Kury, G. Woesner, A. Lichtblau, A. Neumaier: Fear of Crime as Background o Penal Politics? Policing in Central and Eastern Europe, Dilemmas of Contemporary Criminal Justice, ed. G. Mesko, M. Pagon, B. Dobovsek, Maribor, 2004.

¹⁸ Značajno je da rizik nastaje i opstaje u socijalnoj interakciji, i da je kao takav podložan neodmerenoj proceni, dramtizaciji i preuveličavanju.

gotovo institucijalizovani, jer utiču na to i gde živimo i kako živimo (“sigurna predgrađa”, “odbranjivi prostor”, bezbednost kao nužan faktor urbanističkog planiranja, sigurnosni alarmi, interfoni, videonadzor, autoalarmi, izbegavanje rizičnih lokacija, i slično). Prevencija kriminaliteta postaje sve više odgovornost “aktivnog građanina”, a manje državnih struktura.¹⁹ Od građana se očekuje racionalno ponašanje i izbegavanja rizika, jer država ne teži da smanji kriminalitet, već samo da ga kontroliše uz što manje troškove.

1. 4. Politizacija zločina

Značajan deo opšte i konstantne nesigurnosti, neizvesnosti i ugroženosti građana u savremenom društvu rizika, moćni mediji senzacionalističkim pristupom zločinu i pretvaranjem pojedinačnih događaja u socijalni problem vezuju za stanje kriminaliteta i neadekvatnu društvenu reakciju na kriminalitet. Stanje “moralne panike”, značajno kreirane i stalno podgrevne upravo od strane enormno moćnih medija, zahteva adekvatan odgovor, odnosno sve strožije kažnjavanje. Kao duh oslobođen iz boce, strah od kriminaliteta, nezadovoljstvo učinkom policije i pravosudnog sistema i javne emocije povodom zločina, postaju veoma značajne i nekontrolisane²⁰, i obliku pojednostavljenu populističku koncepciju demokratije. Krivično pravni sistem reagovanja na kriminalitet tako postaje sredstvo unutrašnje politike.

U tom smislu, u poslednje dve decenije nastaje i preokret u prioritetima javne politike, tako da se i političke kampanje, od lokalnih do predsedničkih, usmeravaju na problem sigurnosti i “stalno rastućeg kriminaliteta”.²¹ Pitanje kontrole kriminaliteta prevazilazi okvire struke i analize odgovarajućih podataka i postaje obavezan deo političke retorike kojim se javnost istovremeno mobilise i radi zalaganja za šire političke ciljeve. Političari se “obračunavaju” sa kriminalitetom zagovaranjem reformisanog kaznenog zakonodavstva i mnogo oštrije kaznene politike “koja će stati na

¹⁹ D. Garland: “Governality” and the problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology, Theoretical Criminology, 1997. Vol. 1(2), 173-214, J. Loader: Fall of Platonic Guardians, Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales, British Journal of Criminology, 2000, Vol 46(4), 561-586.

²⁰ D. Garland: Epilog: The New Iron Cage, Punishment & Society, 2001/3, str. 198; D. A Green: Feeding Wolves: Punitiveness and Culture, European Journal of Criminology, 2009, Vol. 6(6), 517-436.

²¹ Stavljanje pitanja kontrole kriminaliteta u centar političke kampanje može imati značajne posledice i po ishod same kampanje i u pogledu krivičnog zakonodavstva. Odluka malo popularnog guvernera Kalifornije da 1993. revitalizuje svoju kampanju zagovaranjem strožije kaznene politike, rezultirala je političkom podrškom ali i donošenjem zakona koji uvodi princip “three strikes and you are out”, kao posebno restriktivnog (“two strikes”, ne samo za najteža krivična dela i bez mogućnosti uslovnog otpuštanja). U predsedničkoj kampanji 1988. republikanski kandidat (J. Bush senior) je medijski koristeći slučaj W. Hortona, afroamerikanca, koji je izdržavajući kaznu za ubistvo, na uslovnom otpustu izvršio novo ubistvo, za razliku od svog protivnika kandidata Demokratske stranke (M. Dukakis), zagovarao oštar i energičan odgovor na stanje kriminaliteta u zemlji, zadobio značajnu podršku javnosti i pobedio na izborima. J. Pratt: Penal Populism, Routledge, London, 2007, str. 90, 91.

put nasilju i bezakonju koje pretili društvu". Zalaganje za stroge kazne ("three strikes and you are out") i kažnjavanje i za najsitnije prestupe ("nulta tolerancija" kriminala) u vremenu opšte nesigurnosti zadobija naklonost javnosti, obezbeđuje političku podršku i zadovoljava neokonzervativnu nostalgiju za klasičnim retributivizmom²² izraženu pre svega kod bogatijih i samim tim i uticajnijih društvenih grupa. Kada se jednom dostigne, ovakva želja javnosti postaje neutoljiva, a sama praksa strogo kažnjavanja počinje svoj sopstveni život, dugo se održava zbog potpuno drugačijih razloga u odnosu na one zbog kojih je nastala.²³ Tako nastaje kazneni populizam²⁴ koji od krivičnog sistema reagovanja očekuje da održava uslove za funkcionisanje bezbednog društva i bezbednog pojedinca i otkloni sve opasnosti tom smislu.

2. Karakteristike

2.1. Nove strategije kontrole kriminaliteta

Dok su nekada države nastojale da svojim građanima garantuju sigurnost, u savremenim uslovima mere državne politike usmerene su na kontrolu nesigurnosti i rizika.²⁵ U takvim uslovima, kreatori populističkog pristupa problemima kriminaliteta se opredeljuju za dodatne mere i tehnike koje su relativno jednostavno uvode i primenjuju, a deluju kao sredstvo za smirivanje građana i stvaraju utisak da se preduzima odlučna akcija protiv kriminala. Kako se takve strategije ne bave suštinskim uzrocima kriminala (siromaštvo, nejednakosti, nezaposlenost), mada im se ne mogu poreći određeni rezultati, njihov uspeh je kratkoročan, usmeren samo na određene segmente stanovništva i vrlo često dovodi do izmeštanja prestupništva na druga područja.

Kao posledica globalističkih socioekonomskih promena, savremeni strateški pristup kontroli kriminaliteta se u praksi najčešće ispoljava kroz realizovanje mera situacione prevencije, kroz strategiju uklanjanje rizika i strategiju upravljanja rizikom.²⁶

Situaciona prevencija pažnju pomera sa učinioca krivičnog dela na mesta na kojima se vrše krivična dela. Ne odnosi se na krivične sankcije, tretman, primenjene programe postupanja i odvracanje učinioca od budućeg vršenja krivičnih dela, nego na konkretnu okolnost fizičkog okruženja koje omogućavaju ili olakšavaju vršenje krivičnih dela na konkretnom prostoru. Specijalna prevencija ne utiče na kriminalne

²² C. Shearing: Punishment and Changing Face of the Governance, Punishment & Society, 2001, Vol.3/2, 203-220.

²³ D. Garland: Epilog, The New Iron Cage, Punishment & Society, 2001/3, str. 198.

²⁴ J. Pratt: Penal Populism, Routledge, London, 2007.

²⁵ E. Gidens: Sociologija, Ekonomski fakultet Beograd, 2007, str. 231.

²⁶ S. Williams: Textbook on Criminology, Oxford, 2008, str. 592-595.

sklonosti i motive učinio, nego ih uzima kao realno date. Usmerena je na “kriminalnu situaciju” i nastoji da otkloni, neutrališe ili zameni činioce koji doprinose ostvarenju odluke da se izvrši krivično delo, ili bar da onemogući njihovo skupno delovanje, koje kao takvo motivisanom prestupniku značajno olakšava vršenje budućih krivičnih dela.²⁷

Strategija uklanjanja rizika podrazumeva primenu kazne zatvora, kontrolu prestupnika putem elektronskog nadzora, primenu medikamentoznih terapija radi kontrole ponašanja i druge slične mere, koje zapravo predstavljaju krajnju konsekvencu stava da prestupnici treba dobiju šta su zaslužili zbog činjenice da su počinili krivično delo, bez osvrtnja na druge faktore individualne kriminalne etiologije. Postupanje sa osuđenima podrazumeva strogost i disciplinu.

Strategija upravljanja rizikom i redukovanja rizika u osnovi predstavlja poseban vid preventivnog delovanja sa ciljem da se građani učine u većoj meri odgovornim za sopstvenu sigurnost i sopstvenu imovinu. Nadziranje kretanja koje često značajno narušava privatnost i primena različitih programa u cilju razvijanja obrazaca ponašanja prihvatljivog sa stanovišta bezbednosti treba da smanje rizik viktimizacije. Kontrola ponašanja ne uključuje procenu moralno-etičkog aspekta, dozvoljeno je svako ponašanje odgovara standardima bezbednosti.

2.2. Krivično-pravni ekspanzionizam

U kontekstu kulture kontrole i novog modela društvene reakcije na kriminalitet, krivično pravo karakteriše značajno širenje i sve izrazitija represivnost. Važnu ulogu u ekspanziji krivičnog prava, osim međunarodnih konvencija koje zahtevaju uvođenje brojnih inkriminacija, ima i ekonomski model neoliberalizma.²⁸ Opšte stanje rizika i nesigurnosti, kao i sve veća realna ugroženost kriminalitetom, posebno njegovim novim formama, pred krivično pravo postavljaju nove zadatke. Očekuje se da krivičnopравни sistem održava uslove za funkcionisanje bezbednog društva i bezbednog pojedinca i otkloni sve opasnosti u tom smislu, zbog čega je potrebno krivičnopravno reagovanje ne samo povodom izvršenog krivičnog dela, nego mnogo ranije, već povodom same mogućnosti da nastupi opasnost od vršenja krivičnih dela. Postoji jaka tendencija da se tradicionalno krivično pravo usmereno na ostarivanje prevencije zasnovane na srazmernoj represiji, u novim uslovima transformiše u bezbedonosno krivično pravo usmereno na otklanjanje izvora opasnosti. Osnov krivično pravne reakcije jeste sve više opasnost, a sve manje krivično delo.²⁹

²⁷ S. P. Laub: *Crime prevention, Approaches, Practices and Evaluations*, 2004, str. 39. i dalje.

²⁸ S. Taboroši (2007): *Neoliberalizam, krivično pravo i tranzicija, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, Beograd, 133-149.

²⁹ Z. Stojanović (2011): *Preventivna funkcija krivičnog prava*, *Crimen*, br. 1, 3-26.

Ekspanzionizam i zaoštavanje krivičnopravne represije jesu nužna posledica “bezbedonosne orijentacije”. Konstantno uvođenje novih krivičnih dela i to delatnosnih krivičnih dela ili krivičnih dela ugrožavanja, zabrana rizičnih radnji bez konkretizacije rizika³⁰, predviđanje kazne za dovršeno krivično delo za radnje koje u stvari predstavljaju udaljene pripremne radnje³¹, odstupanje od nekih bazičnih načela, slabljenje principa ultima ratio, umnožavanje inkriminacija u oblastima u kojima se i postojeće ne primenjuju (organizovani kriminalitet, terorizam, korupcija, međunarodna krivična dela), zalaganje za oštrije mere i duže kazne³², proširivanje ovlašćenja organa krivičnog gonjenja na račun osnovnih prava građana, predstavlja odgovor savremenog krivičnog prava na “bezbedonosni izazov”.

Prenaglašena preventivna orijentacija krivičnog prava, najvećim delom nastala kao posledica pritiska medija i političara, zapravo jača retributivne crte krivičnog prava. Za razliku od krivičnopravne retribucije koja sadrži samoograničavajući mehanizam (srazmernost kao mera represije), krivičnopravna prevencija u savremenom krivičnom pravu u izvesnom smislu postaje ničim ograničena. Samoograničavajući mehanizam krivičnopravne prevencije bi mogao da bude jedino uspeh koji se postiže u suzbijanju kriminaliteta, a taj pravac dozvoljava i značajnu meru retributivnosti u prevenciji.³³

Savremeni krivičnopravni model prati (ili mu prethodi) i ekonomska analiza kriminaliteta i ekonomska racionalnost, kao i kriminološke kontrolne teorije i teorije koje krivično delo razmatraju kao svrishodan izbor, s obzirom na okolnosti (teorija racionalnog izbora, teorija rutinske aktivnosti). Intenzivna zakonodavna aktivnost dovodi do gomilanja zakona koji treba da ispune pre svega politička očekivanja, i koji su više deklarativni nego reformatorski, i u većoj meri sredstvo kojim se demonstrira odlučnost i angažovanost vlasti, a mnogo manje način da se reše realni roblemi.

2.3. Kaznena politika

Populistička kaznena politika nastaje kao proizvod interakcije medijske “kulture zabave” i socijalno-globalističke “kulture kontrole”. U želji da se energično obračunaju sa kriminalitetom i smatrajući da je “kazna najbolja prevencija” političari oštro kritikuju blagu kaznenu politiku sudova i zagovaraju oštrije kažnjavanje prestupnika i širu i dosledniju primenu kazne zatvora. Pri tome se polazni stav o blagoj

³⁰ M. Bock (2010): Über die Positive Spezialprävention in den Zeiten des Feindstrafrechts, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo, Beograd, 9-32.

³¹ C. Roxin (2008): Besitzdelikte, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, II deo, Beograd, 9-25.

³² Z. Stojanović (2010): Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo, Beograd, 32-49.

³³ Z. Stojanović (2011): op.cit., 3-26.

kaznenoj politici sudova ne zasniva na relevantnim podacima nego na medijskom generalizovanju pojedinačnih sličajeva. Istovremeno, rad tužilaštva i sudova često je praćen velikim političkim i medijskim pritiskom u pogledu modernizacije i racionalizacije, odnosno pre svega u pogledu podizanja efikasnosti i donošenja odluka u “realnom roku”. Pooštravaju se krivične sankcije, preti se dužim kaznama zatvora za veći broj krivičnih dela, duževremen kazne zatvora u slučaju povrata postaju obavezan izbor suda, znatno se sužavaju mogućnosti za uslovni otpust. Uporedo sa strogim i brzim kažnjavanjem zahteva se i javno ukazivanje na prestupnike strategijom “naming and shaming”.³⁴ Osnovna poruka populističke kaznene politike jeste da su političke strukture povratile kontrolu nad pretećim ugrožavanjima i da su sposobne da disciplinuju “one” koji ugrožavaju, jer ova kaznena politika i nije zasnovana na realnom stanju kriminaliteta i odgovarajućim stručnim analizama, nego na javnoj percepciji zločina koja zapravo u najvećem delu jeste dramatisovana i emocionalizovana medijska slika zločina. Prevashodno oslanjanje na kažnjavanje proizvodi i ideologiju “mi i oni”, odnosno mi i oni koji nas ugrožavaju kao preteći otpadnici, opasni prestupnici, stranci, od kojih se moramo štititi.³⁵ Ova shvatanja dodatno osnažuju postojeće obrasce ekonomske i socijalne marginalizacije, jačaju opšte osećanje sigurnosti i sekundarno povećavaju intenzitet društvene reakcije na kršenje zakona.³⁶

2.4. Alternativne mere i “produžena formalna kontrola”

Povećanu strogost u kažnjavanju teških i najopasnijih oblika kriminaliteta, istovremeno prati i šira primena neinstitucionalnih mera za počinioce lakših krivičnih dela, odnosno, stvara se fenomen “bifurkacione strategije ili strategije duplog koloseka” koji, paradoksalno, dovodi do istovremenog jačanja i blagosti i strogosti u kažnjavanju i uvodi širi krug građana u sistem formalne socijalne kontrole. Šira primena alternativnih mera za lakša krivična dela treba da umanjiti zatvorsku populaciju, redukuje troškove zavodskog sistema, podigne efikasnost društvene reintegracije i smanjiti povrat. Međutim, praksa pokazuje i tendenciju da se alternativne mere i programi najčešće koriste kao zamena za druge alternativne mere, ili se ostvaruju u generalno prevladavajućem retributivno-punitivnom konceptu.³⁷ Opoziv alternativ-

³⁴ J. Pratt: *Penal Populism*, Routledge, London, 2007, str. 126; J. Yates: “Naming and shaming”: *Antisocial Behaviour Policy in England and Wales*, Istraživanja u specijalnoj pedagogiji, ur. D. Radovanović, FASPER, Beograd, 2009, str. 195-211.

³⁵ D. Garland: *Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times*, *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, 189-204.

³⁶ S. Hallsworth: *Rethinking the Punitive Turn, Economies of Excess and Criminology of the Other*, *Punishment & Society*, 2000, 2/2, 145-160.

³⁷ Jasne prednosti deinstitucionalizacije, “The tree R”s - reparation, restoration and reintegration”, dolaze do izražaja u stabilnim društvenoekonomskim prilikama, dok u periodima kriminalnopolitičke nestabilnosti i jačanja represije ovi programi pokazuju svoju “kameleonsku prirodu” i primaju izražaja obeležja punitivno-retributivnog koncepta. A. Worrall: *Punishment in the community*, London,

ne mere kojom se kazna suspenduje pod određenim uslovima, neretko dovodi do primene duže kazne od one koja bi bila izrečena odmah bez primene alternative, s obzirom na tendenciju sudova da, za razliku od bezuslovnih, uslovno izriču kazne dužeg trajanja, što u krajnjoj liniji briše bifurkaciono balansiranje i dovodi do generalno represivnijeg pristupa, kako u pogledu ozbiljnih prestupa, tako i u pogledu sitnijih kršenja zakona.³⁸ Primenu neinstitucionalnih mera prati i tzv. »efekat širenja mreže«, odnosno pojava da alternativne sankcije i mere uvode više građana pod neki oblik socijalne kontrole, nego što je to slučaj bez primene alternativnih programa. Bipolarnost u savremenoj politici kažnjavanja jeste posledica koncepcijske dihotomije savremenih penološko-teorijskih opredelenja, koja uključuju i neokonzervativni retributivizam i neoliberalni pragmatizam.³⁹

Sistem formalne socijalne kontrole se u sve većoj meri širi i na druga anti-socijalna ponašanja koja nisu krivičnopravno sankcionisana.⁴⁰ Specifičan vid socijalne kontrole jeste i tzv. produžena formalna kontrola. Kao opšta karakteristika savremenih društava, ovaj vid kontrole jeste posledica primene novih tehničkih dostignuća u cilju ublažavanja posledica stanja opšte nesigurnosti. Zbog stvarne ili umišljene opasnosti, nadgledanje gotovo svih javnih zatvorenih prostora i mnogih otvorenih prostora danas je uobičajeno.⁴¹ U međuvremenu, i ovaj vid kontrole postaje najvećim delom poseban sistem, industrijski kompleks, koji se održava opstajanjem i pojačavanjem te iste nesigurnosti koju treba da umanjuje.

2.5. Nova penologija

U penološkoj sferi kontrole kriminaliteta, kao posledica međusobnog uticaja prava i ekonomije⁴², nastaje nova penologija. Nova penologija podrazumeva finansijske i kvantitativne efekte kao primarne, odnosno održavanje sistema kontrole rizičnih grupa prestupnika uz minimalne troškove⁴³, a njen zadatak jeste da upravlja prestupništvom, a ne da rehabilituje prestupnike, da »normalizuje« kriminalitet, a ne da ga eliminiše. Manje je zainteresovana za dijagnozu i tretman individualnog počinioca krivičnog dela, a više za identifikaciju, klasifikaciju i upravljanje prestupničkim grupama razvrstanim prema stepenu rizika njihovog ponašanja u odnosu na

1997. str. 98, 99.

³⁸ J. Pratt: *Penal Populism*, Routledge, London, 2007, str. 92.

³⁹ P. O' Malley: *Volatile and Contradictory Punishment*, *Theoretical Criminology*, 1999, Vol. 3/2, 175-196.

⁴⁰ J. Pratt: *op. cit.*, str. 118.

⁴¹ J. Farrell, K. Hayward, Y. Young: *Cultural Criminology*, London, 2008, str. 96, 98.

⁴² O tome: B. Begović (2010): *Ekonomska teorija generalne prevencije, osnovna pitanja*, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo, Beograd, 126-141.

⁴³ J. F. Cauchie, G. Chantraine /2005/: *Use of Risk in the Government of Crime*, *New prudentialism and New Penology*; *Champ penal/penal field*, *Nouvelle revue internationale de criminologie*, Vol. II.

normirani poredak. Ona nema aspiracija da rehabilituje i reintegriše, već da upravlja rizikom budućeg kriminalnog ponašanja, pre svega kroz različite modalitete zatvaranje prestupnika.

Sušтина pristupa nove penologije jeste u primeni metoda procene rizika u pogledu budućeg ponašanja učinioca krivičnog dela i shodno tome njegovo uključivanje u određeni program postupanja, bez dubljeg uplitanja u njegov život. Cilj je održavanje integriteta sistema socijalne kontrole, koji ne uključuje i dodatne eksterne društvene ciljeve kao što je eliminisanje kriminaliteta i reintegrisanje prestupnika. U domenu specijalne prevencije jeste vidno da priroda uspešnih programa postupanja više nema uporište u konceptu rehabilitacije, ili ne uzima rehabilitaciju i reintegraciju prestupnika kao prevashodni cilj, već se u značajnijoj meri oslanja na potrebu kontrolisanja određenih grupa na osnovu procene rizika koji oni svojim kriminalnim ponašanjem nose po društvo i utvrđeni normativni poredak.⁴⁴ Nova penologija smatra generalno uspešnijim intervencije zasnovane na principu rizika, principu kriminogenih potreba prestupnika, principu responsivnosti, odnosno, usaglašavanja karakteristika tretmana sa karakteristikama prestupnika. Pri tome princip rizika jeste od ključne važnosti za izdvajanje prestupnika koji treba da budu podvrgnuti tretmanu, princip kriminogenih potreba ukazuje na okolnosti na koje treba da bude usmerena intervencija, dok procena responsivnosti treba da opredeli način postizanja punih efekata tretmana. Intenzitet tretmana nova penologija zasniva na proceni rizika prestupnika. Za razliku od prestupnika niskog rizika, visokorizičnim prestupnicima potreban je intenzivan tretman, mada je najčešće reč o prestupnicima koje je i putem intenzivnog programa teško menjati. Posebno je značajno da nivo i sadržina tretmana odgovara stepenu rizika u kategoriji prestupnika srednjeg rizika kao najbrojnijoj, s obzirom da programi korisni za određene kategorije prestupnika mogu biti kontraproduktivni za druge.

U uslovima naglašene potrebe redukovanja javnih rashoda, popularnost nove penologije se temelji na tome što se njeni ciljevi lakše mogu evaluirati i prezentovati, kao i u činjenici da praktičarima ukazuje na jasne i realne pravce za ostvarivanje ciljeva postavljenih zvaničnom kriminalnom politikom u okvirima raspoloživih resursa, što se u celini uklapa i u generalno populistički pristup kontroli kriminaliteta.

3. Posledice

Najznačajnija konsekvencija nove prakse kontrole kriminaliteta jeste veliko povećanje kvote osuđenih na kaznu zatvora, koje se ne može objasniti samo rastom kriminaliteta. Osim toga, značajno je i da je stavljanjem pod neku vrstu kontrole, kroz alternativne mere nezatvaranja ili kroz mere preventivne kontrole, obuhvaćen veliki broj građana. U periodu 1997-2007. raspoložive statistike pokazuju rast za-

⁴⁴ G. Robinson (1999): Risk Mangment and Rehabilitation in the Probation Service: Collision and Collusion; The Howard Journal, Vol. 38 No. 4, str. 421.

tvoreničke populacije u 60-70% zemalja na svim kontinentima, prenaseljenost zatvora je u 2007. godini u oko 60% zemalja duplo veća od raspoloživih kapaciteta, a u preko 20% zemalja veća i preko 150% raspoloživih kapaciteta. Najveći rast se beleži u zemljama Afrike, Amerike i Azije, ali i polovina evropskih zemalja ima prenaseljenost veću od 100%.⁴⁵ Posebnu pažnju privlači slučaj SAD⁴⁶ sa kvotom zatvorenika od 743, odnosno sa ukupnih brojem od 2.292 133. zatvorenika u 2009. godini. Poređenja radi u istom periodu kvota zatvorenih lica u Rusiji iznosi 628, u Nemačkoj 88, Francuskoj 96 Australiji 133, u Engleskoj i Velsu 157, Novom Zelandu 203, Holandiji 94, u Norveškoj 71, u Srbiji 143, Slovenija 65. 2007. godine SAD su imale manje od 5% ukupne svetske populacije ali i 23,4% ukupne svetske zatvorske populacije.⁴⁷

Nasuprot SAD, nestajanje modela »socijalne države« u Evropi nema tako drastične posledice.⁴⁸ Prenaseljeni zatvori i rast osuđeničke populacije »muče« i evropske zemlje, ali u manjem obimu.⁴⁹ Rizični trendovi u evropskim zemljama odnose se na veliki broj stranaca i pripadnika etničkih manjina lišenih slobode, koji, prema nekim procenama, može da predstavlja veći problem nego hiperinkarceracija Afro- i Hispano-amerikanaca u SAD. Pažnju posebno privlače skandinavske zemlje sa kvotom zatvorenika preko deset puta manjom od one u SAD.⁵⁰

Relevantna istraživanja pokazuju da je nivo punitivizma u značajno jačoj korelaciji sa ekonomskom politikom, odnosno ulaganjima u socijalnu politiku, nego sa realnim stanjem kriminaliteta. Različiti tipovi političko-ekonomske strukture vode ka manjem ili većem populizmu u kažnjavanju i različitoj praktičnoj realizaciji poštovanja ljudskih prava i ljudskog dostojanstva.

Studija dvanaest zemalja: Sjedinjene Američke Države, Engleska i Vels, Australija, Novi Zeland, Južna Afrika, Nemačka, Holandija, Francuska, Italija, Švedska, Finska, Japan, sa stanovišta sistema političke ekonomije podeljenih u četiri grupe: neoliberalni, konzervativno-korporativni, socijaldemokratski i orijentalno-korporativni, pokazuje da je ova kategorizacija političko-ekonomskog sistema u značajnoj

⁴⁵ Trends in World prison population, International Statistics on Crime and Criminal Justice, International Center for prison Studies London, str. 153-165.

⁴⁶ F. E. Zimring: Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment, Punishment & Society, 2001, Vol.3(1), 161-166; D. Garland: The Meaning of Mass Imprisonment, Punishment & Society, 2005, Vol. 3(1), 5-7.

⁴⁷ R. Walmsey: World prison Population List, 8th ed, London, 2008.

⁴⁸ D. Dowenes: The macho penal economy, Mass Incarceration in the United States - A European Perspective, Punishment & Society, 2001, Vol. 3(1), 61-80.

⁴⁹ M. Tonry: Why Aren't German Penal Policies harsher and Imprisonment rates Higher? German Law Journal, 2004, Vol. 5(1), 1187-1206.

⁵⁰ J. Prat: Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess, Part I: The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism, British Journal of Criminology, 2008, Vol. 48, 119-137; J. Prat: Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess, Part II Does Scandinavian Exceptionalism Have a Future?, British Journal of Criminology, 2008, Vol. 48, 275-292.

vezi sa tendencijama u kaznenoj politici. Najviši nivo punitivizma i najvišu kvotu osuđenih lica beleže neoliberalni sistemi, slede konzervativno korporativne zemlje, dok nordijske socijaldemokratije i Japan, kao orijentalnokorporativna zemlja imaju višestruko niži broj osuđenih na kaznu zatvora i generalno značajno niži nivo punitivizma.⁵¹ Upoređivanje faktora rizik i protektivnih faktora u pogledu politizacije penalne politike Sjedinjenih Američkih Država, Engleske i Velsa, Kanade i Nemačke, kao i upoređivanje stanja kriminaliteta u ovim zemljama, pokazuje da zločin ne proizvodi kažnjavanje, odnosno da rast kvote kriminaliteta direktno ne vodi rastu kvote osuđenih lica, nego da je rast broja osuđenih lica na kaznu zatvora u značajnijoj meri posledica političkih i strateških odluka u sferi kontrole kriminaliteta.⁵²

U suštini, penalna politika jeste rezultat političkog izbora,⁵³ a empirijski podaci pokazuju da socijalna politika, nivo demokratizacije i realno uvažavanje ljudskih prava redukuju punitivizam.

Skandinavske zemlje imaju najnižu stopu zatvorenih lica, ali i najveća ulaganja u socijalnu politiku, a osim toga i najviši nivo javnog poverenja i političkog legitimiteta, kao i najniži nivo straha od kriminaliteta. Evropske države sa višom stopom inkarceracije (Engleska i većina istočnoevropskih zemalja) manje ulažu u socijalnu politiku, i beleže niži nivo poverenja i političke legitimnosti, kao i više straha od kriminaliteta. Visok nivo poverenja i legitimnosti jeste u pozitivnoj korelaciji za socijalnim investiranjem i nivoom socijalne jednakosti, ali ne i sa oštrom kaznenom politikom. Iza ovih korelacija stoji mehanizam putem koga ekstenzivna socijalna politika utiče na oštrinu kažnjavanja. Tako se razvija solidarnost i podela odgovornosti za uzroke svega što predstavlja socijalni rizik, uključujući i kriminalitet, i omogućava materijalni prosperitet i ekonomska sigurnost, usled čega se lakše izražava tolerancija i empatija.⁵⁴

Sam po sebi, penalni populizam, dugoročno posmatrano, poseduje i jedno značajno unutrašnje samoograničenje, koje nameće njegov populistički karakter. Mere kaznenog populizma zahtevaju značajne materijalno-finansijske izdatke i onda kada penalni populizam svoje koštanje počinje da ispostavlja običnim građanima, u smislu hronično smanjenih ulaganja u škole, bolnice i slično, zbog ulaganja u zatvore, javna podrška populističkim merama i politička volja značajno opadaju.⁵⁵

⁵¹ M. Cavadino, J. Digan: Penal Policy and Political Economy, *Criminology&Criminal Justice*, 2006, Vol. 6(4); 435-456.

⁵² M. Tonry: Why Aren't German Penal Policies harsher and Imprisonment rates Higher? *German Law Journal*, 2004, Vol. 5(1), 1187-1206.

⁵³ J. Pratt: *Penal Populism*, Routledge, London, 2007, str. 153. i dalje.

⁵⁴ S. Snacken: Resisting Punitiveness in Europe?, *Theoretical Criminology*, 2010, Vol. 14(3), 273-292.

⁵⁵ J. Pratt: op. cit., str. 151.

Summary

Penal populism as a special approach to designing the social reaction to crime has a global character and has been in power for over two decades. Global social changes linked to the emergence and strengthening of neo-liberal socio-economic system, the role of the media, changing the legal perception of crime and the politicization of crime all contributed to its emergence. The main characteristics are related to the establishment of new strategies of crime control, major expansion of criminal justice, harsher sentencing policy, the strengthening and expansion of formal control, the new penology. The most important consequence of the new practice of crime control is a large increase in quotas of people sentenced to prison, which can not be explained only by the growth of crime. Being that, despite the global nature of the relevant social change, penal populism, with its controversial consequences has not affected all countries with the same intensity, special attention is paid to countries that maintain a functional criminal justice system outside the system of new punitivism.

KAZNA MALOLJETNIČKOG ZATVORA U REPUBLICI SRPSKOJ

Prof. dr Ljubinko Mitrović*
Nikolina Grbić-Pavlović, mr**

***Apstrakt:** Jedina kazna u sistemu maloljetničkih krivičnih sankcija koji je na snazi u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini jeste maloljetnički zatvor. To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja starijem maloljetnom učiniocu težeg krivičnog djela za, u sudskoj odluci, određeno vrijeme. Po ciljevima koje treba da postigne, kazna maloljetničkog zatvora je veoma bliska vaspitnim mjerama, dok je, s druge strane, po svojoj sadržini koja je usmjerena na onemogućavanje učinioca krivičnog djela uskraćivanjem njegove slobode kretanja, bliska kazni zatvora namijenjenoj punoljetnim licima. Nakon uvodnih napomena, autori u radu ukratko daju pregled istorijskog razvoja kazne maloljetničkog zatvora, zatim primjenu kazne maloljetničkog zatvora u Republici Srpskoj, te svrhu njenog izricanja, odnosno uslove za izricanje kazne maloljetničkog zatvora u Republici Srpskoj.*

***Ključne riječi:** kazna, maloljetnički zatvor, svrha i uslovi za izricanje kazne maloljetničkog zatvora.*

Uvodne napomene

Pod pojmom zatvor podrazumijevamo određeni zatvoreni prostor kojim se može ograničiti slobodno kretanje čovjeka. Zapravo prethodna definicija predstavlja najširi pojam zatvora.¹ S druge strane, pojam zatvor označava i ustanovu javnog karaktera. Upravo po ovom, novijem obilježju zatvora, ovaj pojam dobija svoj uži

* Аутор је ванредни професор на Факултету правних наука Паневропског универзитета АПЕИРОН у Бањој Луци. Истовремено, аутор је био члан радне групе Министарства правде Републике Српске за израду Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку и радне групе за израду подзаконских аката прописаних овим законом. Аутор је и члан радне групе Министарства правде Републике Српске за израду стратешког документа Републике Српске у области малолетничког преступништва.

** Ауторка је асистентка на правној групи предмета на Високој школи унутрашњих послова у Бањој Луци на предметима Прекршајно право, Полицијско право и Међународно право.

¹ Затваранјем човјека у један затворен простор тај простор постаје затвор. Овај затворен простор може бити људском руком за ту сврху начињен, а као затвор може служити и сваки простор који је по својој природи постао ограда и затворен. Ту убрајамо: куће, зидове, ровове, јаме, куле и др.

smisao. Tako se danas, prema savremenom shvatanju pod pojmom zatvor podrazumijeva javna ustanova koja je uređena po stanovitom sistemu, koja služi kao sredstvo državne vlasti kojim ona vrši prisilu nad pojedincem, radi održavanja javnog poretka.²

Iako se maloljetnim učiniocima krivičnih djela najčešće izriču vaspitne mjere kao posebna vrsta krivičnih sankcija koja je prilagođena posebnim biopsihičkim svojstvima maloljetnika, danas nisu rijetki pravni teoretičari koji tvrde da se isključivo vaspitnim mjerama ne može ostvariti opšta svrha krivičnih sankcija, kao ni posebna svrha vaspitnih mjera jer je riječ o maloljetnim učiniocima krivičnih djela čiji je stepen vaspitne zapuštenosti veoma često izuzetno visok, a težina učinjenog krivičnog djela zahtijeva da se prema maloljetniku primijeni neka druga krivična sankcija. U takvim slučajevima primjenjuje se posebna krivična sankcija koja ima obilježja kazne (prije svega retributivnost i prinudnost), a isto tako i značajno naglašene elemente vaspitnog karaktera, a ta krivična sankcija jeste maloljetnički zatvor.³

Maloljetnički zatvor (eng. *juvenile prison*; fran. *detention pour mineurs*; njem. *Jugendstrafanstalt*) predstavlja jedinu vrstu kazne u sistemu maloljetničkih krivičnih sankcija u pozitivnom krivičnom pravu u Republici Srpskoj (predviđenu čl. 50-60 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske) i Bosni i Hercegovini (član 80 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, član 100 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i član 100 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine). To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja starijem maloljetnom učiniocu težeg krivičnog djela za, u sudskoj odluci, određeno vrijeme i njegovom smještanju u određenu ustanovu. Po ciljevima koje treba da postigne, kazna maloljetničkog zatvora je veoma bliska vaspitnim mjerama, ali je po svojoj sadržini koja je usmjerena na onemogućavanje učinioca krivičnog djela uskraćivanjem slobode njegovog kretanja, bliska kazni zatvora namijenjenoj punoljetnim licima.

Istorijski razvoj kazne maloljetničkog zatvora

Maloljetnički zatvor predstavlja hibridnu krivičnu sankciju koja je po svojoj formi kaznena mjera sa veoma izraženim elementima represije. S druge strane, maloljetnički zatvor je po svojoj sadržini vaspitna mjera koja ima za cilj vaspitanje i prevaspitanje maloljetnog učinioca krivičnog djela, odnosno ostvarenje njegovog pravilnog razvoja. Isto tako, maloljetnički zatvor, u krajnjoj liniji, jeste krivična sankcija koja pruža efikasnu zaštitu društva od kriminaliteta. Maloljetnički zatvor kao vrsta kazne, u odnosu na druge sankcije iz sistema krivičnih sankcija predvi-

² Umićević, D.: *Sistem izvršavanja kazni lišenja slobode*, Vlastita naklada, Sarajevo, 1938. godina, str. 7.

³ Čejović, B.: *Krivično pravo, Opšti i posebni deo*, Dosije, Beograd, 2006. godine, str. 433; Jovašević, D.: *Krivično pravo, Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2006. godine, str. 322.

đenih za maloljetne učinioce krivičnih djela ima pojačanu dozu represivnosti što svakako ima svoje opravdanje. Naime, upravo potreba da društvena zajednica izrazi oštriju osudu i predvidi strožiji i oštriji tretman maloljetnog učinioca krivičnog djela predstavlja opravdanje postojanja navedene krivične sankcije. Jer, činjenica je da se i među maloljetnim licima javljaju takva lica koja pokazuju visok stepen vaspitne zapuštenosti, odnosno maloljetna lica koja često u povratu vrše teška krivična djela, pa čak i ona sa elementima nasilja i prouzrokovanim teškim posljedicama.

U najvećem broju savremenih krivičnih zakonodavstava predviđeno je kažnjavanje maloljetnih učinilaca krivičnih djela. U tom pogledu, danas su prihvaćena dva rješenja, odnosno dva sistema kažnjavanja maloljetnih učinilaca krivičnih djela.⁴ Uporednopravno posmatrano, prvo rješenje podrazumijeva funkcionisanje niza zakonodavstava koja prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela praktikuju primjenu ublažene kazne lišenja slobode, odnosno "ublažene" kazne zatvora koja je predviđena za punoljetne učinioce krivičnih djela. Prednje podrazumijeva da ta zakonodavstva predviđaju jedinstvenu kaznu zatvora za sve kategorije učinilaca krivičnih djela, ali sa različitim tretmanom punoljetnih i maloljetnih učinilaca krivičnog djela prilikom izvršenja kazne zatvora.⁵ Tako, na primjer, u francuskom krivičnom zakonodavstvu kazna maloljetničkog zatvora ne postoji, ali zato kod primjene kazni zatvora opšteg krivičnog prava treba razlikovati da li je maloljetnik stariji od šesnaest godina ili nije. Pravilo je da ukoliko postoje svi uslovi za primjenu kazne zatvora, da se maloljetstvo učinioca krivičnog djela cijeni i uzima kao olakšavajuća okolnost ili kao ublažavajuća okolnost. S obzirom na to da su u pitanju kazne zatvora uobičajene i za punoljetne učinioce krivičnih djela, nastoji se, u fazi izvršenja kazne zatvora, primijeniti poseban tretman prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela.⁶ Pored Francuske ovakvo rješenje predviđaju i krivična zakonodavstva Austrije, Ruske federacije, Ukrajine, Švedske, Norveške itd.

Drugo rješenje podrazumijeva izricanje posebne kazne lišenja slobode maloljetnim učiniocima krivičnih djela, odnosno kazne maloljetničkog zatvora kao posebne vrste kazne specifične samo za ovu kategoriju učinilaca krivičnih djela. Dakle, ova zakonodavstva (Srbije, Crne Gore, Hrvatske, Njemačke, Bosne i Hercegovine, Makedonije itd.) propisuju posebnu kaznu maloljetničkog zatvora.

Kada je u pitanju kazna maloljetničkog zatvora na ovim prostorima, treba istaći da je jugoslovensko krivično pravo prošlo kroz dva perioda u kojima je stav ovog zakonodavstva bio potpuno različit. Naime, u prvom periodu koji je trajao sve do donošenja novele Krivičnog zakona iz 1959. godine, zakonodavstvo bivše FNR

⁴ Lazarević, Lj., Grubač, M.: *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Justinijan, Beograd, 2005. godine, str. 74.

⁵ Knežević, S.: *Maloletničko krivično pravo, materijalno, procesno i izvršno*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010. godine, str. 81.

⁶ Perić, O.: *Krivičnopravni položaj maloletnika sa posebnim osvrtom na jugoslovensko i francusko pravo*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1975. godine, str. 212-213.

Jugoslavije nije poznavalo neku posebnu kaznu lišenja slobode namijenjenu maloljetnim učiniocima krivičnih djela. Suštinski, radilo se o kaznama lišenja slobode opšteg krivičnog prava koje su se pod određenim uslovima primjenjivale i na maloljetnike.⁷ S druge strane, kao specifična krivična sankcija za maloljetne učinioce krivičnih djela, kazna maloljetničkog zatvora uvedena je u zakonodavstvo na našem području značajnom i sveobuhvatnom reformom u oblasti krivičnog prava koja je rezultirala donošenjem novele Krivičnog zakona iz 1959. godine. Ovom reformom unose se značajne kvalitativne promjene u krivičnom pravnom položaju maloljetnika.⁸ Pored toga što se uvode nove vaspitne mjere, kao što smo napomenuli, ovom novelom predviđa se i nova kazna lišenja slobode koja do tada nije postojala u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, a to je kazna maloljetničkog zatvora. Time je prekinuta izrazito represivna politika prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela koja se ispoljavala kroz mogućnost da se na ovu kategoriju učinilaca krivičnih djela primjenjuju kazne lišenja slobode iz registra krivičnih sankcija za punoljetna lica.⁹

Maloljetnički zatvor u Republici Srpskoj

Za razliku od velikog broja zakonodavstava koja predviđaju široke mogućnosti kažnjavanja maloljetnih učinilaca krivičnih djela, i to od primjene novčane kazne pa do različitih modaliteta kazni lišenja slobode, u sistemu krivičnih sankcija Republike Srpske kazna maloljetničkog zatvora jeste jedina kazna.¹⁰ To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u kažnjavanju maloljetnika, odnosno oduzimanju slobode kretanja starijem maloljetnom učiniocu težeg krivičnog djela za, u sudskoj odluci, određeno vrijeme i njegovom smještanju u određenu ustanovu.¹¹ Isto tako, maloljetnički zatvor predstavlja posebnu vrstu kazne lišenja slobode koja je slična kazni zatvora kao vrsti krivične sankcije za punoljetne učinioce krivičnih djela.¹² Kazna maloljetničkog zatvora jeste i najteža krivična sankcija koja se može izreći maloljetnom učiniocu krivičnog djela čiji je osnovni cilj ostvarivanje pravilnog razvoja

⁷ Perić, O.: *Maloljetnički zatvor*, Izdavačka radna organizacija Privredna štampa, Beograd, 1979. godine, str. 19.

⁸ *Ibid.*, str. 21.

⁹ Radulović, Lj.: *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010. godine, str. 149.

¹⁰ Kaznu maloljetničkog zatvora poznaju i krivična zakonodavstva Republike Srbije, Republike Makedonije, Ruske Federacije, Republike Slovenije, Republike Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Bugarske i niza drugih savremenih zemalja.

¹¹ Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M.: *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, Međunarodno udruženje naučnih radnika-AIS, Banja Luka, 2010. godine.

¹² Mitrović, Lj., Grbić, N.: *Maloljetnici u kaznenom zakonodavstvu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine – Maloljetničke krivične i prekršajne sankcije*, časopis za pravnu teoriju i praksu Pravna riječ, Udruženje pravnika RS, broj 15/2008, str. 537.

maloljetnika kroz mjere nadzora, pružanja zaštite i pomoći, stručnog osposobljavanja i razvijanja osjećaja lične odgovornosti maloljetnog učinioca krivičnog djela. Način na koji su određeni uslovi za izricanje kazne maloljetničkog zatvora ukazuje na intenciju zakonodavca u Republici Srpskoj da se krajnje restriktivno pribjegava primjeni kazne maloljetničkog zatvora, a propisana svrha ove krivične sankcije i odredbe kojima je regulisano njeno izvršenje svakako ukazuju na njenu izraženu bliskost sa vaspitnim mjerama. U tom smislu, naše krivično zakonodavstvo je svakako usklađeno sa međunarodnim preporukama, odnosno standardima prema kojima kada god je to moguće, treba izbjegavati primjenu kazne lišenja slobode, ali i svih drugih eventualnih oblika institucionalizacije maloljetnika.¹³

Kao posebna vrsta kazne lišenja slobode kazna maloljetničkog zatvora ima i neke posebne karakteristike po kojima se razlikuje od kazne zatvora predviđene za punoljetna lica. Radi se o sljedećim karakteristikama, i to¹⁴:

a) Primjenom kazne maloljetničkog zatvora treba da se ostvari svrha i specijalne i generalne prevencije, odnosno da se njenom primjenom izvrši pojačani uticaj na maloljetnog učinioca krivičnog djela da ubuduće ne vrši krivična djela, kao i da se ostvari uticaj na druge maloljetnike da se suzdrže od činjenja krivičnih djela.¹⁵ Međutim, specijalna prevencija se kod ove kazne ostvaruje na način drugačiji od onoga kojim se ova svrha ostvaruje kod drugih kazni.

b) Izvršeno krivično djelo koje obuhvata i krivicu njegovog učinioca jesu pretpostavke i za izricanje kazne maloljetničkog zatvora, ali značaj ovih okolnosti se kod izricanja ove kazne nešto drugačije cijene nego kod izricanja ostalih vrsta kazni. Naime, prilikom odmjeravanja kazne maloljetničkog zatvora posebno se vodi računa o okolnostima vezanim za ličnost maloljetnika, a naročito o stepenu njegove duševne razvijenosti i vremenu potrebnom za vaspitanje i stručno osposobljavanje maloljetnika.

c) Maksimalno trajanje kazne maloljetničkog zatvora je tako određeno da se ova kazna ne može ni pod kojim uslovima izricati u kratkom trajanju, što takođe predstavlja jednu od razlika u odnosu na kaznu zatvora. Kazna maloljetničkog zatvora se izriče u trajanju do pet godina, a izuzetno i u trajanju do deset godina, s tim da je minimalno trajanje ove kazne šest mjeseci.

d) Maloljetnički zatvor se odmjerava prema posebnim pravilima sadržanim u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske. Pri tome se ne mogu primjeniti neka opšta pravila za odmjeravanje kazne punoljetnim licima kao što su ublažavanje kazne, odnosno oslobađanje od kazne. U pogledu okolnosti koje utiču na visinu kazne maloljetničkog zatvora,

¹³ Pravilo 11. 2. *Havanskih pravila*. Slična preporuka je sadržana i u drugim relevantnim dokumentima u oblasti postupanja sa maloljetnicima.

¹⁴ Lazarević, Lj., Grubač, M., *op. cit.*, str. 74-75. Vidi i: Jovašević, D.: *New juvenile criminal law in the Republic of Serbia*, *Free Law Journal, Budapest*, broj 3/2006, str. 181-198.

¹⁵ Vidi šire u: Jovašević, D., *Ibid.*

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske upućuje na primjenu opštih pravila o odmjeravanju kazni propisanih odredbom člana 37 st. 1 i 2 Krivičnog zakona Republike Srpske. Dakle, radi se o svim olakšavajućim i otežavajućim okolnostima koje utiču da kazna maloljetničkog zatvora bude manja ili veća, poput stepena krivice, pobuda iz kojih je krivično djelo učinjeno, jačine ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, ranijeg života maloljetnog učinioca krivičnog djela, ličnih prilika učinioca, držanja učinioca nakon izvršenja krivičnog djela itd. Zakonodavac je, pored ovih okolnosti, posebno istakao još dvije okolnosti koje se posebno uzimaju u obzir prilikom odmjeravanja kazne maloljetničkog zatvora starijem maloljetniku, a to su: a) stepen duševne zrelosti maloljetnika i b) vrijeme koje je potrebno za njegovo vaspitavanje i stručno osposobljavanje.

e) U slučaju sticaja krivičnih djela za koja se može izreći kazna maloljetničkog zatvora, ova kazna se izriče na način koji se u znatnoj mjeri razlikuje od onoga koji se primjenjuje kod izricanja ostalih vrsta kazni.

f) Osuda na kaznu maloljetničkog zatvora ne povlači sve one pravne posljedice koje mogu nastati u slučaju osude na kaznu zatvora.

g) Lica osuđena na kaznu maloljetničkog zatvora izdržavaju ovu kaznu u posebnim vaspitno-popravnim ustanovama u kojima se postupak prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela znatno razlikuje od postupka koji se primjenjuje prilikom izvršenja kazne zatvora za punoljetna lica.

h) I na kraju, institut uslovnog otpusta maloljetnog učinioca krivičnog djela sa izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora drugačije je regulisan nego kod kazne zatvora.

Svrha kazne maloljetničkog zatvora

Poseban stav našeg maloljetničkog krivičnog zakonodavstva prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela došao je svakako do izražaja i u određivanju svrhe vaspitnih mjera, odnosno kazne maloljetničkog zatvora kao specifičnih krivičnih sankcija koje se izriču ovoj kategoriji delinkvenata. Iako su u pitanju dvije vrste krivičnih sankcija (vaspitne mjere i kazna), Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske¹⁶ u istom članu (član 31) definiše zajedničku svrhu obje ove krivične sankcije, kao i posebnu dodatnu svrhu kazne maloljetničkog zatvora čime je svrha maloljetničkih krivičnih sankcija dvojako određena. Smisao ovakvog određivanja svrhe krivičnih sankcija za maloljetne učinioce krivičnih djela jeste da se ukaže na tijesnu funkcionalnu povezanost krivičnih sankcija koje se izriču maloljetnim učiniocima krivičnih djela.¹⁷

Tako se u stavu 1 člana 31 određuje svrha maloljetničkih krivičnih sankcija

¹⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010; u daljem tekstu: Zakon.

¹⁷ Lazarević, Lj., Grubač, M., *op. cit.*, str. 34-35.

u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija, a potom, u stavu 2 istog člana i posebno svrha kažnjavanja kaznom maloljetničkog zatvora. Svrha maloljetničkog zatvora, u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija jeste da se pružanjem zaštite, brige, pomoći i nadzora, kao i obezbjeđenjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloljetnika, obezbjeđenje vaspitanja i pravilnog razvoja njegove ličnosti, uz potrebu za ponovnim uključivanjem maloljetnika u društvenu zajednicu. U okviru opšte svrhe svih (pa i maloljetničkih) krivičnih sankcija svrha maloljetničkog zatvora je i vršenje pojačanog uticaja na maloljetnog učinoca krivičnog djela da ubuduće ne vrši krivična djela, kao i na druge maloljetnike da ne vrše krivična djela.¹⁸

U određivanju svrhe krivičnih sankcija za maloljetnike Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske se služi sljedećim pojmovima: vaspitanje, pravilan razvoj i jačanje lične odgovornosti maloljetnika, i ponovno uključivanje maloljetnika u društvenu zajednicu.¹⁹ Samo vaspitanje, ukoliko se shvati u užem značenju, obuhvata brojne mjere i postupke koji teže oblikovanju ličnosti maloljetnog lica. Ove mjere i postupci se mogu preduzimati u porodici, ali i u školi, izvan škole, kao i u posebnim ustanovama koje su za tu svrhu namijenjene. Vaspitanje maloljetnika se stoga može ostvariti i primjenom vaspitnih mjera.²⁰

Pod obezbjeđivanjem pravilnog razvoja maloljetnika treba razumjeti stvaranje takvih životnih uslova koji će omogućiti da se maloljetnik formira i razvija u smislu opšte opredjeljenosti za poštovanje društvenih pravila ponašanja. Uz pravilan razvoj maloljetnika usko je vezano i jačanje lične odgovornosti maloljetnika koje pretpostavlja postojanje određene svijesti o prirodi svog ponašanja, ali i svijesti maloljetnika o preuzimanju odgovornosti za takvo ponašanje. Ova svijest se formira kroz način života maloljetnika, zatim uticaj škole, sredine u kojoj se maloljetnik kreće, ali i djelovanje određenih društvenih faktora, kao što su npr. mediji, odnosno sredstva informisanja uopšte.

S ovim ciljem je usko povezana i funkcija ponovnog uključivanja maloljetnika u društvenu zajednicu. U najširem smislu pod ponovnim uključivanjem maloljetnika u društvenu zajednicu podrazumijeva se potreba da se kod maloljetnika formira svijest o njegovoj pripadnosti društvenoj zajednici i obavezama prema toj zajednici, kao i potreba da se maloljetnik ponaša prema prihvaćenim pravilima u društvu.

U cilju ostvarenja zakonom predviđene svrhe vaspitnih mjera, postupanje sa maloljetnicima zahtijeva poseban način u skladu sa njihovim uzrastom, ličnim svojstvima i vrstom i težinom krivičnog djela. Ovakvo se postupanje zasniva na savremenim principima pedagogije, psihologije, (andragogije) i sl. U toku provo-

¹⁸ Vidi šire u: Milošević, N.: *Maloletnički zatvor (zakonodavstvo i praksa)*, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, broj 1/2001, str. 7–19.

¹⁹ Lazarević, Lj., Grubač, M., *op. cit.*, str. 35.

²⁰ Perić, O., *op. cit.*, str. 33. (fusnota 6).

đenja različitih tretmana prema maloljetnicima posebno se vodi računa o tome da maloljetnika treba podsticati da aktivno učestvuje u svom vaspitanju, odgajanju, promjeni svojih stavova i loših navika i razvijanju osjećanja odgovornosti za vlastite postupke.²¹

Svrha maloljetničkog zatvora pretežnim dijelom se poklapa sa svrhom vaspitnih mjera, ali ova svrha ima i nekih specifičnosti. Naime, primjenom kazne maloljetničkog zatvora nastoji se ostvariti pojačan uticaj na maloljetne učiniocima krivičnih djela da ubuduće ne vrše krivična djela, kao i na druge maloljetnike da ne vrše krivična djela. To svakako znači da je svrha maloljetničkog zatvora dvojako određena i to kroz:

1. specijalnu prevenciju (djelovanje na maloljetnog učinioca krivičnog djela da ne ponovi krivično djelo) i
2. generalnu prevenciju (uticaj na druge maloljetnike da ne vrše krivična djela).²²

Drugačije rečeno, u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske se podvlači specijalna prevencija i ističe generalna, što direktno nije bio slučaj kod vaspitnih mjera. Iz ovako određene svrhe proizilazi da maloljetnički zatvor posjeduje i elemente vaspitne mjere, ali i kazne.²³

Pored toga što je u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske određena svrha vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora, načelno se određuju i načini za ostvarivanje ove svrhe. Ovako određena svrha prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske može se ostvariti na tri načina: 1) nadzorom, 2) pružanjem zaštite, brige i pomoći i 3) obezbjeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja.²⁴

Nadzor nad maloljetnikom znači praćenje života i rada maloljetnika i neposredno uticanje na otklanjanje njegovog nedozvoljenog ponašanja. Ovaj nadzor uvijek ima društveni karakter i može se vršiti na različite načine, na primjer, nadzorom nad maloljetnikom od strane roditelja, usvojioca, staraoca ili drugog organa društvene zajednice s ciljem da se kroz praćenje njegovih aktivnosti uoče i pokušaju otkloniti negativni uticaji i uzroci za neprihvatljivo ponašanje.

Izdvajanje maloljetnog učinioca krivičnog djela iz socijalne sredine ili porodice zbog lošeg uticaja na njegov razvoj i vaspitanje, zatim zabrana posjećivanja određenih mjesta, ili usmjeravanje i pomoć u školovanju ili podvrgavanju određenim

²¹ Vranj, V.: *Vaspitne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 47/2004, str. 402.

²² Simović, M. i drugi, *op. cit.*, str. 106.

²³ Perić, O.: *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, drugo-dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007. godine, str. 31-32.

²⁴ Simović, M. i drugi, *op. cit.*, str. 105.

medicinskim tretmanima predstavljaju mjere kojima se ostvaruje pružanje zaštite, brige i pomoći maloljetniku. Ovaj način ostvarivanja svrhe kažnjavanja maloljetnika podrazumijeva preduzimanje različitih mjera koje su usmjerene na zaštitu maloljetnika od negativnih uticaja, odnosno pružanje odgovarajuće pomoći maloljetniku ili licima koja se staraju o njemu prilikom njegovog vaspitanja.

Obezbjedivanje opšteg i stručnog osposobljavanja maloljetnika znači sticanje određenih društveno korisnih znanja i sposobnosti kroz različite vidove obrazovanja, zatim razvijanje lične odgovornosti maloljetnika koje se ostvaruje postavljanjem određenih zadataka i dužnosti za čije je kvalitetno i blagovremeno ostvarenje maloljetnik lično odgovoran, te opštim i profesionalnim školovanjem maloljetnika.

Iako su krivične sankcije za maloljetnike prevashodno specijalno preventivnog karaktera, one nisu lišene prinudnog, odnosno retributivnog karaktera, jer njihova primjena ne zavisi od volje maloljetnog učinioca krivičnog djela. S druge strane, ove krivične sankcije se po svojoj sadržini sastoje u postavljanju određenih ograničenja, zabrana, uslovljavanja i ponašanja maloljetnika po određenim uputstvima i nalozima.

Uslovi za izricanje maloljetničkog zatvora

Kao što smo već ranije napomenuli kažnjavanje maloljetnih učinilaca krivičnih djela je, ne samo kod nas nego i u većini uporednopravnih maloljetničkih krivičnopravnih sistema, izuzetna mjera kojoj se relativno rijetko pribjegava.²⁵ Tako, prema odredbi člana 50 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske kazna maloljetničkog zatvora se sastoji u oduzimanju slobode kretanja krivično odgovornom starijem maloljetniku koji je učinio krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora teža od pet godina, te ukoliko zbog visokog stepena krivične odgovornosti maloljetnika i prirode i težine krivičnog djela ne bi bilo opravdano izreći starijem maloljetniku vaspitnu mjeru.

Dakle, kazna maloljetničkog zatvora prema pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske može (a i ne mora, iz čega izvlačimo poseban karakter ove krivične sankcije koji se tiče njene fakultativnosti, odnosno supsidijarnosti) biti izrečena isključivo starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela pod uslovom da su u konkretnom slučaju kumulativno ispunjeni zakonom predviđeni sljedeći uslovi:

- da je učinilac krivičnog djela stariji maloljetnik, odnosno lice koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršilo šesnaest godina (a nije navršilo osamnaest godina),

- da je stariji maloljetnik izvršio krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora teža od pet godina (objektivni uslov),

²⁵ Perić, O.: *Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima*, Propisi SR Jugoslavije, Republike Srbije i Republike Crne Gore, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 1995. godine, str. 41.

- da postoji visok stepen krivice starijeg maloljetnika (krivica podrazumijeva uračunljivost maloljetnika i preduzimanje radnje izvršenja krivičnog djela sa umišljajem ili, vrlo rijetko, iz nehata – subjektivni uslov).²⁶

Pored ovih obaveznih uslova, u konkretnom slučaju moraju se cijeniti još dvije okolnosti, i to:

- da postoji uvjerenje suda da zbog teških posljedica izvršenog krivičnog djela maloljetniku ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu mjeru i

- da postojanje visokog stepena krivice maloljetnika takođe ne opravdava izricanje vaspitne mjere, već se izricanje kazne maloljetničkog zatvora čini nužnim.²⁷

Iako su prethodno navedene dvije okolnosti u krajnjoj liniji takođe uslovi, uobičajeno je da se one smatraju okolnostima koje sud procjenjuje nakon utvrđivanja da su se stekla tri obavezna uslova (da je riječ o starijem maloljetniku, da se radi o starijem maloljetniku kod kojeg postoji visok stepen krivice i da je stariji maloljetnik učinio krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora teža od pet godina) da bi donio odluku o tome da li je primjena kazne maloljetničkog zatvora u datom slučaju opravdana. Upravo ove dvije okolnosti sud mora uzeti u obzir prilikom odlučivanja da li će izreći kaznu maloljetničkog zatvora.²⁸

Kazna maloljetničkog zatvora se izriče u trajanju do pet godina. Ova se kazna uvijek izriče na pune godine ili na mjesece. Zakonodavac nije propisao opšti minimum kazne maloljetničkog zatvora, ali, s obzirom na to da je minimalno trajanje vaspitnih mjera pojačanog nadzora, te zavodskih vaspitnih mjera upućivanja u vaspitnu ustanovu, odnosno upućivanja u vaspitno-popravni dom šest mjeseci, to smo mišljenja da najkraće vrijeme boravka u kazneno-popravnoj ustanovi za maloljetnike ne bi trebalo da traje manje od šest mjeseci. No, pored opšteg maksimuma propisanog odredbom člana 51 stav 1, Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske poznaje i još jedan maksimum, dakle izricanje kazne maloljetničkog zatvora u trajanju do deset godina. Shodno zakonskom rješenju, maloljetnički zatvor u trajanju do deset godina može se izreći isključivo u dva slučaja:

1. kada je učinjeno krivično djelo za koje je u zakonu propisana kazna dugotrajnog zatvora i

2. kada su učinjena u sticaju najmanje dva krivična djela za koja je u zakonu propisana kazna zatvora teža od deset godina.

²⁶ Grbić-Pavlović, N.: *Kaznenopravni aspekti maloljetničke delinkvencije u Republici Srpskoj*, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2010. godine, str. 88.

²⁷ Stojanović, Z.: *Krivično pravo - Opšti deo*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2002. godine, str. 387.

²⁸ *Ibid.*

Kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, sud starijem maloljetniku odmjerava kaznu maloljetničkog zatvora u granicama zakonom propisane kazne za učinjeno krivično djelo, imajući u vidu svrhu maloljetničkog zatvora i uzimajući u obzir sve okolnosti (olakšavajuće i otežavajuće), a naročito: a) stepen zrelosti maloljetnika i b) vrijeme koje je potrebno za njegovo vaspitavanje i stručno osposobljavanje.²⁹

Zaključna razmatranja

Opšti trend rasta kriminaliteta maloljetnika krajem XX vijeka i naročito zabrinjavajući porast zastupljenosti krivičnih djela izvršenih od strane maloljetnika, posebno onih sa elementima nasilja, uticao je na širu društvenu zajednicu u smislu preispitivanja postojećih modela društvene reakcije i efikasnosti sistema maloljetničkog pravosuđa. Najvažniji oblici ove reakcije vezani su za izricanje krivičnih sankcija maloljetnim učiniocima krivičnih djela, od kojih je najteža i ima izuzetnu primjenu – kazna maloljetničkog zatvora.

Maloljetnički zatvor predstavlja jedinu kaznu u sistemu maloljetničkih krivičnih sankcija u Republici Srpskoj (prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske) i Bosni i Hercegovini (prema Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine). To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja starijem maloljetnom učiniocu težeg krivičnog djela za, u sudskoj odluci, određeno vrijeme i njegovom smještanju u određenu ustanovu. Po ciljevima koje treba da postigne, ova kazna je veoma bliska vaspitnim mjerama, ali je po svojoj sadržini koja je usmjerena na onemogućavanje učinioca krivičnog djela uskraćivanjem slobode njegovog kretanja, bliska kazni zatvora namijenjenoj punoljetnim licima. S obzirom na to da se kazna maloljetničkog zatvora sastoji u ograničavanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela, ona bi trebalo da bude primijenjena *ultima ratio* – kao posljednja raspoloživa krivična sankcija u uslovima kada nije moguće djelovati blažim krivičnim sankcijama, odnosno vaspitnim mjerama. Ovakvu izuzetnu primjenu ove kazne nalažu i postojeći međunarodni standardi Organizacije ujedinjenih nacija i Savjeta Evrope.

²⁹ Simović, M. i drugi, *op. cit.*, str. 145.

Summary

The general trend of juvenile delinquency at the end of the twentieth century and particularly worrying increase in the representation of the crimes committed by juveniles, especially those with elements of violence has affected the wider community in terms of reviewing existing models of social response and effectiveness of juvenile justice. The most important forms of these reactions are related to the imposition of criminal sanctions, juvenile offenders, of which the most serious and has a great application - juvenile prison.

Juvenile imprisonment is the only sentence in the juvenile system of criminal sanctions in the Serbian Republic (under the Protection and Treatment of Children and Juveniles in the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbian) and Bosnia and Herzegovina (under the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina). This is a special kind of punishment consisting in restraint of older juvenile offenders in more serious criminal offenses, the court decision, some time and his placement in a particular institution. According to the objectives to be achieved, this sentence is very close to disciplinary measures, but its content is aimed at preventing an offender deprived of his freedom of movement, close imprisonment intended for adults. Given that the punishment of juvenile imprisonment consists in restricting the free movement of offender, it should be applied ultima ratio - as the last available criminal sanctions in circumstances where it is not possible to act more lenient criminal sanctions or disciplinary measures. Such a remarkable application of the penalties required by the existing international standards of the United Nations and the Council of Europe.

KRIZA PENALNOG SISTEMA – OD PREVELIKIH OČEKIVANJA DO RAZOČARENJA*

Dr Zoran M. Stevanović*
Msc. Jasmina Igrački**

***Apstrakt:** Rad se bavi problematikom penalnog sistema, njegovim efektima u ostvarivanju svrhe kazne zatvora, resocijalizaciji i reintegraciji zatvorenika u životnu sredinu po izlasku sa izdržavanja zatvorske kazne. Takođe, u radu se navode faktori koji su doveli do krize zatvorskog sistema, problemi sa kojima se susreću zatvorske institucije, uticaj pooštrene kaznene politike na stanje u penalnom sistemu i realne mogućnosti zatvorskih institucija u prevenciji kriminaliteta.*

Poslednjih decenija sve su izraženiji problemi i teškoće u funkcionisanju zatvorskih sistema, koji su posledica, pored ostalog, enormnog povećanja broja zatvorenika, sve složenije strukture zatvorenika, kako u ličnim svojstvima tako i po kriminološkim karakteristikama, sve lošijim statusom zatvorskog sistema u društvu (materijalni status institucija, zaposlenih, zatvorenika). Jedan od bitnih razloga krize penalnog sistema je nepostojanje čvrste i jasne koncepcije i strategije u stručnom i profesionalnom radu sa zatvorenicima. Svedoci smo da se krajem 80 godina napustila koncepcija resocijalizacije a da se nije pronašla delotvornija koncepcija u radu sa zatvorenicima koja bi efikasnije delovala na promenu obrasca ponašanja zatvorenika i na prevenciju kriminaliteta. U takvim uslovima funkcionisanja sistema izvršenja krivičnih sankcija nije realno očekivati značajnije efekte na resocijalizaciji i reintegraciji zatvorenika, na menjanje negativnih osobina, stavova i obrazaca ponašanja, a samim tim i na smanjenje recidivizma.

***Ključne reči:** Penalni sistem, kriza zatvora, prenatrpanost zatvora, struktura zatvorenika, status zatvorskog sistema, savremene tendencije, reintegracija zatvorenika.*

* Rad je nastao kao rezultat projekta „Kriminal u Srbiji: fenomenologija, rizici i mogućnosti socijalne intervencije“ koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, br. 47011.

** Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд

Uvod

Jedan broj teoretičara i praktičara, izučavajući razvoj penalnog sistema, s pravom ističu da je od samog početka postojala dilema: da li je zatvor bio adekvatna potreba društva i da li je uspevao da ostvari svoju funkciju. Funkcija zatvora u savremenom društvu je - da društvo zaštiti od kriminalaca, njihovom izolacijom, i da, istovremeno, upozori i spreči druge da ne vrše krivična dela, kao i da osposobi zatvorenike za normalan život u zajednici po izlasku iz zatvora. Analiza sistema kažnjavanja i penalnog sistema, u određenim vremenskim periodima, pokazuje da su ciljevi i svrha kažnjavanja, po pravilu, bili ambiciozniji u odnosu na realne mogućnosti društva i da je u praksi zatvorski sistem delimično ostvarivao zadate ciljeve. Stalno je postojala dilema da li je sistem kažnjavanja i njegova realizacija u zatvorskim institucijama ostvarivao neophodan nivo efikasnosti koji bi zadovoljavao proklamovane ciljeve? Zatvori su, u dosadašnjoj istoriji, najefikasnije ostvarivali funkciju izolacije prestupnika iz društva, donekle kazna zatvora je delovala na generalnu prevenciju - da se eventualni izvršioци krivičnih dela upozore da će ako izvrše krivično delo izvršiti u zatvoru, a da je nivo korekcije ponašanja zatvorenika, za vreme izdržavanja kazne zatvora, njegovo menjanje i resocijalizacija, davala najskromnije rezultate. I tu je i najveća dilema - kolika je realna mogućnost prevaspitanja i reintegracije delinkventa u društvo. Većina penologa i kriminologa se slaže da kazna zatvora i zatvor imaju ograničavajuće dejstvo u pogledu postizanja efekata u odvraćanju i zastrašivanju učinilaca krivičnih dela. Često je zatvorski sistem predmet kritike „jer ne postiže željene rezultate“ i vrlo brzo se došlo do saznanja da i kazna lišenja slobode koja bi, između ostalog, trebalo da čuva društvo od počinitelaca krivičnih dela, realno to slabo čini, jer se osuđeni, nakon izdržane kazne, u visokom procentu ponovo vraćaju kriminalu. Krivičnom pravu, kažnjavanju i izvršenju kazni lišenja slobode natovarena je prevelika odgovornost za prevaspitanje i popravljanje ljudi. Ako kazna postane jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta i ako društvo povećava represiju i u isto vreme zanemaruje sva druga sredstva za čuvanje društva od njega, kažnjavanje će se pokazati kao neuspešno sredstvo za zaštitu društva od kriminaliteta.¹

U različitim fazama društvenog razvoja, a samim tim i u različitim zatvorskim sistemima koji su postojali, definisana je kaznena politika i način izvršavanje krivičnih sankcija. Činjenica je da su zatvori, gotovo u većini sistema, osim ćelijskog, omogućavali „kriminalnu infekciju“ dobrog dela osuđenika koji po svojim svojstvima i kriminološkim karakteristikama i nisu strukturirani kao osobe sklone vršenju novih krivičnih dela. Ispostavilo se da penalni sistem, u jednom delu, predstavlja pogodno mesto za daljom kriminalizacijom njegovih „stanovnika“. Iz tih i sličnih

¹ Stevanović, Z. (2006): *Mogućnosti i ograničenja izgradnje savremenog zatvorskog sistema*, *Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, str. 581.

razloga zatvorski sistemi predstavljaju stalno interesovanje i naučnika i praktičara u pokušaju stvaranja novog modela zatvora i zatvorskog sistema koji će u najvećoj mogućoj meri ostvariti ciljeve i svrhu kažnjavanja koje jedno društvo proklamuje. Takođe, težnja je svih da se izgradi takav penalni sistem koji će, u najvećoj mogućoj meri, eliminisati negativne posledice koje zatvor ostavlja na osuđenika.

Prateći savremene tendencije i stanja u ovoj oblasti, može se sa sigurnošću konstatovati da se kazna zatvora i penalni sistem, i na globalnom i na nacionalnom nivou, nalazi u krizi i da sve više predstavlja ozbiljan problem u funkcionisanju društvenog mehanizma u borbi protiv kriminala. U prilog ovoj konstataciji su podaci koji pokazuju da se recidivizam iz godine u godinu sve više povećava i da se kreće i preko 70%, da stroga kaznena politika ne deluje na prevenciju kriminala², da se bavljenje kriminalom smatra profesionalnim rizikom, da je broj zatvorenika u svetu dostigao cifru od blizu 10 miliona, da je materijalni položaj veoma skroman, da je struktura zatvorenika sve složenija i teža, da kažnjavanje i izvršenje kazni ne prate druge društvene institucije i mehanizmi koji bi eliminisali neke od faktora koji su potencijalni uzročnici delinkventnog ponašanja i sl. U takvim okolnostima realna je ocena da se kazna zatvora i zatvorski sistem nalaze u krizi, jer ne doprinose prevenciji kriminaliteta u obimu koji društvo očekuje. Zbog toga je društvo/država pozvana da reformiše i kaznenu politiku i zatvorski sistem i stvori bolje i efikasnije mehanizme za zaštitu vrednosti i dobra od kriminala.

Obeležja krize savremenih penalnih sistema

Poslednjih decenija postoji opšta saglasnost naučnika i praktičara da su nastali evidentni simptomi krize u penalnom sistemu. Problemi u funkcionisanju zatvora prisutni su i na Istoku i na Zapadu sa istim ili sličnim simptomima krize i mogu se generalizovati kao opšti problem savremenog društva. I pored postojanja različitih modela organizacije zatvorskih sistema, različitih koncepcija i pristupa u kažnjavanju delinkvenata, efekti zatvorske kazne i zatvora kao institucije su veoma skromni. Poslednjih godina nastale su promene u shvatanju svrhe kažnjavanja koje su posledica novih društvenih odnosa na globalnom nivou (globalizacija - unifikacija standarda u vrednosnoj, kulturnoj, moralnoj sferi) i istovremeno traženje novih mehanizama u borbi protiv kriminala. Sve je izraženija neizvesnost uspeha primene kazne zatvora zbog čega se sve veći broj kriminologa i penologa zalažu za ograničeno propisivanje i izricanje kazne zatvora, posebno kratkih kazni zatvora koje postaju besmislene. Posledice se manifestuju u negativnom dejstvu na primarne osuđenike a predstavljaju i značajan finansijski izdatak za državu. Sve češće se, posebno u teorijskim okvirima, postavlja i dilema da li zatvori uopšte mogu da obave ulogu popravljanja osuđenih ili, u stvari, oni obavljaju samo ulogu kažnjavanja. Zato se često čuje mišljenje da bi za mnoge prestupnike mnogo bolje bilo da se ne upućuju u zatvore, a posebno to

² Recidivizam je za 3% veći kod osuđenika sa dugim kaznama zatvora.

važi za one koji su na početku svoje kriminalne karijere. Zatvor za tu kategoriju ljudi može da predstavlja opasno iskustvo, što ima za posledicu nastavak kriminalne karijere nakon stečenog „školovanja” u zatvorskim institucijama. Takav pristup afirmiše saznanje da kažnjavanje ljudi lišenjem slobode ne može biti efikasno sredstvo kojim bi se moglo naučiti živeti na slobodi. Čak se stiče utisak da ljudi kojima je oduzeta sloboda imaju manje šanse i mogućnosti da, nakon izdržane kazne, nastave život kao poštteni građani.³

Šta danas karakteriše savremene zatvorske sisteme i u kom pravcu se kreće njihova reforma i razvoj? Sve je prisutnija dilema među penolozima - koji koncept u izvršenju krivičnih sankcija primenjivati? Značajan broj razvijenih zapadnih zemalja intenzivno napušta koncept prevaspitavanja osuđenika, jer koncepcija prevaspitanja nije pokazala očekivane rezultate. Trenutno je aktuelan menadžerski pristup u upravljanju zatvorskim sistemom, kao racionalniji model socijalne kontrole. Neefikasnost društvenih mehanizama u borbi protivu kriminaliteta, sve veći broj osuđenika sa dugim kaznama, složene političko-ekonomske prilike, veliki broj lokalnih ratova, i sl., kao i neefikasnost kazne zatvora i zatvorskog sistema, utiču na porast kriminaliteta, a samim tim i na povećanje broja zatvorenika, do granice kada ih realno nije moguće smestiti u postojeće zatvorske objekte.⁴

U jednom od članaka o nemačkoj kaznenoj politici Švind (1995) daje prilično pesimističku sliku aktuelnog stanja u oblasti izvršenja kazne lišenja slobode. Kada je u nemačkoj 1977. godine stupio na snagu Zakon o zatvorima, koji je bio orijentisan ka rehabilitaciji, izgrađeno je nekoliko modernih zatvora koji su savremeno opremljeni, snažno ojačani socijalnim službama, povećan je broj zatvorske administracije različitih profila, prošireno je obrazovanje i stručno osposobljavanje osuđenika, obrazovana su otvorena odeljenja pri zatvorima, otvorena je mogućnost zapošljavanja osuđenika u zajednici, uvedeni su psiho-socijalni tretmani orijentisani ka rehabilitaciji i sl., a sve u skladu sa opredeljenjem za koncepcijom mogućeg prevaspitanja učinioa krivičnih dela. Međutim, euforični pristup i verovanje u preva-

³ Stevanović, Z. (2009): Nove tendencije u upravljanju zatvorima, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, br. 2. Beograd, str.151.

⁴ Struktura zatvorenika je iz godine u godinu sve složenija sa kriminološkog, psihološkog, medicinskog i socijalnog aspekta. Sve je veći broj zatvorenika koji su izvršili veoma veliki broj teških krivičnih dela, raznovrsnog tipa, na različite načine i sa sve većim procentom surovosti. Ličnost zatvorenika karakteriše sve veći broj poremećaja u emotivnoj, psihološkoj i socijalnoj sferi. Takođe, sve je veći procenat zavisnika od droge, alkohola, tableta i drugih supstanci koje ostavljaju ozbiljne posledice kako na somatskom tako, i na psihičkom planu. Brojni narkomani, HIV pozitivni, psihopate, obolelih od tuberkuloze predstavljaju sve ozbiljniji problem zatvora. U državama Evropske unije zapažen je značajan porast kriminaliteta sa elementima nasilja i razbojništva i to preko 40%. Takođe, u porastu je organizovani kriminalitet, maloletnički kriminalitet, terorizam, trgovina belim robljem, trgovina organima i drugi vidovi kriminaliteta. U takvim okolnostima zatvori su primorani da pronalaze nova rešenja u pogledu klasifikacije zatvorenika, primeni novih korekcionih programa, edukaciji specijalizovanih kadrova, arhitekturi i sl.

spitanje i rehabilitaciju osuđenika brzo se pokazao kao relativno idealizovana dogma koja ne daje očekivane rezultate. Tako Švind 90-tih godina konstatuje stagnaciju te koncepcije i delimično nazadovanje. Po njegovom mišljenju, to je posledica: (1) „splasnjavanja“ ideala rehabilitacije; (2) prenatrpanost zatvora usled porasta kriminaliteta i (3) finansijski problemi usled ekonomskih recesija.⁵

U takvim okolnostima penalni sistem ne ostvaruje očekivane rezultate, koncepcija resocijalizacije i rehabilitacije se pokazuje kao nedovoljno efikasna u korekciji ponašanja zatvorenika, povrat je u sve većem broju, a tako koncipirani zatvori, osim funkcije izolacije, ne ispunjavaju očekivanja društva. Mnogi problemi penalnog sistema u Nemačkoj su isti ili slični sa različitim državama i gotovo da nema razlike istok-zapad ili sever-jug. Poseban problem penalnog sistema u Nemačkoj je prenatrpanost zatvora osuđeničkom populacijom. U poslednjih desetak godina osuđenička populacija se uvećala više od jedne trećine, a u nekim pokrajinama (Saksonija-Anhalt) osuđenička populacija je uvećana i preko 60%, u Berlinu za 45% i sl. U pokušaju da se nađe uzrok porasta zatvorske populacije, Heinz Cornel zaključuje da je najuočljiviji porast među mlađim prestupnicima u ustanovama u istočnim nemačkim državama.⁶ Druga karakteristika zatvorskog sistema u Nemačkoj je visok broj zavisnika, preko 35% od ukupne populacije, sa kojom je gotovo nemoguće raditi klasičnim metodama resocijalizacije. Tako veliko prisustvo narkomana i alkoholičara, sa njihovom razdražljivošću, emotivnom nestabilnošću i nasilničkim karakteristikama, vrlo teško ih je smeštati u zatvore sa minimalnom sigurnošću, a u zatvorima sa povećanom sigurnošću permanentno remete krute okvire i norme ponašanja. Asocijacija nemačke zatvorske administracije, na jednom skupu u 2002. godini, istakla je da su danas zatvorenici znatno teži u odnosu na pre dvadeset i pet godina, kad su definisani ciljevi i standardi penalnog sistema u Nemačkoj. Broj opasnih zatvorenika koji je spreman da koristi silu i koji ne reaguje na tretman je znatno povećan, realno samo je mali broj osuđenika spreman da prihvati program prevaspitanja i da hoće da se menja.⁷

Slična situacija je i u Velikoj Britaniji, gde je kriza u oblasti zatvorske politike bila predmet široke debate pre nekoliko godina. Po Wolfovom izveštaju u osnovi krize su: (1) brojna populacija osuđenika; (2) prenatrpanost zatvora; (3) loši uslovi u zatvorima; (4) nedovoljan broj zaposlenih; (5) nezadovoljstvo zaposlenih; (6) slaba bezbednost; (7) „otrovna mešavina“ doživotnih, politički motivisanih i mentalno obolelih stanovnika zatvora; (8) zatvorske pobune i drugi događaji u kojima je kon-

⁵ Correctional Service Canada - Beyond Prisons Symposium - Kingston, Ontario. 2002. internet: www.csc-scc.gc.ca/text/forum/bprisons/speeches/13_e.shtml - str.1.

⁶ Heinz Cornel: „Neuere Entwicklunegen hinsichtlich der Anzahl der Inhaftierten in Deutschland“ (Recent developments in the number of prisoners in Germany), in *Neue Kriminalpolitik*, year 14, issue 2, June 2002. pp.42-43.

⁷ Stevanović, Z.: (2009), Nove tendencije u upravljanju zatvorima, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, br. 2. Beograd, str.151-154.

trola doživela slom (Cavardino i Dignan, 1993).⁸ Navedeni simptomi krize penalnog sistema u Velikoj Britaniji, prema izveštaju Wolfa, se u dobrom delu podudaraju sa navodima Švinda u vezi krize u nemačkom sistemu. Iako se ova dva primera iz Evrope razlikuju u nekim aspektima, korespondiraju u jednom opštijem shvatanju. Ono se ne karakteriše samo opadanjem ideala rehabilitacije, ekonomskim teškoćama i porastom zatvoreničke populacije, već i uzdizanjem neoklasičnih koncepata. U tome posebno prednjače Sjedinjene Američke Države. Iako SAD tradicionalno imaju veoma visoku stopu kažnjavanja zatvorom, broj osuđenika je dramatično porastao devedesetih godina XX veka. U pojedinim američkim zemljama, kao što je Kalifornija, stopa rasta osuđenika je četiri puta veća u odnosu na zapadnoevropske zemlje. Primera radi, nakon zakona iz 1994. godine, u Kaliforniji je potrebno sagraditi preko 20 novih zatvora da bi se, u skladu sa zakonom, smestila osuđena lica. Tako dramatično povećanje osuđenika izaziva ogroman pritisak javnosti da se primeni princip: njih treba zatvoriti, a ključeve baciti.

Iako su SAD 60-tih i 70-tih godina bile lider u programima i eksperimentima u oblasti tretmana i rehabilitacije prestupnika, sada se sve češće ističu ne rehabilitacioni programi, što je tipično klatno kaznene politike. I pored takvih tendencija u većini razvijenih zemalja, tretman je značajno zastupljen u mnogim penalnim sistemima, jer, za sada, nema adekvatne alternative. U Americi se politika kažnjavanja i tretman zatvorenika odvija u dva pravca: (1) za izuzetno surove i teške kriminalce izriču se veoma stroge kazne (smrtna kazna, dugogodišnje kazne zatvora) i oni kaznu zatvora izdržavaju u zatvorima sa maksimalnim merama obezbeđenja-supermaxi zatvori, gde nema posebnih mera resocijalizacije, pogodnosti i sl. Tu je ćelijski sistem sa maksimalnom izolacijom zatvorenika, (2) drugi pravac koji se u Americi primenjuje je izricanje adekvatnih kazni lišenja slobode uz poštovanje ličnih svojstava zatvorenika i oni se smeštaju u zatvorima sa nižim stepenom obezbeđenja i prema njima se primenjuju različiti-specijalizovani tretmani sa visokim stepenom verovatnoće u uspeh reintegracije zatvorenika, po izlasku sa izdržavanje kazne zatvora.

I penalni sistem u Italiji, posebno poslednjih decenija, ispoljava značajne slabosti u funkcionisanju, kao i sistemi u Nemačkoj, Velikoj Britaniji, Americi i drugim zemljama. Mnoga od datih zakonskih rešenja i utvrđene koncepcije, nije moguće sprovesti zbog ogromnog povećanja osuđenika, nedostatak finansijskih sredstava i drugih problema koji karakterišu većinu penalnih sistema. Tako dobro postavljena kategorizacija ustanova i klasifikacija osuđenika ostaje u domenu teorije, pošto se mere određene za različite tipove zavoda, a u zavisnosti od kategorije prestupnika, veoma često ne primenjuju. Država nema dovoljno sredstava za izgradnju različitih tipova zavoda, a kao posledica je izražen promiskuitet među različitim tipovima zatvorenika, pa tako zatvori predstavljaju bitan kriminogeni faktor. Takvo stanje u penalnom sistemu Italije predstavlja veliku prepreku na putu socijalne rehabilitacije.⁹

⁸ Correctional Service Canada - Beyond Prisons Symposium. Kinstom, Ontario, 2002. Internet: http://www.csc.scc.gc.ca/text/forum/bprisons/speeches/13_e.shtml

⁹ Adelmo Manna i Enrico Infante: The Criminal Justice System of Italy, Tampere, Finland, 2000.

Francuski zatvorski sistem ispoljava iste ili slične karakteriše kao i ostali zatvorski sistemi: slaba opšta bezbednost zatvora, zatvori su prenatrpani,¹⁰ nezadovoljavajući status i loši materijalni uslovi zatvorske administracije, izražena napetost između zatvorenika i stražara, veliki broj ubistava, samopovređivanja i samoubistva, visok procenat zavisnika od droge, loši uslovi u zatvoru i sl.

Očito da su, poslednjih decenije, uočene značajne slabosti u funkcionisanju penalnih sistema u većini zemalja i da države i stručna javnost pokušavaju da izgrade reformisane sisteme u kojima će biti eliminisane uočene slabosti. Svakako, za to su potrebna značajna sredstva koja, u sadašnjim okolnostima, nije lako obezbediti ni u najrazvijenijim zemljama. I pored složenog stanja u penalnom sistemu, društvo pokušava da reformiše zatvorski sistem, da izgradi efikasniji mehanizam zaštite društva od kriminala i da sačuva sve vrednosti koje je savremena civilizacija dosegla. U tom pravcu permanentno se vrše reforme penalnog sistema, kako organizacione tako i u pogledu sadržaja rada sa zatvorenicima. Sve veći broj zatvorskih sistema uvodi specijalizovane programe za određene kategorije osuđenika kao što su: zavisnici od droge, alkoholičari, psihopate, seksualni delinkventi i sl. Klasični, uobičajeni programi nisu efikasni za određene grupacije osuđenika sa specifičnim psihičkim svojstvima, pa su zatvori primorani da prilagođavaju korekzione programe prema homogenim grupama. Standardizovani programi jasno opredeljuju koncept rada sa određenom kategorijom osuđenika za koje je opredeljen program. Tako postavljen koncept rada ne dovodi do dilema i nije zasnovan na afinitetima socijalnih službi ili pojedinaca. Terapeuti određenih programa su potpuno obučeni za primenu tih programa i oni njih u potpunosti sprovode. Tako je izbegnuta, najčešća praksa, da jedan socijalni radnik ili socijalni pedagog bude „specijalista” za sve programe.

U zatvorskim sistemima sve se veći značaj pridaje vanzavodskom staranju, odnosno, službama za rehabilitaciju i uslovno puštanje na slobodu. Ove institucije su zasnovane na koncepciji da, kada je god moguće, treba izbeći korišćenje zatvora, a treba sve veći akcenat staviti na vanzavodski tretman. Tako u pojedinim zatvorskim sistemima vanzavodsko staranje je jako razvijeno sa raširenom mrežom ovih institucija u čijem radu je uključeno na desetine hiljada aktivista. Ove organizacije stalno ili povremeno rade sa osuđenim lica kojima je izrečena uslovna osuda, uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom ili druga mera staranja. Uloga vanzavodskog staranja je instruktivne prirode u smislu pružanja lične podrške osuđeniku, a osuđenik je obavezan da se tih uputstava i preporuka pridržava, da živi urednim životom i da se redovno javlja glavnom socijalnom radniku okruga. Sadržaj rada vanzavodskog osoblja je jako razvijen i predstavlja temelj socijalne zaštite u reintegraciji osuđenih lica.

Poslednjih decenija, sve veći broj zemalja prilagođava svoje zatvore zahtevima menadžerskog modela upravljanja rizičnim grupama, tako što vrše rekonstrukcije postojećih objekata, a pri izgradnji novih zatvora maksimalno poštuju standarde koje ta koncepcija zahteva, kako bi se ostvarila potpuna kontrola nad rizičnim grupama.

¹⁰ Porast zatvorenika na godišnjem nivou kreće se od 5-10%.

U zemljama koje i dalje primenjuju koncepciju prevaspitanja i reintegracije osuđenika u društvenu sredinu, one svoje zatvorske sisteme prilagođavaju toj koncepciji. Značajan broj penologa smatra da je reintegraciona koncepcija realno moguća za određenu kategoriju osuđenika i ona ne daje značajne rezultate kod osuđenika koji su izvršili veoma teška krivična dela i koji imaju izgrađen model prestupničkog ponašanja. Posebna pažnja se, u svim međunarodnim i nacionalnim aktima, posvećuje poštovanju i zaštiti ljudskih prava zatvorenika, a ograničenja njihovih prava kreću se samo u obimu koji zahteva izrečena sankcija. Poznata je činjenica da su se, u ranijem periodu - a ne retko i danas, u znatnoj meri ograničavala i kršila prava zatvorenika, iako za to nije bilo potrebe a i izrečena sankcija to nije zahtevala. Takvi postupci su višestruko štetni, jer su izazivali nezadovoljstvo među osuđenima, primoravalo ih na formiranje neformalnih grupa - kao prirodan oblik zaštite za samoopstajanje i suprotstavljanje formalnom sistemu i sa mnogo drugih posledica. Savremena težnja većine zatvorskih sistema je visok stepen zaštite zatvoreničkih prava i dopuštanje, određenoj grupaciji osuđenika, aktivno učestvovanje u kreiranju životnog ambijenta u zatvorskim uslovima. Naravno, to zavisi od više faktora, ali je takav pristup u okvirima reintegracione koncepcije.

Jedan broj zemalja u svoja zakonodavstva uvode, eksperimentalno ili kao deo penološkog sistema, alternativna rešenja klasičnim kaznama zatvora. Pa je tako u nekim američkim državama uveden vikend ili poludnevni zatvor, u Velikoj Britaniji zatvor na određen broj sati i sl. U austrijskim zatvorima je aktuelan projekat pod nazivom „Kuće za zatvorenike”. Kazneno popravni zavodi imaju za cilj, prema projektu, da na zatvorenike utiču vaspitno izvan zatvora (u sopstvenoj „kući za zatvorenike” u okviru gradske zone ili u zoni koja je odvojena od kaznene ustanove). Kontrolu i izvršnu funkciju i dalje obavlja isključivo pravosudna ustanova. Kontrola se vrši, između ostalog, na elektronski način, putem kartice sa čipom, koju zatvorenik dobija radi kontrole ulaska i izlaska. Nadzor ulazne zone i spoljni zidovi se kontrolišu video kamerama. Ova elektronska oprema je povezana sa matičnim zavodom - sa dežurnom službom. Za ovaj projekat postoje jasno utvrđena pravila koje osuđenik treba da poštuje i kršenje istih automatski dovodi do povlačenja osuđenika u matični zatvor. Ukoliko osuđenik poštuje data pravila stiče znatne povlastice i pogodnosti. Primarni ciljevi ovog programa su: poboljšanje kvaliteta izvršenja kazne, uz maksimalno približavanje osuđenika realnim životnim uslovima, smanjenje troškova i povećanje prihoda, iskustva sa novim bezbednosnim sistemom i sl. Posebna je karakteristika zatvora u Austriji propisana pomoć osuđenima u toku uslovnog perioda i nakon izdržane kazne. Opštim ugovorom sa Saveznim ministarstvom pravosuđa, pružanje pomoći u toku uslovnog i postkaznenog perioda, vanparnična izmirenja, posedovanje u pružanju usluga od opšte koristi i stambeno zbrinjavanje, povereno je na saveznom nivou udruženju “Novi start”, kao privatnom nosiocu. U obavljanju ovih poslova zaposleno je oko 1.500 saradnika organizacije Novi start, koji zbrinjavaju oko 30.000 bivših osuđenika. Osobe kojima sud ili tužilaštvo naloži pomoć u toku uslovnog perioda, zbrinjava sistem za pružanje pomoći u toku uslovnog perio-

da. Osuđenici koji su otpušteni bez tog naloga mogu se dobrovoljno javiti za pomoć ovoj organizaciji. Većina osuđenika pri otpustu nema rešena egzistencionalna pitanja (stan, posao, sredstva), pa je pomoć organizacije „Novi start” jako bitna.

Visok porast broja zatvorenika doveo je do prenatrpanosti zatvorskih institucija i do ugrožavanja bezbednosti zatvorskih institucija i šire društverne sredine. Ugrožena je bezbednost zaposlenih ali i zatvorenika. U prenatrpanim zatvorima najvidljivije su posledice koje trpe zatvorenici, jer u takvim uslovima nije, realno, moguće zaštititi pojedinačnog zatvorenika i on je prepušten sam sebi u borbi „za opstanak“ u zatvorskoj sredini. Uprave zatvora nisu u mogućnosti da pruže zaštitu i bezbednost zatvorenika, a kao posledica takvog stanja nastaju neformalne osuđeničke organizacije koje prerastaju u zatvoreničke bande, gde, po pravilu, dolazi do ucenjivanja, maltretiranja i svakog drugog pritiska na osuđenike, osuđenici su prinuđeni da traže neposrednu zaštitu od vođa neformalnih grupa, uz određene uslove (materijalne, seksualne, spremnost za međuosuđeničke sukobe i sl.). Realno, teško je ili gotovo nemoguće sa tako velikom populacijom u zatvoru efikasno sprovoditi neke od korekcionih programa i delovati na promenu obrasca ponašanja kod osuđenika. Uticaj zatvoreničke subkulture je dominantan u odnosu na vrednosne norme formalnog sistema. Rezultat svega toga je visok nivo kriminalne infekcije, povrat i učvršćivanje i izgradnja kriminalnog obrasca ponašanja. O prevenciji kriminala nema ni govora. U takvim okolnostima jedan broj zemalja nastoji da problem reši putem privatnih zatvora. Takav trend postoji u Sjedinjenim Američkim Državama, Kanadi, Velikoj Britaniji i drugim zemljama. Privatizacija je za državu samo odložen problem jer poslednji podaci ekonomskog poslovanja pokazuju daje ušteda države neznatna, a opasnost od iskorišćavanja osuđeničke radne snage mnogo realnija. No, i pored određene opreznosti, sve je prisutnija tendencija privatizacije zatvora, koja se u budućnosti očekuje u većem obimu.¹¹

Karakteristike zatvorskih sistema u Americi, Evropi i drugim zemljama važe i za zatvorske sisteme u našem regionu. U svim državama našeg regiona došlo je do velikog porasta zatvoreničke populacije, u poslednjih desetak godina, (i do 100%), struktura osuđenika je veoma složena sa kriminološkog, psihološkog, mentalnog, socijalnog aspekta. Da je stanje u zatvorima veoma složeno pokazuju i statistički podaci strukture zatvorenika u Srbiji.¹²

¹¹ Stevanović, Z. (2009): Nove tendencije u upravljanju zatvorima, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, br. 2. Beograd, str.156.

¹² Prema Godišnjem izveštaju Uprave za izvršenje krivičnih sankcija u 2011. godini došlo je do povećanja izvršenih krivičnih dela u vezi droge, kao i do povećanje izvršenih krivičnih dela sa elementima nasilja. Od oko 11. 000 zatvorenika u zatvorima se nalazi 6. 809 narkomana a 3. 500 osuđenika boluje od neke vrste virusne infekcije (hepatitis C 3184, B 144, od HIV-a 60, tuberkuloze 46 i dr.).

Zaključak

Danas postoji jedinstven stav kriminologa i penologa da kazna zatvora i penalni sistem imaju ograničavajuće dejstvo u pogledu postizanja efekata u ostvarivanju svrhe i ciljeva kažnjavanja. Prevencija kriminala i odvracanje i zastrašivanje učilaca krivičnih dela ne može se očekivati samo od kazne zatvora i zatvora, potrebno je učešće svih društvenih subjekata u izgradnji i sprovođenju strategije u borbi protiv kriminala kao socijalno-patološke pojave. Često je zatvorski sistem predmet kritike „jer ne postiže željene rezultate“ i vrlo brzo se došlo do saznanja da i kazna lišenja slobode koja bi, između ostalog, trebalo da čuva društvo od počilaca krivičnih dela, realno to slabo čini, jer se osuđeni, nakon izdržane kazne, u visokom procentu ponovo vraćaju kriminalu. Krivičnom pravu, kažnjavanju i izvršenju kazni lišenja slobode natovarena je prevelika odgovornost za prevaspitanje i popravljanje ljudi. Ako kazna postane jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta i ako društvo povećava represiju i u isto vreme zanemaruje sva druga sredstva za čuvanje društva od njega. Prateći savremene tendencije i stanja u ovoj oblasti, može se sa sigurnošću konstatovati da se kazna zatvora i penalni sistem, i na globalnom i na nacionalnom nivou, nalazi u krizi i da sve više predstavlja ozbiljan problem u funkcionisanju društvenog mehanizma u borbi protiv kriminala. U prilog ovoj konstataciji su podaci koji pokazuju da se recidivizam iz godine u godinu uvećava i da se kreće i preko 70%. Posebno je ozbiljan problem što u kriminološkom miljeu postaje sve prihvatljiviji stav da se bavljenje kriminalom isplati i da je to profesija koja nosi veliki rizik- srazmerno mogućoj “zaradi”.

Ozbiljnost krize penalnog sistema manifestuje se u činjenici da nema dovoljno rezultata u ostvarivanju svrhe izrečene kazne zatvora, a kao posledica enormnog broja zatvorenika, nepostojanja jasne koncepcije, loše organizacije zatvorskog sistema, neadekvatne kategorizacije zatvora, nepotpune klasifikacije zatvorenika, lošeg materijalnog stanja, nezadovoljstvo zaposlenih i dr. Zbog toga je društvo/država pozvana da reformiše i kaznenu politiku i zatvorski sistem i stvori bolje i efikasnije mehanizme za zaštitu vrednosti i dobra od kriminala.

Literatura

- Adelmo Manna i Enrico Infante (2000): *The Criminal Justice System of Italy*, Tampere, Finland.
- Heinz Cornel (2002): „Neuere Entwicklunegen hinsichtlich der Anzahl der Inhaftierten in Deutschland“ (Recent developments in the number of prisoners in Germany), in *Neue Kriminalpolitik*, year 14, issue 2.
- Marić, B., Bulatović, I.(2004): *Sistem izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji*, Udruženje penologa Srbije, Beograd.

- Milutinović, M.(1977): Penologija, Beograd.
- Prison Refform - [www. ecel.org](http://www.ecel.org) (2004).
- Soković, S.: Izvršenje krivičnih sankcija (autorizovana skripta za potrebe studenata Defektološkog fakulteta u Beogradu).
- Stevanović, Z.:(2000): Osnovne karakteristike i pravci reforme izvršenja krivičnih sankcija, Reforme sistema izvršenja krivičnih sankcija, Udruženje za penologiju Jugoslavije, Beograd.
- Stevanović, Z. (2003): *Penitencijarni sistem u funkciji državne reakcije protiv kriminaliteta*, Strategija državnog reagovanja protiv kriminaliteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Stevanović, Z. (2006): Mogućnosti i ograničenja izgradnje savremenog zatvorskog sistema, *Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd.
- Simpozijum posvećen zatvorskom sistemu (prevod) (2004), Kinston, Ontavio - www.csc-scc.gc.ca

Zoran M. Stevanović, PhD

Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade

Msc. Jasmina Igrački

Belgrade

THE CRISIS OF PENAL SYSTEM – FROM GREAT EXPECTATIONS TO DISAPPOINTMENTS

Summary

This paper discusses the issue of penal system and the impacts that it has on the accomplishment of the purpose of prison sentence as well as on the re-socialization and reintegration in the environment of those prisoners who have served their sentences and left prison. The factors that have led to the crisis of penal system are also mentioned in the paper, along with the problems that penitentiary institutions are facing, the influence of harsher penal policy on the condition of penal systems and the actual capacities of prison institutions in the process of crime prevention.

In the past couple of decades, problems and difficulties affecting the functioning of prison systems seem to be more and more obvious. They, among the rest, appear as the consequences of an enormous increase in the number of prisoners, the complexity of their structure (referring to both – their personal features as well as their criminological characteristics) and the fact that the status that prison systems have in the society is worsening (particularly when it comes to the financial status of institutions, employees and inmates). One of the core reasons for the crisis of penal systems is the lack of strong and clear concept or strategy regulating professional work with prisoners. During 1980 s, one could witness the abandonment of the concept of re-socialization. However, a more efficient approach that would influence the change in prisoners' pattern of behavior and contribute to crime prevention has not been found yet. Under such circumstances in the functioning of the system of the execution of criminal sentences, it would not be realistic to expect significant effects in the process of re-socialization and reintegration of prisoners, changing their negative characteristics, attitude and patterns of behavior or the decrease in the rate of recidivism.

Key words: *Penal system, prison crisis, overpopulation of prisons, structure of prisoners, status of prison system, contemporary tendencies, reintegration of prisoners.*

НОВЧАНА КАЗНА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Вељко Икановић*

Апстракт: У овом раду аутор анализира мјесто и улогу новчане казне у Кривичном закону Републике Српске. Новчана казна дуго заузима значајно мјесто у нашем кривичном законодавству. Она се одликовала стабилношћу и једноставном примјеном, а значајнија измјена је била њено прописивање и изрицање у дневним износима. Овакво стање задржано је до пете новеле Кривичног закона Републике Српске, којом је новчана казна не само пооштрена, већ је одређеним рјешењима доведен у питање и њен смисао као посебне кривичноправне санкције, суштина и могућност остваривања законом дефинисане сврхе кажњавања. Укратко излажући поједине карактеристике новчане казне, циљеве и сврху, аутор указује на важност правилног схватања њене суштине, успостављања односа са деликтом и социјалном репресијом. При томе даје критичку оцјену института новчане казне у контексту извршених измјена закона, са сугестијама за одређена побољшања у будућим измјенама закона.

Кључне ријечи: казна, закон, износи, замјена, суплеторни, новела.

Увод

У спровођењу обавезе усклађивања Кривичног закона Републике Српске (КЗРС) са Кривичним законом Босне и Херцеговине (КЗ БиХ), прописане чланом 111. Закона о измјенама и допунама КЗ БиХ¹ од 2. фебруара 2010. године (измјене), донијет је 7. јула 2010. године Закон о измјенама и допунама (КЗРС)² који је ступио на снагу 7. августа 2010. године.

Ове измјене су у складу са надлежностима Републике Српске и прихваћеним међународним обавезама, а обухватају области које се не уређују

* Доц. др Вељко Икановић, судија Врховног суда Републике Српске

¹ Закон о измјенама и допунама Кривичног закона Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине бр. 08/10.

² Закон о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске, Службени гласник Републике Српске бр. 73/10.

у КЗ БиХ. Према образложењу предлагача закона основни циљ измјена је да побољшају законски текст квалитетнијим и јаснијим садржајем појединих одредаба, као и увођење нових рјешења која ће унаприједити кривично законодавство и усагласити га са међународним стандардима.

Без обзира на разлоге, обим, квалитет и структуру измјена које су извршене, њихово је основно обиљежје поштравање кривичноправне репресије. Ову тврдњу заснивамо на чињеници да су код већег броја кривичних дјела повишене посебни минимуми прописаних казни, повишен је општи минимум новчане казне и продужено трајање суплеторног затвора, ограничена је могућност примјене законског ублажавања казне, сужене су могућности изрицања условне осуде, а уведена је и могућност изрицања казне дуготрајног затвора бременитој жени.

Самим измјенама нису претходила статистичка, криминолошка и социолошка истраживања и анализе, а репресија је поштрена без претходног истраживања практичних резултата постојећег односа законом прописане и примијењене репресије. У образложењу приједлога Закона о измјенама и допунама КЗРС, сврха кажњавања се спомиње само код повећања општег минимума новчане казне и продужавања трајања суплеторног затвора. Законодавац би требао водити рачуна да се проблем сврхе кажњавања не рјешава само у процесу одмјеравања и извршења казни, већ и када он измјенама одредаба општег и посебног дијела кривичног закона одређује оквире и могућности успјешног и потпуног остваривања сврхе кажњавања.

Управо у сегменту новчане казне учињене су измјене које тешко могу да издрже научну критику, али и провјеру у практичној примјени, јер по свом карактеру и садржини доводе у питање и саму суштину новчане казне као санкције, могућност њеног изрицања и извршења. Зато ћемо се у даљем тексту бавити само измјенама које су извршене у погледу ове казне, са циљем да дамо критичку анализу тих измјена и укажемо на могуће правце њихове корекције.

1. Новчана казна

Новчана казна³ је имовинска казна⁴ којом се учиниоцу кривичног дјела утврђује обавеза да у одређеном року уплати пресудом одређени новчани износ у корист државе. У случају неиспуњења ове обавезе новчана казна се замјењује казном затвора.⁵ Изрицањем новчане казне између учиниоца кри-

³ Д. Јовашевић: Примена новчане казне у кривичном праву Републике Србије, Зборник Правног факултета у Нишу, Ниш, број 55/2010. године, стр. 47- 72.

⁴ О појму, врстама и карактеристикама имовинских казни више: М. Радвановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1972. године, стр. 256 - 258.

⁵ Д. Јовашевић: Новчана казна у југословенском кривичном праву, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/2001. године, стр. 230 - 243.

вичног дјела и државе ствара се облигациони однос у коме се држава појављује као повјерилац, а учинилац дјела као дужник.⁶ Самим тим смисао и јесте да се она изрекне у таквом износу који ће осуђени моћи да плати. То је једна од најстаријих врста казни настала у вријеме претварања приватне освете у композицију (откупнина, умир, крвнина). То је дакле, и казна прошлости и казна будућности, која се сматра најлакшом казном.⁷ Сматра се најлакшом зато што не ограничава слободу учиниоца, не дјелује негативно на њега кроз затворску изолацију и жигосање, мање погађа његову породицу, а за државу је јефтинија за извршење.

Новчана казна се може изрећи као главна и као споредна казна (члан 30. став 2. КЗ РС). Као главна казна, она се може изрећи када је у Кривичном закону одређена алтернативно са казном затвора. За кривична дјела која су учињена из користољубља, новчана казна као споредна казна се може изрећи: а) када није прописана законом и б) када је законом прописано да ће се учинилац казнити затвором или новчаном казном, а суд као главну казну изрекне казну затвора (члан 31. став 2. КЗ РС).⁸ Новчана казна се може изрећи: а) у дневним износима и б) у одређеном износу. Приликом одмјеравања новчане казне суд је дужан да узме у обзир све околности које су везане за кривично дјело и личност учиниоца кривичног дјела, али и околности везане за његово имовинско стање.⁹

2. Системи новчане казне

Савремено кривично законодавство познаје два основна система (метода) утврђивања новчане казне:¹⁰ а) систем фиксних износа и б) систем “дани - новчана казна” (познатији и као скандинавски систем).

Систем (метод или модел) фиксних износа¹¹ представља класичан начин изрицања новчане казне у највећем броју кривичних законодавстава. Према њему учиниоцу кривичног дјела новчана казна се изриче у тачно одређеном новчаном износу који је осуђено лице дужно да уплати у одређеном року. Имовно стање учиниоца утиче на висину одмјерене конкретне новчане казне. Овај систем познају законодавства: Италије, Швајцарске, Холандије, Белгије, иако је прво уведен 1832. године у Кривичном закону Португалије, одакле се

⁶ Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић: Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 212 - 217.

⁷ В. Грозданић, М. Шкорић: Увод у казнено право, Опћи дио, Ријека, 2009. године, стр. 178 - 180.

⁸ Д. Јовашевић, В. Икановић: Кривично право Републике Српске, Општи део, Бања Лука, 2012. године, стр. 265.

⁹ Ж. Хорватић: Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 168-172.

¹⁰ М. Кокољ: О неким карактеристикама и перспективама новчане казне, Зборник Правног факултета у Мостару, Мостар, број 6/1985. године, стр. 131-141.

¹¹ П. Новоселец: Опћи дио казненог права, Загреб, 2004. године, стр. 362-370.

проширио у Кривични законик Финске из 1910. године, Кривични законик Шведске из 1931. године и Кривични законик Данске из 1939. године.¹²

Систем (метод или модел) “дани - новчана казна” или “дневна новчана казна” се први пут појавио у приједлогу Пројекта реформе шведског Кривичног законика из 1916. године, а реализован је у Кривичном законнику Финске 1921. године. Данас га познају закони: Њемачке, Аустрије, Хрватске, Шпаније, Португалије. Изрицање новчане казне по овом систему обухвата двије фазе. У првој фази учиниоцу кривичног дјела се утврђује одређен број дана - новчане казне при чему су од значаја тежина извршеног кривичног дјела и степен кривичне одговорности учиниоца. У другој фази утврђује се износ једног дана у новцу гдје је одлучујуће имовно стање учиниоца. Тако се може догодити да учиниоци истог кривичног дјела добију исти број дана - новчане казне, али да новчани износи за један дан буду различито одређени.

Варијанта овог система је “систем дневних глоба” који познаје Кривични законик Њемачке у члану 40. (од пет до 360 дневних глоба, а висину глобе утврђује суд према личним и материјалним приликама учиниоца). Систем дани – новчана казна има одређене предности. Он претпоставља потпуно упознавање имовног стања учиниоца. Закони који познају овај систем садрже посебна правила за утврђивање прихода и материјалних обавеза учиниоца кривичног дјела. Ако имовно стање није адекватно утврђено или дође до битнијих промјена у овом стању у току извршења казне није неопходно да се мијења одлука о новчаној казни у цјелини, већ само у дјелу који се односи на утврђивање новчаног износа једног дана - новчане казне.¹³

Оба система познаје и кривично законодавство Републике Српске.¹⁴

Поред наведена два система, поједина кривична законодавства познају још и:¹⁵

а) систем просјечних личних доходака (нпр. Руска федерација) према коме се новчана казна изриче у зависности од просечног дохотка у држави, федералној јединици или административној територијалној јединици, односно у зависности од просјечног личног дохотка учиниоца кривичног дјела,

б) систем пропорционалног одмјеравања новчане казне (нпр. Италија, Шпанија, Финска, Шведска) гдје се новчана казна изриче у одређеној пропорцији (сразмјери) према вриједности учињеног кривичног дјела (нпр. висина прибављене имовинске користи или причињене штете) и

¹² В. Грозданић, М. Шкорић: Увод у казнено право, Опћи дио, оп. cit., стр. 179.

¹³ Д. Јовашевић: Кривичноправни аспекти превенције имовинског криминалитета, Судска пракса, Београд, број 2-3/2003. године, стр. 85-90.

¹⁴ Д. Јовашевић: Систем имовинских кривичних санкција у југословенском кривичном праву, Наука, безбедност, полиција, Београд, број 2/2002. године, стр. 59 - 73.

¹⁵ Б. Петровић, Д. Јовашевић: Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 299 - 302.

в) мјешовити систем одмјеравања новчане казне (са примјесамa два или више наведених система).

3. Новчана казна у дневним износима

Новчана казна у дневним износима (члан 35. КЗ РС) је примарни облик новчане казне у Републици Српској. Примарни облик је зато што законодавац изричито прописује да се ова казна изриче у дневним износима, а само ако то није могуће она се може изрећи и у одређеном износу. Она се одмјерава у двије фазе: а) прво се утврђује број дневних износа и б) затим се утврђује висина једног дневног износа у новцу. До износа новчане казне суд долази множењем утврђеног броја дневних износа са утврђеном вриједношћу једног дневног износа. Број дневних износа се креће од пет до 360, односно до 1.500 у случају када се ради о кривичном дјелу које је извршено из користољубља. При томе суд одређује број и висину дневних износа имајући у виду олакшавајуће и отежавајуће околности извршеног кривичног дјела и личности његовог учиниоца и сврху кажњавања.¹⁶

У другој фази суд висину једног дневног износа новчане казне утврђује тако што узима у обзир висину дневног дохотка учиниоца кривичног дјела према износу његове тромјесечне нето плате и његова друга примања, као и породичне обавезе. Приликом одређивања висине износа суд узима у обзир податке који у тренутку изрицања казне нису старији од шест мјесеци (како би се изречена казна заштитила од економских и инфлаторних кретања). Ове податке који суду нису познати, доставља сам учинилац кривичног дјела у року који одреди суд, а најкасније до завршетка главног претреса у кривичном поступку. Закон ограничава овако утврђену висину дневног износа прописујући да се један дневни износ новчане казне се креће од једне шездесетине до једне трећине задње званично објављене просјечне мјесечне нето плате запослених у Републици Српској коју објављује Завод за статистику. Овим се оправдано штити суштина новчане казне од њеног угрожавања изрицањем багателних или превисоких новчаних казни. Осим тога на овај начин се доводи у склад изрицање казне у дневним износима са изрицањем у одређеном новчаном износу. Комбинацијом ове двије фазе се индивидуализује коначан износ новчане казне. Ако до завршетка главног претреса суду нису познате околности које су битне за одређивање висине дневног износа новчане казне, тада се новчана казна изриче у одређеном износу, при чему се примјењују општа правила о одмјеравању казне.

Оправдано се може приговорити одредби да податке о висини прихода који суду нису познати доставља учинилац кривичног дјела. Она није у складу

¹⁶ Д. Јовашевић: Имовинске кривичне санкције као средство превенције имовинског криминалитета, Криминалистичке теме, Сарајево број 3-4/2004. године, стр. 131 - 151.

са начелом процесног права о пресумпцији невиности. Према њој нико ко је оптужен није дужан да доказује своју невиност, већ је то обавеза тужиоца као државног органа. Зато се материјалном нормом ова обавеза не може наметати оптуженом и он није ни дужан да те податке достави. Ово би се могло само примијенити код преговарања о кривици. Зато сматрамо да овој одредби није мјесто у кривичном закону и да је треба из њега уклонити.

Код овог облика новчане казне проблем је у томе што су код нас подаци о приходима, имовини и свему ономе на основу чега се она одмјерава, често недоступни, несређени, несистематизовани и нетачни. Ово значајно отежава њену практичну примјену и судови се најчешће одређују да казну изричу у одређеним износима. Тиме се озбиљно доводи у питање овај облик казне и своди на формално и неживотно рјешење. То није била интенција законодавца, па је дугорочно неприхватљиво толерисање оваквог стања. Мада се директно одражава на примјену кривичног законодавства, превазилажење овог проблема је више изван правосуђа. Оно тражи увођење боље контроле прихода и расхода сваког грађанина, па и оних који до дана суђења нису законити, а то је дио који је обавеза пореске администрације.

Проблем постоји и у конзервативизму правосуђа јер судови најчешће и не покушавају да ову казну изричу у дневним износима и када за то имају довољно података. Они се одређују за традиционални, лакше схватљив и њима једноставнији облик казне у одређеном износу. Тужилаштва, по правилу, уопште не прикупљају ове податке правдајући се да је то обавеза оптуженог, који опет негирајући кривицу не жели да уопште разговара о казни и елементима за њено одмјеравање. На тај начин се ствара зачарани круг који се може разријешити само истовремено усклађеном и квалитетном интервенцијом законодавца у сегменту материјалног и процесног закона.

Пошто је изрицање новчане казне у дневним износима примарно, то је суд дужан да образложи зашто казну није изрекао у дневним износима већ је то учинио у одређеном износу. Ако тако не поступи он чини двије повреде, повреду кривичног закона из чл. 312. тач. д) Закона о кривичном поступку Републике Српске (ЗКП) и битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 311. ст. 1. тач. к) ЗКП. Повреду Кривичног закона чини јер је повриједио закон на штету оптуженог пошто није изрекао казну на начин на који кривични закон прописује да се она прво изриче, а битну повреду одредаба кривичног поступка јер таква пресуда не садржи разлоге зашто је од тог правила оступио и „прескочи“ редослијед примјене законских одредби. Морамо примијетити да оваква образложења нисмо уочили у пресудама које су нам биле доступне по неким другим основима, а не по жалби на првостепену пресуду. Осим тога, слободни смо тврдити да у овом дијелу пресуде не побијају ни тужиоци ни браниоци или оптужени, а што по разлозима превазилази оквире овог рада. Очигледно је да због тога што суд пресуду испитује у границама жалбе и нема одговарајућих другостепених пресуда које на ово питање дају одговор судске праксе.

4. Новчана казна у одређеном износу

Новчана казна у одређеном износу (члан 35. став 3. КЗ РС) је други, субсидијарни облик новчане казне који суд може изрећи у два случаја: а) ако није могуће изрећи новчану казну у дневним износима и б) ако до завршетка главног претреса суду нису познати подаци од којих зависи висина одређивања дневног износа новчане казне или их сам учинилац кривичног дјела не достави у року који одреди суд, а најкасније до завршетка главног претреса у кривичном поступку.¹⁷

У овом случају се новчана казна изриче у одређеном (фиксном) износу¹⁸ у оквиру најмање и највеће мјере прописане новчане казне, односно у распону од 500 КМ (конвертибилних марака), (прије измијена 50 КМ) до 100.000 КМ (прије измијена 50.000 КМ). Од овог општег максимума новчане казне постоји изузетак – општи максимум до 1.000.000 КМ ако се ради о кривичном дјелу које је учињено из користољубља.

Ово је у пракси и даље остао примарни облик новчане казне јер нам до сада нису познати примјери да судови изричу казне у дневним износима. О разлозима који до тога доводе говорили смо у претходном дијелу рада. Зато се, код оваквог стања ствари, значај казне у одређеном износу поставља на знатно виши ниво. О томе индиректно говори и сам законодавац поступком код измјене закона, када је прећутно, свјесно или несвјесно, занемарио да се ова казна изриче првенствено у дневним износима. Своју пажњу усмјерио је искључиво на казну у одређеним износима, без сагледавања њеног односа са казном у дневним износима. Овим је озбиљно угрозио суштину и смисао примарног облика новчане казне и тиме саму новчану казну. Зато ћемо се мало детаљније позабавити садашњим стањем и реперкусијама које може изазвати у пракси. То ћемо разрадити повезано са роковима плаћања и извршењем казне, јер се само на тај начин може у цјелини сагледати постојеће стање.

Код повећања општег минимума и максимума новчане казне у одређеним износима на први поглед нема ништа спорно, ако се ово усклађује са растом плата, општим стандардом, инфлаторним кретањима или због потребе јачања репресије. Али тада се мора обезбиједити да су измјене у оба сегмента (дневни износи одређени износи) усклађене и уједначене. Када упоредимо одређене параметре онда то није тако.

Рекли смо да је чланом 35. став 1. КЗРС прописано је да се новчана казна изриче у дневним износима, а ако то није могуће, може се изрећи у одређеном

¹⁷ Д. Јовашевић, В. Икановић: Кривично право Републике Српске, Општи дио, *op. cit.*, стр. 267–268.

¹⁸ Н. Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2007. године, стр. 149 - 150.

износу. Законодавац није измијенио одредбу става 6. цитираног члана да је минимум дневног износа новчане казне једна шездесетина, а највиши једна трћина задње званично објављене просјечне нето плате запослених Републици Српској, коју објављује Завод за статистику Републике Српске.

У вријеме доношења измијена плата за септембар је износила 790 КМ, па би најнижи дневни износ био 13,16 КМ, а највиши 263,30 КМ. То значи да је минимум ове казне 65,80 КМ (13,16 КМ×5 дневних износа). Очигледно је да је минимум новчане казне утврђен у дневним износима далеко нижи од минимума казне у одређеном износу (500,00 КМ), што утиче на једнакост грађана, могућност индивидуализације казне, а што је посебно значајно код лица са скромнијим приходима. По нашем мишљењу одређени минимум новчане казне није требало повећавати, јер за то не постоје економски ни криминалнополитички разлози. Висина одређеног износа није усклађена са стварним растом плата и економском моћи становништва, док се дневни износ за то везује и како видимо остаје на веома ниском нивоу. Дакле, по свим карактеристикама новчана казна у одређеном износу је строжа од казне у дневним износима, а што онемогућава правилно остваривање сврхе кажњавања. У прилог томе говоре и изложени подаци, а то указује на потребу да оба модела казне буду компатибилна.

5. Извршење новчане казне

Код изрицања новчане казне суд је дужан у пресуди да одреди и рок њеног плаћања који не може да буде краћи од 15 дана ни дужи од шест мјесеци (члан 35. став 7. КЗ РС). Рок се рачуна од дана правноснажности пресуде. У оправданим случајевима суд може да дозволи исплату новчане казне у отплатама (ратама), али је тада дужан да одреди број рата, њихов износ и рок исплате који не може да буде дужи од једне године (раније двије године). Наплаћене новчане казне представљају приход буџета Републике.

Скраћивање рока плаћања у ратама са двије на једну годину је построжавање ове казне у сегменту извршења. Оно нема никакво оправдање осим ако није циљ да се у средства од казни унесу брже у буџет. Сматрамо да то није неоправдано у постојећој економској ситуацији, када већина становништва тешко и неизвјесно остварује зараду, казне све теже наплаћују, а све чешће замјењују казнама затвора. Крајњи циљ изречене новчане казне би требао бити да се она стварно наплатом и изврши, а не да се замјењује казном затвора. Ово није оправдано и због тога што се тиме суду сужава могућност прилагођавања казне конкретном учиниоцу. С обзиром да се казна не наплаћује принудно логично је покушати да се она добровољно плати, па и продужавањем рока плаћања када то разлози захтијевају, а не његовим скраћивањем. Ово су тенденције и у савременом кривичном праву и законодавствима других држа-

ва, које траже путеве да се новчана казна наплати добровољно и да се избјегне њена замјена казном затвора.

Ако осуђено лице не плати новчану казну у одређеном року, суд ће без одлагања донијети одлуку којом је замјењује казном затвора (суплеторни затвор) тако што ће за сваки започети дневни износ новчане казне или за сваких започетих 100 КМ (код новчане казне у одређеном износу), раније 50,00 КМ, одредити један дан затвора, с тим да не сме прекорачити казну прописану за учињено кривично дјело (раније шест мјесеци). Уколико осуђено лице плати дио новчане казне, тада суд остатак казне сразмјерно замјењује казном затвора, а ако пак осуђени исплати остатак новчане казне, извршење казне затвора се обуставља. Могућност принудне наплате новчане казне није предвиђена, већ се она аутоматски замјењује казном затвора (суплеторни затвор). После смрти осуђеног лица, новчана казна се не извршава.

Већ на први поглед јасно је да су ове одредбе неусклађене и међусобно супротстављене. Код замјене казне очигледно је повољнији положај учиниоца коме је изричена казна затвора у одређеном износу од оног коме се изриче у дневним износима. Његов дан затвора вриједи 100,00 КМ, а другог 13,60 КМ (ако је утврђен као 1/60), што је велика разлика коју није могуће оправдати. Према незваничним подацима мали број лица плаћа казну, а већина се одређује да казну не плати већ да им се замијени суплеторним затвором. Ако пођемо од претпоставке да просјечна казна не прелази 3000,00 КМ и просјечне плате од око 800,00 КМ, сасвим је разумљиво јер се нигдје за мјесец дана не може зарадити 3000,00 КМ. А то што буџет остаје ускраћен за ове износе, а терете га трошкови настали извршењем суплеторног затвора је посебан проблем. Све ово можда није у потпуности упоредиво, али је доста тачно и само указује колико је опасно неопрезно мијењање законских одредаби.

Посебно је проблематично и крајње неприхватљиво продужавање рока суплеторног затвора са шест мјесеци до висине казне прописане за то кривично дјело. Ово би значило да се замјеном високе новчане казне (за дјела из користољубља максимум је 1500 дневних износа или у одређеном износу 1.000.000 КМ) могу изрећи вишегодишње казне затвора. Овдје имамо у виду да се новчана казна може изрећи ублажавањем казне за кривична дјела са прописаним минимумом казне испод три године. Значи да би то могла бити кривична дјела и са са посебним максимумом до осам година, јер не постоје друга ограничења за њихово ублажавање. Ово потпуно деградира смисао новчане казне, њен циљ и онемогућава остваривање сврхе кажњавања. Тиме се новчана казна из најлакше казне претвара у тежу казну затвора коју суд у том трајању не би изрекао ни да новчана казна не постоји у закону. Ово тврдимо на основу тога што суд новчану казну одмјерава, као и сваку другу, примјеном општих правила и у оквиру олакшавајућих и отежавајућих околности. Када се определијелио за новчану казну очигледно да ту није било мјеста изрицању казне затвора, а поготово не вишегодишње казне у шта се новчана казна на овај начин претвара.

Суплеторни затвор је, према схватању правне теорије, крајње непопуларно рјешење, крајње сумњиве правне природе с гледишта кривице, али и сврхе казне. Изречена новчана казна је с обзиром на степен кривице и природу и тежину учињеног кривичног дјела блажа казна по врсти и садржини од казне затвора у коју се трансформише у случају потпуног или дјелимичног неплаћања. Стога многе државе траже другачија рјешења за неплаћање новчане казне: могућност оброчног плаћања новчане казне, привремену обуставу извршења новчане казне и сл.¹⁹

Ове измјене нису засноване на научним поставкама кривичноправне науке, нити су у складу са савременим тенденцијама у упоредном кривичном законодавству. Према садашњем стању новчана казна је у нашем закону изгубила свој прави смисао и значај. Зато сматрамо да ово рјешење није одрживо и да га треба што прије промијенити. Један од могућих начина је враћање ранијег рјешења, по потреби коригованог само у дијелу са економским и статистичким параметрима, јер би све друго било непотребно и контрапродуктивно.

З а к љ у ч а к

Новчана казна заузима значајно мјесто у Кривичном закону Републике Српске. Она је била прописана у складу са традицијом нашег законодавства и достигнућима савремене науке кривичног права. По свим својим обиљежјима није се разликовала од новчане казне у упоредном европском законодавству. Петом новелом извршене су неразумљиве и непотребне измјене које су угрозиле саму суштину ове казне. Оправдање за то не може бити усклађивање са КЗБиХ, јер обавеза усклађености у том сегменту не произилази из постојећих одредби Устава БиХ, нити међународних уговора или обавеза. Отклањање грешака на које смо указали у претходном тексту није могуће без одговарајућих измјена закона. Оне су неопходне како би новчана казна поново добила свој пуни смисао и била примјењива у пракси на једнак начин према свим учиниоцима кривичних дјела.

¹⁹ В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, *op. cit.* стр. 180 - 181.

Summary

Fine holds an important place in the Criminal Code of the Republic of Srpska. It was prescribed in accordance with the traditions of our legislation and achievements of modern science of criminal law. By all its characteristics it was no different from the fines in comparative European legislation. Fifth novel made incomprehensible and unnecessary changes that threatened the very essence of this punishment. Harmonization with the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina can not be justification, because obligation to comply in this segment is not derived from the existing constitutional provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina or from international treaties and obligations. Elimination of mistakes, that we pointed out above, is not possible without making appropriate changes to the law. These changes are necessary in order to contrive fine to regain its full meaning and practice enforcement equally applied to all perpetrators of a criminal offences.

РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА КАО ОБЛИК РЕАГОВАЊА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА С ДЕЛИНКВЕНТНИМ ПОНАШАЊЕМ

Проф. др Слободанка Константиновић Вилић*
Проф. др Миомира Костић**

Апстракт: У раду се посвећује пажња начину реаговања на малолетничку делинквенцију применом ресторативне правде, регулисању овог питања на међународном нивоу и појединим моделима ресторативне правде, који се према малолетним делинквентима још не примењују у кривичноправном систему Србије, али представљају пример добре праксе ресторативног приступа малолетничкој делинквенцији. То су: породичне расправе, панели за младе делинквенте, ресторативно упозорење од стране полиције и ресторативна конференција. Применом сваког од наведених модела ресторативног процеса, жртвама се омогућава да непосредно учествују у ситуацији насталој извршењем кривичног дела, док учинилац има могућност да прихвати одговорност и покаже кајање због свог делинквентног понашања.

Кључне речи: ресторативна правда, модели ресторативне правде, малолетни делинквенти.

Увод

У оквиру савремених кривичноправних система и криминалне политике, већ две деценије се развија потпуно нови и различит правно-социолошки концепт реаговања државе на криминалитет. То је концепт ресторативне правде који се, за разлику од ретрибутивног концепта кажњавања учиниоца и одмазде, састоји у увођењу диверзионих мера, компензације за жртву, посредовања између жртве и учиниоца и других друштвено заснованих санкција. Главни циљ ресторативног процеса је, између осталог, накнада штете и поправљање односа нарушених извршењем кривичног дела. За ширење идеје ресторативне правде значајан утицај је имао развој тзв. друге виктимологије, али такође и појава покрета за заштиту жртве и феминистички покрет. Теоријска основа

* Проф. др Слободанка Константиновић Вилић, Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија

** Проф. др Миомира Костић, Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија

концепта ресторативне правде заснива се на схватањима представника критичке, радикалне и републиканске криминологије и миротворачке криминологије. Ипак, сама ресторативна правда не представља целовиту теорију о криминалитету, она обухвата велики број начина поступања, предлога и пракси као алтернативне начине друштвеног реаговања на криминалитет.

Ресторативна правда захтева потпуно учешће и сагласност свих оних који су на било који начин били погођени извршењем кривичног дела – жртве, делинквента, њихових породица и пријатеља, као и особа из друштвене заједнице. Затим, ресторативна правда покушава да исцели оно што је уништено. Зато се процес усмерава на потребе жртве (шта је потребно учинити да се траума зацели; повраћај осећања сигурности), делинквента (шта је потребно урадити да се зло више никада не понови; шта предузети да се делинквент понаша у сагласности с постигнутим договором) и чланова заједнице (шта ће им помоћи да се они осећају сигурно; које кораке треба предузети за унапређење заједнице тако да има мање изгледа да се злочин догоди у будућности). Следеће што је неопходно је да постоји потпуна и непосредна одговорност свих учесника. Оптужене особе суочавају се са својим жртвама и другима који трпе последице злочина и којима је дата могућност да објасне своје понашање, преузму пуну одговорност и буду део процеса, којим се одлучује о начину како да обједини потребе свих заинтересованих. Такође, ресторативна правда тежи да врати у целину све оно што је било „раздвојено”, уништено кривичним делом. Наиме, злочин дели чланове једне друштвене заједнице на „ми-они” начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начина да превазиђу ту разлику, тако да „ми и они” буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице, постављене на здравим основама. Повраћај у једну целину, свих чланова заједнице, онемогућава изолацију унутар заједнице. Изолација се иначе јавља као природан пратилац злочина. То је отуђеност, коју осећају, како делинквент и жртва, тако и остали чланови друштвене заједнице, који трпе последице. Међутим, ресторативна расправа не може да повеже жртву и делинквента у нешто што је већ постојало као нездрав, злостављајући однос. На крају, расправа у ресторативној правди стреми ка томе да оснажи заједницу у циљу да се спречи даље повређивање, тиме „што ће изградити односе и обратити пажњу на значајна социјална питања, која су на првом месту узроци злочина”.¹

Ресторативна правда се највидљивије спроводи преко диверзионог правно-социолошког концепта („*diversion* – одвраћање, преусмеравање, скретање), који се заснива се на схватањима Диркема (Durkheim) и Вебера (Weber) и идејама које је средином седамдесетих година XX века изнео норвешки криминолог и социолог Нилс Кристи (Nils Christie). У основи ових схватања је

¹ Coward, S., „Restorative Justice in Cases of Domestic Violence, Healing Justice?” Directed Interdisciplinary Studies, Carleton University, Decembar 2000, стр. 6, цитирано према: Константиновић Вилић, С., Костић, М.: *Пенологија*, друго измењено и допуњено издање, Центар за публикације, Правни факултет Ниш, 2011, стр. 106.

развишање о могућностима да се конфликт између жртве и учиниоца кривичног дела реши мирно и вансудским путем. Према тврђењу које заступа Кристи, спор између жртве и учиниоца кривичног дела решава се путем поравнања око захтева за накнаду штете. Држава се ограничава на улогу непристрасног „трећег”, који интервенише, пре свега, неформалним поступцима.²

Основни принципи рестаоративне правде сагледани су кроз дефиницију рестаоративног правосуђа, као скупа различитих начела и поступака који имају за циљ отклањање последица насталих извршењем кривичног дела и спречавање будућег криминалног понашања, уз активно учешће свих учесника кривичног догађаја (учинилац, жртва) и друштвене заједнице и њихову сарадњу са законским институцијама. Рестаоративно правосуђе се заснива на следећим начелима: приоритет има подршка жртви и њен опоравак; преступници преузимају одговорност за учинјено кривично дело; између жртве и преступника се успоставља дијалог који треба да доведе до разумевања; врши се репарација причињене штете; друштвена заједница се ангажује да се изврши реинтеграција преступника у друштвену заједницу и да више не врши кривична дела.

Реговање на малолетничку делинквенцију применом рестаоративне правде

Половином деведесетих година XX века, најпре на основу експериментална, а затим и путем примене тзв. „алтернативних мера”, у великом броју земаља формирао се сасвим нови научни и друштвени приступ у реаговању на малолетничко преступништво, познат као рестаоративна правда (*restorative justice*).³ Добра искуства у пракси, допуњена позитивним теоријским налазима и подршком правосуђа, утицали су да се примена модела рестаоративне правде оцењује као ефикасно средство у сузбијању малолетничког преступништва.

Основна поставка рестаоративног модела је да циљ интервенције, после извршеног кривичног дела, није кажњавање нити преваспитање малолетника, већ стварање услова да се поправи штета настала извршењем кривичног дела. За разлику од традиционалних модела, код којих се постављају питања: ко је из-

² Christie, N., „Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, London, цит. према Стевановић, И.: „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима”, *Актуелна питања малолетничке делинквенције и мере за обезбеђивање присуства окривљеног у кривичном поступку*, Српско удружење за кривично право, Копаоник, 26-30. март 1995, стр. 29.

³ Термин *restorative justice* користи се у енглеском језику и није га лако превести тако да сачува све конотације које у себи садржи: обнављање односа у заједници, поправљање или надокнада штете настале извршењем кривичног дела, промена вредносног система и начина решавања тешкоћа. Термин „реконструктивни” или „обнављајући” најбоље одражава промену филозофије односа друштва према малолетним извршиоцима кривичних дела и њиховом кажњавању.

вршио кривично дело; које су законске одредбе повређене; шта треба учинити да се малолетник казни или преваспита, модел ресторативне правде поставља следећа питања: каква је природа штете настале повредом закона, шта треба учинити да се штета поправи или надокнади и ко је одговоран за надокнаду или поправљање штете. Према томе, опција ресторативне правде сагледава штетност извршеног кривичног дела за: жртву, друштво и извршиоца, фокусира интервенцију на поравнање и поправљање штете, активно укључујући извршиоца, који је одговоран за штету коју је учинио.

Пристап ресторативне правде, као алтернатива судском поступку или облик реаговања са становишта „терцијарне превенције”, има следеће карактеристике: малолетни извршилац кривичног дела мора да преузме одговорност за извршено дело и суочи се с последицама свог незаконитог поступања; малолетни извршилац може бити укључен у доношење одлуке о казни и обештећењу; питање преступништва се брзо се решава, уз јасан поступак и без одлагања; постоји укљученост породице и заједнице; успоставља се контакт између извршиоца и жртве; извршилац чини директну компензацију оштећеном; избегнут је контакт и укљученост у формални правосудни систем; нема оријентације ка затварању малолетника; процес је осмишљен да омогући реинтеграцију малолетника, а не његово искључење или удаљавање.⁴

Од већег броја аутора који се баве вредносном основом реконструктивног приступа (Dekleva, 1996; Zehr, 1997; Viano, 2000; Seymour i Gregorie, 2002), Pranis⁵ је најјасније и најсвеобухватније поставио једанаест кључних начела филозофије реконструктивног приступа: кривично дело је повреда; кривично дело повређује оштећеног/ жртву, заједницу; малолетног извршиоца и ствара обавезу да се ствари исправе; све стране треба да буду део одговора на извршено кривично дело, укључујући: жртву, ако то жели, заједницу и малолетног преступника; поглед из перспективе оштећеног кључан је за доношење одлуке како поправити штету насталу извршењем кривичног дела; одговорност малолетног извршиоца значи прихватање одговорности и деловање у правцу поправљања настале штете; заједница је одговорна за добробит свих својих чланова, укључујући оштећеног и извршиоца; сва људска бића имају своју вредност и достојанство; реконструкција или поправљање штете и поновно успостављање односа у заједници основни је циљ корективног тима; постигнути резултати се мере тиме колики је део штете надокнађен/поправљен, а не колика је казна досуђена; контролу над криминалитетом немогуће је остварити без активног укључивања заједнице; у оквиру система правосуђа за малолетнике треба уважавати различитост култура и других чинилаца порекла (расног,

⁴ *Млади у сукобу са законом*, UNICEF, Save the Children, 2003, стр. 60.

⁵ Pranis, K.: *A Hometown Approach to Crime*. State Government News, 39.,9.internet version Database-Master FILE Premier, цит. према Колер-Трбовић, Н., Цвјетко, Б., Корен-Мразовић, М., Жижак, А., *Модел извансудске нагодбе у казненом поступку према малолетницима и млађим пунолетницима*, op. cit., стр. 15, 16.

националног, географског, религиозног, економског, породичног, сексуално-оријентацијског или другог) и свима омогућити једнаку заштиту и правичан поступак.

Све наведене вредности представљају оквир за постављање три циља, у оквиру реконструктивног приступа: одговорност извршиоца, развој вештина / компетенција у карактеру извршиоца и заштита заједнице. У практичној примени, основу за остварење ових циљева представља уверење да млади који су везани за своју породицу, суседство и заједницу ређе врше кривична дела и тако не угрожавају оне који су им најзначајнији у животу. Ипак, у случају вршења кривичних дела постоји велики број интервентних мера: од интервенција у заједници до интервенција у специјализованим корекционим институцијама. Према схватању Баземора и Праниса (Bazemore, Pranis, 1997.) заједницу не чини територија, већ породица, суседство, родбина и друге значајне особе из социјалне мреже малолетног извршиоца и оштећеног.

У систему кривичноправне реакције на малолетничку делинквенцију у Србији значајну улогу имају одредбе Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту Закон о малолетницима).⁶ За разлику од ранијих одредби закона у оквиру малолетничког правосуђа, које су се заснивале на традиционалном систему заштите права малолетника и третирања малолетних учинилаца кривичних дела на класичан начин, нови Закон о малолетницима предвиђа алтернативне моделе реакције на малолетничку делинквенцију. Овај модел значи удаљавање малолетника од кривичног правосуђа и избегавање стигматизације малолетника вођењем кривичног поступка, изрицањем васпитних мера и казне.

Диверзионе мере су васпитни налози који су предвиђени Законом у чл. 5, 6, 7 и 8. Услови за примену једног или више васпитних налога су:

1. да је малолетник извршио кривично дело за које је законом прописана новчана казна или казна затвора до пет година;
2. да је малолетник признао извршење кривичног дела,
3. да је препознао своју одговорност према оштећеном с обзиром на кривично дело које је извршио.

Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се покренути поступак обустави, да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела.

Закон предвиђа више врста васпитних налога: поравнање са оштећеним, како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; редовно похађање школе или редовно одлажење на посао, укључивање, без накнаде, у рад хуманитар-

⁶ «Службени гласник РС» бр. 85/20025.

них организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја, подвргавање одговарајућем испитивању и одвицавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога, укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Васпитни налог према малолетнику може применити надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике. Приликом избора васпитног налога узмеће у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног. Осим тога, примењивањем једног или више васпитних налога не сме да се омета школовање или запослење малолетника.

Трајање васпитног налога је одређено на временски период од најдуже шест месеци у ком року се може заменити другим васпитним налогом или укинути. Приликом избора и примене васпитних налога потребна је сарадња родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника. Закон не предвиђа у чему ће се састојати та сарадња, као начин на који ће се спроводити ове диверзионе мере, тако да је остало да се подзаконским актима регулише низ питања везаних за конкретну примену васпитних налога.⁷

Међународни стандарди

У међународним документима посебно је наглашена обавеза примене алтернативних мера и диверзионих модела приликом поступања са малолетним делинквентима. У Конвенцији о правима детета УН из 1989.⁸ наглашава се да ниједно дете не сме бити подвргнуто окрутном, нехуманом или понижавајућем поступању или кажњавању, док је у чл. 40 ст. 3 тач. б) одређено да увек када је то примерено и пожељно, државе треба да примене одређене мере према малолетним делинквентима без спровођења судског поступка уз осигурање пуног поштовања људских права и правне заштите.

Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе, тзв. Пекиншка правила⁹ предвиђају да се увек када је то могуће размотри могућност да се случајеви малолетних преступника решавају без прибегавања формалном суђењу пред надлежним органима у свакој фази поступка почев од полиције, тужилаштва или других органа, као што су судови, одбори или савети. Оптималан приступ би био одступање на самом почетку, без прослеђивања социјалним

⁷ Константиновић Вилић, С., Костић, М.: Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 202, 203.

⁸ Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета («Службени лист СФРЈ» – Међународни уговори бр. 15/90; «Службени лист СРЈ» - Међународни уговори бр. 2/97.

⁹ УН Резолуција 40/33 од 29.11.1985. *Одабрани међународни инструменти у области права детета*, Југословенски центар за права детета, Београд, 1999, стр. 55, *Међународни инструменти у области рада са децом у сукобу са законом*, материјал са Симпозијума о малолетничком преступништву у БИХ, Јахорина 29-30.10.2003.

службама. То је посебно препоручљиво када се ради о извршењу лакших кривичних дела, када су друге неформалне институције, као што су породица и школа, већ реаговале или је вероватно да ће реаговати на конструктиван начин. Услов да уопште дође до одступања од редовног поступка је постојање сагласности малолетног преступника или родитеља/старатеља малолетника.

Пекиншка правила се залажу за примену различитих алтернативних мера како би се избегао смештај малолетних делинквента у институцију. Те мере обухватају: налоге за старање, саветовање и надзор; условни отпуст; налоге за обављање друштвено корисног рада; новчана казне, накнада штете и обештећење; налоге за друге врсте поступака, налоге за учешће у групном саветовању и сличним активностима, налоге који се односе на старатељством, социјалну средину или друге образовне оквире; друге релевантне налоге. Приликом примене алтернативних мера посебно су значајни они програми који укључују обештећење жртве и они којима се настоји да се избегну будући сукоби са законом кроз надзор и саветовање.

Стандардна минимална правила Уједињених нација за алтернативне казнене мере или Токијска правила, усвојена су Резолуцијом Генералне скупштине 45/110 14.12.1990. године. Овим правилима се промовише употреба незаводских или алтернативних казних мера, као минималне правне заштите за особе којима се изричу мере алтернативне затварању. Намена правила је да се друштвена заједница више укључи у управљање кривичним правосуђем, а посебно у третман преступника, као и да се међу преступницима промовише осећај одговорности према друштву. Примена правила је предвиђена за све особе које су предмет гоњења, суђења или извршења пресуде и за које се користи термин „преступници”. Правила ће се примењивати без икакве дискриминације, на основу: расе, боје, пола, узраста, језика, вероисповести, политичког и другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовинског стања, места рођења или другог статуса.

У погледу броја алтернативних мера, правила наглашавају да систем кривичног правосуђа треба да обезбеди примену широког спектра алтернативних казних мера, од фазе пре суђења до фазе после изрицања пресуде. Примена алтернативних казних мера, које намећу обавезу преступнику, условљена је пристанком преступника. У току примене алтернативних казних мера, у потпуности ће бити испоштовано право преступника на приватност, као и право на приватност преступникове породице. Осим тога, строго поверљива ће бити и лична евиденција о преступнику, која се може ставити на увид само особама којих се директно тиче, одлучивање о преступниковом случају или другим овлашћеним особама.

Део правила, који регулише „фазу пре суђења”, предвиђа могућност да у периоду пре суђења полиција, служба гоњења или друге агенције које се баве кривичним случајевима, могу да ослободе преступника, уколико буду сма-

трале да није потребно даље наставити са случајем, ради: заштите друштва, превенције криминала или поштовања закона и права жртава. Тужилац може, у лакшим случајевима, изрећи одговарајуће алтернативне казнене мере. Као и у другим документима, и у овом је предвиђено „избегавање притвора пре суђења”, односно изричито је наведено да у кривичним поступцима, притвор пре суђења може бити примењен само као последња мера, уз дужну пажњу према истрази наведеног преступа и ради заштите друштва и жртве. Уколико буде одређен притвор пре суђења, он треба да траје што је могуће краће, а алтернативе притвору ће бити употребљене у што ранијој фази.

У делу правила, под насловом: „фаза суђења и изрицања пресуде”, наведено је, поред осталог, да суд треба да прибави извештај о социјалном статусу, који садржи: социјалне податке о преступнику; врсту последњег извршеног и раније извршених преступа и информације и препоруке, релевантне за одлучивање о пресуди. Такође је предвиђено да судски орган, имајући на располагању неколико алтернативних казних мера, треба у фази доношења одлуке да узме у обзир потребе преступника за рехабилитацијом, заштиту друштва и интересе жртве. У овом делу, предвиђене су алтернативне мере, које орган, који доноси пресуду, може одредити: (а) опомена, укор, упозорење (усмене санкције), (б) условно пуштање на слободу, (в) статусне казне, (г) економске санкције и новчане казне (глобе и дневне глобе), (д) заплешивање или налог о одузимању, (ђ) одштета жртви или налог о компензацији; (и) условна или одложена казна, (ј) условна осуда и судски надзор, (к) налог о раду у заједници, (л) упућивање у дисциплински дневни центар, (љ) кућни затвор, (м) било који други облик неинституционалног третмана, (н) неке комбинације горе наведених мера.

У Препоруци Већа Европе (Recommendation Rec (2003)20 of the Council of Europe Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice)¹⁰, која је усвојена 24. 9. 2003. године, истакнуто је неколико принципа за поступање према малолетним делинквентима: 1. реакција на дела извршена од стране малолетника треба да буде веома брза и доследна; одговорност за преступничко понашање малолетника треба да буде проширена и на његове родитеље; уколико је то могуће и када се сматра корисним, интервенција према малолетном учиниоцу треба да садржи мере обештећења жртве односно заједнице; интервенције треба да се директно односе на преступничко понашање и да информације о томе буду, што је пре могуће, прослеђене научној заједници. Поред наведених принципа, одређена су и прецизна упутства и препоруке о начинима поступања у односу на криминално понашање малолетника. Поред осталог, препоручено је што чешће изрицање и примена мере вансудског реаговања, развијање превентивних програма, система алтернативног и вансудског начина реаговања, метода медијације и ресторативне правде.

¹⁰ www.cepprobation.org/...Rec%20CoE%20 приступ 24.11.2011.

Посебни практични програми ресторативног карактера

Програми ресторативног карактера почели су да се развијају почетком седамдесетих година 20. века у Канади, када су сачињени први експериментални облици реаговања на криминалитет малолетника (програми помирења жртве и учиниоца – *Victim Offender Reconciliation Program*). Касније се примена ових програма проширује на територију САД и земље Европе, а крајем осамдесетих године 20. века на Нови Зеланд и Аустралију. Данас у свету постоји велики број различитих програма заснованих на принципима ресторативне правде, али је од деведесетих година 20. века у европским земљама најраспрострањенија примена посредовања између жртве и учиниоца (*victim-offender mediation*).¹¹

Поједини модели ресторативне правде који постоје у неким земљама у свету, не примењују у кривичноправном систему Србије, али представљају пример добре праксе ресторативног приступа малолетничкој делинквенцији. То су: породичне расправе, панели за младе делинквенте, ресторативно упозорење од стране полиције и ресторативна конференција.¹² Применом сваког од наведених модела ресторативног процеса, жртвама се омогућава да непосредно учествују у ситуацији насталој извршењем кривичног дела, док учинилац има могућност да прихвати одговорност и покаже кајање због свог делинквентног понашања.

Породичне расправе уведене су први пут 1989. године Законом о деци, младим особама и породицама на Новом Зеланду, а почетком деведесетих година прошлог века овај модел ресторативног реаговања у нешто другачијој форми примењен је у Аустралији. Приликом примене овог модела пошло се од тога да деца и породице имају право и обавезу да учествују у доношењу одлука које се њих непосредно тичу. Малолетнику, његовој породици и жртви се омогућава да буду активно укључени у процедуру поводом извршеног кривичног дела и да постојећу ситуацију тако разреше да не дође до кривичног гоњења и да се спрече каснија криминална понашања. На Новом Зеланду породичне расправе су део система социјалне заштите, док је у Јужној Аустралији овај модел поступања део правосудног система.

Модел породичне расправе који се примењује на Новом Зеланду обухвата најпре најблаже видове друштвене реакције. Уколико је малолетник извршио лакше кривично дело први пут, поступак се неће покренути, а упозорење од

¹¹ Ћопић, С.: Посредовање између жртве и учиниоца (*victim-offender mediation*), Темида, 3/2001, стр.34.

¹² Kevin Haines and david O'Mahony, *Restorative Approaches, Young People and Youth Justice, Youth Crime and Justice*, edited by Barry Goldson&John Muncie, Youth Crime and Justice, SAGE Publication, London, 2006, стр. 112.

страна полиције је облик друштвене реакције. Међутим, уколико полиција сматра да је потребно нешто више од опомене, упутиће малолетника на посебан одсек у полицији за помоћ младима. Даља реакција може да се састоји у опмени пред родитељима, тражење да се малолетник извини жртви, упућивање на рад у користи друштвене заједнице или упућивање на породичну расправу. Породичне расправе се примењују и у случају извршења тежих кривичних дела, као и када се ради о малолетном делинквенту рецидивисти, који је признао извршење кривичног дела или је пред судом у судском поступку претходно доказано да је то лице извршило кривично дело. Основни циљ породичне расправе, којој присуствују малолетни учинилац, његова породица (родитељ, старалац, усвојоци, чланови шире породице), жртва и њени представници, особе које пружају жртви подршку, представник полиције, координатор, може се формулисати као сачињавање плана о томе како се најбоље бавити случајем како би последице извршеног кривичног дела биле што боље саниране и како би се спречило будуће криминално понашање малолетника. Споразум сачињен на породичној расправи формално се бележи, план и одлуке се сматрају обавезујућим, а реализацију плана прати социјални радник. Планом се предвиђа нека од друштвено заснованих санкција, као што су извињење, рад у корист друштвене заједнице, поправљање или накнада штете, укључивање у неки програм (саветовање, терапија и сл.).

У Аустралији (Waga Waga модел, 1991.) примену диверзионог приступа иницира полиција и расправом координира полицијски службеник по раније установљеном плану. У Јужној Аустралији према Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела (1997) породичне расправе се примењују у слушају извршења лакших кривичних дела, као другостепени ниво реаговања када малолетник не предузме обавезе које му изрекне полиција или када суд сматра да случај треба упутити на посредовање пре доношења коначне одлуке. Неопходан услов за примену је да малолетник призна извршење дела. Када се полиција или суд одлучи да упути малолетника на породичну расправу, случај се упућује тиму који се састоји од десет координатора, од којих је девет координатора за малолетничко правосуђе. Расправи присуствују родитељи/стараци/усвојоци и чланови породице који су блиски малолетнику и који могу да дају значајан допринос расправи, жртва и друге особе за које координатор сматра да могу да дају значајан допринос расправи, као и полицијски службеник. Породична расправа се састоји из три дела: уводни део (представљање учесника, саопштавање циља расправе и упознавање малолетника са његовим правима), централни део (излагање полицијског службеника о кривичном делу, изјашњавање малолетника, излагање жртве и осталих учесника) и завршни део (усаглашава се начин санирања последица, наводе се очекивања заједнице). Породична расправа се завршава споразумом у коме се прецизно наводе обавезе малолетника. Реализацију споразума прати координатор, али се могу укључити и друге особе (родитељи, рођаци), који ће обавештавати координатора.

Породичне расправе имају облик **ресторативне конференције** када дође до организовања сусрета фацилитатора за ресторативне конференције, који посебно обучен за вођење ресторативног процеса, малолетног делинквента и жртве. Малолетни делинквент има могућности да исприча мотиве и разлоге за извршење дела и да оцени своје поступке, а жртви је дата могућност да објасни учиниоцу како је злочин утицао на њу и који су најбољи путеви за решавање сукоба. Остали учесници дискутују о томе шта све треба да се уради да би се надокнадила штета и изврши реституција, Када се постигне споразум у интересу обе стране, план се реализује уз контролу полицијског службеника.

Породичне расправе, без обзира на њихове различите видове испољавања у појединим земљама, представљају веома добар вид ресторативног процеса. Овим видом реаговања долази до успостављања равнотеже моћи између жртве и учиниоца, доприноси се конструктивном дијалогу, жртва се оснажује, а учинилац поправља и реинтегрише у друштвену заједницу. Анализа о успешности примене породичних расправа и ресторативних конференција показала је позитивне резултате: 50% смањења младих преступника у судском поступку, 93% успешно завршених договора и 40% умањен рецидивизам.¹³

Панели за младе делинквенте установљени су у Енглеској и Велсу према Закону о малолетничком правосуђу и кривичној евиденцији из 1999. године. Основни циљ панела је да примарним малолетним делинквентима узраста између 10 и 17 година обезбеди могућност да обештете жртву и преузму одговорност за последице извршеног кривичног дела. Панел се заснива на утврђеном плану који обухвата: оснаживање жртве, саветовање, одвикавање од дрога и алкохола, као и репарацију штете. Примењује се уколико је малолетни делинквент први пут извршио кривично дело и појавио се пред судом. Панел се састоји од једног представника тима за малолетне учиниоце кривичних дела и два члана локалне заједнице, који су претходно прошли посебну обуку. Слично породичним расправама, панелу присуствују учинилац, жртва, чланови њихових породица, као и чланови локалне заједнице и сви они могу да дискутују о кривичном делу и његовим последицама. Током панела се одвија комуникација између делинквента и жртве и осталих учесника панела. Споразум који се постигне обухвата накнаду штете жртви или широј друштвеној заједници и програм активности које малолетник треба да испуни.

Панели представљају важан начин укључивања извршиоца и жртве у процес налажења најбољег решења за накнаду штете жртви или друштвеној заједници, као и за суочавање малолетника са последицама извршеног кривичног дела и обавезама које треба да преузме како би се отклониле последице

¹³ Стефановска, В.: Ресторативни приступ полиције у системима малолетничке правде, Темида, 3/2010, стр, 48.

извршеног кривичног дела. Међутим, у пракси се мали број жртава одређује за овај вид ресторативног реаговања што условљава ограничену примену панела.

Ресторативно упозорење од стране полиције заступљено је нарочито у англосаксонским земљама, где полиција има велика дискрециона овлашћења у поступању са малолетним делинквентима јер одлучује да ли ће бити поднета кривична пријава или ће бити примењен неки од модела ресторативне интервенције. Ресторативно упозорење од стране полиције представља начин да се у ресторативни процес према малолетном делинквенту укључи полиција на начин који није деградирајући, већ усмерен на саветовање малолетника да препозна своју грешку, уочи штету насталу његовим поступцима и да насталу штету надокнади. У оба модела ресторативне правде, као што су породичне расправе и панели, постоји укључивање полицијског службеника у ресторативни процес. Полицијски службеник се јавља у улози саветника, упућивача или посредника (медијатора). Основни принципи ресторативног диверзионог приступа полиције у поступању са малолетним делинквентима су: избегавање непотребне стигматизације малолетног делинквента и поступање путем едукације уместо кажњавања.¹⁴

Полиција у првом контакту са малолетним делинквентом треба да поступа у његовом најбољем интересу и да потенцира стварање осећаја одговорности код малолетника. У приручнику УН о примени ресторативне правде (*Un Handbook on restorative justice programmes, 2006*)¹⁵ као начини дискреционог одлучивања полиције наведени су: изрицање ресторативних мера (укор, опомена, упозорење); упућивање случаја агенцијама за решавање, са или без учешћа полиције; спровођење и фацилитирање ресторативних конференција. Ресторативна интервенција полиције може да буде вишеструко корисна јер се одвија у најранијој фази када полиција дође у контакт са малолетним лицем. Међутим, да би ресторативна интервенција била успешна неопходно је да посебно едуковани полицијски службеници буду неутрални према учиниоцу и жртви као фацилитатори, да буду добро упознати са случајем како ресторативна интервенција не би прешла у истрагу и да ресторативни процес не води полицијски службеник који је ухапсио малолетног делинквента.

¹⁴ Стефановска, В.: *op.cit.*, стр.45.

¹⁵ www.undoc.org/...justice/06-56290_Ebook..p приступ 27.11.2011.

Закључак

У домаћој, стручној и општој јавности, познавање стандарда и принципа ресторативне правде није заступљено у већој мери. Канцеларија УНИЦЕФ-а у Београду организовала је неколицину стручних скупова са центрима за социјални рад, тимовима за сузбијање малолетничке делинквенције при секретаријатима унутрашњих послова и установама за извршење васпитних мера институционалног карактера. Међутим, сматра се да све то није било довољно за боље упознавање овог процеса.

Савремене државе теже да као основ комуникације међу људима развију толеранцију – трпељивост према различитостима, без обзира да ли су оне етичке, расне или економске природе. На различитост треба гледати без приговарања. Међутим, трпељивост често није довољна да се њоме најтачније одреди садашњост и по мишљењу неких поборника ресторативне правде, она није решење. Толеранција, сама по себи, као појединачни, издвојени персонални акт, не утиче на „лечење“ друштвених рана, нити пак, елиминише социјалну изолацију и очај.¹⁶ Заговорници ресторативне правде радије истичу да решавање питања друштвених девијација пре треба да се заснива на „општој добробити“ заједнице. Општа добробит заједнице одређује се као „читава мрежа друштвених услова који омогућавају појединцима и групама људи да се у потпуности развију и живе пуним животом али тако да свако не буде усмерен само на себе, већ су сви одговорни за све друге око себе“.¹⁷

Општа добробит у једној људској заједници значи да свако има обавезу да допринесе развоју општег добра у друштву, у интересу правде, као и у изналажењу решења социјалних питања у једној друштвеној заједници. Управо се на томе заснива основна критика ретрибутивне правде. Наиме, ретрибутивни кривичноправни систем управљен је на кажњавање делинквената, нарочито путем изрицања казни институционалног карактера. Установе за извршење казне затвора често се описују речима „увреда људског достојанства ...и отров у крвотоку нације“. Такав систем није утицао на сузбијање криминалитета зато што се не бави разрешењем узрока криминалног понашања. Ти узроци најчешће су налазе у најближем социјалном окружењу делинквента, у средини у коју се он иначе враћа по истеку казне.

Визија ресторативне правде, у контексту општег добра, усмерена је на постизање мира у друштвеној заједници путем поправљања односа у друштву, што се односи на све чланове заједнице. Суштина спровођења ресторативне правде је „лечење“ сваке особе која је повезана са злочином путем поправљања, а не путем кажњавања. Целокупан процес треба да заснива на извињењу, опроштају и успостављању чврсте повезаности људи унутар заједнице.

¹⁶ Cavanagh T., Restorative Justice and the Common Good: Creating a Culture of Forgiveness and Reconciliation, BLUEPRINT for Social Justice, Vo. LIII, No. 8 April 2000.

¹⁷ Ibid.

Prof. Slobodanka Konstantinović – Vilić, LL.D.

Prof. Miomira Kostić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

RESTORATIVE JUSTICE AS A FORM OF REACTION TO JUVENILE DELINQUENCY

Summary

The concept of restorative justice has been developing for almost two decades within the framework of the contemporary criminal law systems and criminal policy as a completely new and different legal and sociological concept of state reaction to crime. As compared to the concept of retributive justice which is based on retribution and punishment of the perpetrator, the concept of restorative justice includes a number of measures such: diversion measures, victim compensation, victim-offender mediation and other socially justifiable sanctions. The main objective of the restorative process is, inter alia, to provide the compensation for damage and to restore the relations which have been disrupted by the commission of a criminal act. The dissemination of the idea of restorative justice has been significantly influenced and facilitated by the development of the co-called second victimology, as well as the emergence of the victims' protection movement and the feminist movement. The theoretical cornerstones of the concept of restorative justice are the conceptions of the proponents of the critical, radical and republican approach to criminology and peace-making criminology. Yet, the restorative justice alone is not a comprehensive theory on criminology; it comprises a large number of action-driven proceedings, proposals and practices, as well as alternative methods of social reaction to crime.

In this paper, the authors focus on specific models of restorative justice which are still not applied in the criminal system of the Republic of Serbia but which certainly represent examples of good practice illustrating the restorative approach to juvenile delinquency. These restorative models include: family debates, juvenile delinquents panels, restorative warnings (issued by the police) and the restorative conference. By applying each of the above models of the restorative process, the victims are enabled to directly participate in resolving the situation generated by the commission of a criminal offence whereas the perpetrator is given an opportunity to take responsibility for his/her act, show remorse and apologize for his/her delinquent behaviour.

Key words: *restorative justice, models of restorative justice, juvenile delinquents.*

**РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК
ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА НА ПРИМЕРУ СРБИЈЕ
И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ**

Дарко Димовски*
Иван Илић**

***Апстракт:** Малолетничко кривично право је, на основу донетих међународних докумената и реформе кривичног законодавства, у појединим државама претрпело значајне промене у задњим деценијама XX века. Те промене су манифестују у начину реаговања државе на криминалитет малолетника. Основу овакве реакције државе чини шира примена начела опортунитета у кривичном поступку према малолетницима, као и примена диверзионих модела и алтернативних кривичних санкција. Ни држава Србија није остала „имуна“ на овакве трендове. Она је уградила принципе ресторативне правде у своје малолетничко кривично законодавство. Њихова сврха је јачање одговорности малолетног извршиоца кривичног дела, задовољење интереса оштећеног лица, али и укључивање локалне заједнице у реакцију друштва на криминалитет малолетника, са циљем избегавања вођења кривичног поступка, или у обустављању истог. У раду је, најпре, представљен теоријски оквир ресторативне правде, а затим и међународна регулатива у вези са тим концептом. Након тога, аутори анализирају законодавни и апликативни аспект инструмената ресторативне правде у легислативи Републике Српске и Србије. Нагласак је стављен на поступак посредовања, института који значајно кореспондира са суштином идеје ресторативне правде. Анализирана је примена медијације у кривичном поступку према малолетницима и у поступку извршења кривичних санкција. У завршном делу рада, аутори предлажу решења, која би у будућности допринела афирмацији шире примене инструмената ресторативне правде и бенефите који би тиме били остварени.*

***Кључне речи:** ресторативна правда, васпитни налози, медијација, алтернативне мере.*

* Дарко Димовски, асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу

** Иван Илић, асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу

Увод

У последњим деценијама XX века донети су бројни закони којима се малолетничко кривично право¹ одређује на један потпуно другачији начин - као самостална позитивно правна дисциплина.² Малолетничко кривично право се дефинише као скуп законских прописа којима се одређује кривичноправни положај малолетних лица као извршилаца кривичних дела, односно као жртве кривичних дела.³ Оно се, такође, може схватити и као систем законских правних прописа којима се одређује систем кривичних санкција за малолетне учиниоце кривичних дела, као и поступак за изрицање и извршење кривичних санкција од стране надлежних органа. Одређено на овај начин оно прелази границе материјалног кривичног права, јер обухвата и одредбе процесног и извршног кривичног права које се односе на малолетна лица.

Република Србија је доношењем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица⁴ 2005. године, формално одвојила малолетничко кривично право из Кривичног законика, Законика о кривичном поступку и Закона о извршењу кривичних санкција.

1. Различита схватања о појму ресторативне правде

Кривично право даје одговор на питање о томе који је закон прекршен, ко га је прекршио и коју кривичну санкцију треба изрећи извршиоцу кривичног дела да би се постагла сврха изрицања кривичних санкција. За разлику од система кривичног права који је окренут ретрибуцији, ресторативна правда је усмерена интересима учиниоца кривичног дела, оштећеном лицу и локалној заједници. Ресторативна правда омогућава да извршилац кривичног дела, оштећени и локална заједница заједно одлуче о конкретном друштвеном од-

¹ „Норвешка је 1896. године донела закон којим се на посебан начин третирају деца, док је први суд за малолетнике основан у Чикагу 1899. године. Године 1908. у Канади донето је прво свеобухватно малолетничко законодавство.“ Цитат према: Бужаровска, Г., „Малолетничка правда - од ретрибутивности ка ресторативности“, *Македонска ревија за кривично право и криминологију*, број 3, Скопље, 2006., страна 114.

² Јовашевић, Д. „Новине у кривичном законодавству о малолетницима у светлу ресторативне правде“, *Темид*, број 1, Виктимолошко друштво Србије и „Прометеј“, Београд, 2007., страна 15.

³ Јовашевић, Д.: Кривично право- општи део, „Филип Вишњић“, Београд, 2006., страна 295.

⁴ Посебне одредбе о малолетницима постоје у Казнителном закону из 1860. године, који уводи критеријум разбора за могућност њиховог кажњавања. Такође, Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године садржи посебне одредбе о малолетницима. Видети опширније: Костић, М., Миладиновић-Стефановић, Д., Димовски, Д.: „Извештавање о делинквенцији малолетника у дневном листу „Политика“ од 1929-1933. године“, *Пешчаник*, ПУНТА, Ниш, 2009., страна 171-174.

говору на тачно одређено кривично дело. Основе ресторативне правде можемо наћи у култури племена Маора са Новог Зеланда у којој је постојао вид окупљања и дискусије племена поводом извршења друштвено опасног дела и доношења одлуке о санкцијама према извршиоцу таквог дела.

Сматра се да је појам ‘ресторативна правда’ први употребио Алберт Енглаш 1977. године. Он је сматрао да постоје три система кривичног права. Први систем заснива се на ретрибутивној правди чија је основа систем кажњавања. Основа другог система је дистрибутивна правда која се заснива на терапевтском третману учиниоца кривичног дела, док је основа последњег система ресторативна правда чији је циљ поправљање штете настале кривичним делом.⁵

Не постоји општеприхваћена дефиниција појма ресторативна правда. Сваки теоретичар, који се бавио овом материјом, дао је своју дефиницију. Тако је Маршал одређивао ресторативну правду ‘као процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном делу, долазе заједно да колективно реше како да савладају последице злочина и његове импликације у будућности.’⁶ Норвешки теоретичар Нилс Кристи сматрао је да кривично дело представља конфликт, и да је као такав својина оних који су на неки начин повезани са њим (учинилац, жртва и локална заједница), а не оних (правника) који га на неки начин краду. Као такво, кривично дело треба да представља основу на којој ће заинтересоване стране постићи договор о друштвеном одговору (компензацији) за извршено кривично дело. Кристи наводи да ‘ресторативна правда представља бољи одговор на криминалитет јер је карактерише непосредна комуникација оних који су у конфликту а која треба да доведе до компензације.’⁷

Хауард Зер и Хери Мика предвиђају одређени број ‘путоказа’ ради лакше идентификације процеса ресторативне правде. За учеснике процеса важнија је претрпљена штета него ко је прекршио закон и која кривична санкција према њему треба бити изречена. Треба тежити да се и према учиниоцу кривичног дела и оштећеном лицу покаже уравнотежена брига. Делинквента треба охрабривати да разуме, прихвати и изрази спремност да исправи зло које је нанео. Ресторативном правдом се тражи од учиниоца кривичног дела да испуни обавезе које су оствариве, при чему оне не треба да представљају неки облик кажњавања. Зер и Мика не искључују значај кривичног поступка, али сматрају да локална друштвена заједница мора имати капацитет да препозна кривично дело и да одговори на њега, при чему треба поштовати достојанство свакога ко учествује у процесу ресторативне правде.⁸

⁵ Ћопић, С.: „Појам и основни принципи ресторативне правде“, *Темид*, број 1, година 10, Прометеј, Београд, 2007., страна 27.

⁶ Константиновић Вилић, С., Костић, М.: *Пенологија*, СВЕН, Ниш, 2006., страна 101.

⁷ Цитат према: Ћопић, С., *op. cit.*

⁸ Костић, М.: „Модел ресторативне правде“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Прав-

У Канади постоји тзв. Црквени савет за правду и поправљање који се састоји од једанаест црквених заједница Канаде. Они сматрају ресторативну правду појмом који обухвата велики број различитих приступа правди на основу којих се даје успешнији одговор на злочин. Црквени савет сматра да је потребно постојање пет услова да би се говорило о ресторативној правди. Први захтев представља сагласност и учешће свих оних који су заинтересовани за конкретно кривично дело (учинилац кривичног дела, оштећени, њихове породице и локална заједница). Као други захтев јавља се потреба ресторативне правде да поправи оно што је уништено. Такође, неопходно је постојање потпуне и непосредне одговорности свих заинтересованих лица. Кривичним делом долази до тога да се друштвена заједница дели на два дела. Ресторативна правда тежи да поврати јединство у друштвеној заједници. Као последњи услов наводи се да ресторативна правда треба да оснажи друштвену заједницу у циљу спречавања вршења кривичних дела у будућности и да отклони узроке кривичних дела.

Достигнути ниво културе једног друштва се види и у односу друштва према малолетним учиниоцима кривичних дела. Због броја извршених кривичних дела од стране малолетних лица и структуре извршених кривичних дела, према малолетним извршиоцима кривичних дела друштво реагује блаже у односу на криминалитет пунолетних лица. Држава тежи да кроз процес ресторативне правде укључи локалну заједницу у стварању одговора на кривично дело малолетника. Ресторативна правда се заснива на неколико принципа:

- 1) поправљање учињене штете и успостављање равнотеже поремећене кривичним делом;
- 2) надокнада штете оштећеној страни;
- 3) стварање услова да малолетни учинилац кривичног дела преузме одговорност за извршено кривично дело;
- 4) помоћ у ресоцијализацији малолетног учиниоца кривичног дела.

Извршењем кривичног дела кривично право тежи да да одговор на то који је закон прекршен, док ресторативна правда кривично дело посматра у смислу повреде права једног лица од стране друге особе. Кривично право утврђује кривицу извршиоца кривичног дела у време извршеног кривичног дела (у прошлости), док се ресторативна правда фокусира на одговорности и преузетим обавезама у будућности. У кривичном поступку постоји однос супротстављених странака између извршиоца кривичног дела и оштећеног лица и потребе оштећеног су игнорисане. Поступак у ресторативној правди је заснован на дијалогу и међусобном разумевању, при чему сам поступак тежи задовољавању интереса и потреба жртве.

2. Међународноправна документа о ресторативној правди

Међународна заједница је у последњим деценијама донела неколико важних докумената о ресторативној правди. Конвенцијом о правима дечета Уједињених нација се у члану 40. став 3. државе уговорнице обавезују да настоје да подстичу стварање закона, поступака, органа и установа који се изричито односе на децу и баве децом за коју постоји сумња, која су оптужена или за коју је утврђено да су прекршила кривични закон. Државе уговорница се, уједно, обавезују на доношење мера за поступање са таквом децом без спровођења кривичног поступка, при чему се морају поштовати људска права и законска заштита.

Резолуцијом Генералне скупштине УН усвојена су 14.1.1990. године Стандардна минимална правила за алтернативне казнене мере (Токијска правила). Овим документом се тражи од држава да у својим законодавствима промовишу употребу алтернативних казних мера, при чему је циљ да се друштвена заједница више укључи у управљење кривичним санкцијама. Токијским правилима се подстичу државе да развијају широк спектар алтернативних мера почев од оних пре суђења па до оних после изрицања пресуде. Одредбе Правила које регулишу фазу пре суђења дају могућност полицији, служби гоњења или другим агенцијама које се баве кривичним случајевима да могу да ослободе преступника уколико сматрају да није потребно наставити са случајем ради заштите друштва, превенције криминала или поштовање закона и права држава. Органу кривичног гоњења је дата могућност да, у лакшим случајевима, може изрећи алтернативну казнену меру. Правилама је предвиђена обавеза суда да прибави податке о социјалном статусу преступника при чему му на располагању стоје следеће алтернативне мере:

- 1) опомена, укор, упозорење (усмене санкције),
- 2) условно пуштање на слободу,
- 3) статусне казне,
- 4) економске санкције и новчане казне,
- 5) заплешивање или налог о одузимању,
- 6) одштета жртви или налог о компензацији,
- 7) условна или одложена казна,
- 8) налог о раду у заједници,
- 9) упућивање у дисциплински дневни центар,
- 10) кућни притвор,
- 11) било који други облик неинституционалног третмана и
- 12) неке комбинације предходних мера.⁹

⁹ Константиновић Вилић, С., Костић, М.: „Диверزيونи модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет Ниш, Ниш 2007., страна 97.

Примена ове мере је условљена престанком преступника. С обзиром да је сврха алтернативних мера смањење могућности за извршење преступа и помагање преступнику приликом друштвене интеграције, над применом алтернативних мера се спроводи надзор. Уколико се преступник не буде придржавао изречених алтернативних мера, може доћи до њене замене другом алтернативном мером или до њеног повлачења. У недостатку других одговарајућих алтернативних мера може се изрећи казна затвора.

Економски и социјални савет УН донео је Резолуцију бр. 1997/30¹⁰ за спровођење малолетничког правосуђа. Одељком 15. Резолуције се наглашава потреба да се развију мере преусмеравања, које су алтернативе класичним системима кривичног правосуђа, како би се избегла примена система кривичног правосуђа. Резолуцијом се промовише неформално решавање спорова у које треба укључити малолетног преступника, његову породицу и жртву.

Међутим, и регионалне међународне организације су доносиле документа којима се промовишу идеје ресторативне правде. Тако је Комитет министара Савета Европе 1987. године донео Препоруку број 87 Р (87) 20¹¹ о одговору друштва на малолетничко преступништво, којом се држава чланица тражи да развијају мере преусмеревања и медијације, на нивоу јавног тужиоца или на нивоу полиције (уколико она има овлашћења тужилаштва), све у циљу спречавања контакта малолетног лица са кривичним поступком. Године 2003. од стране Комитета министара Савета Европе усвојена је нова Препорука, под бројем 20¹², о новим начинима третирања малолетничког преступништва и улози малолетничког правосуђа. Препоруком се тражи повећање броја алтернативних мера, при чему оне морају бити део редовног поступка, уз поштовање принципа сразмерности.

3. Алтернативни и диверзиони модели у Републици Српској

Свака држава настала распадом СФРЈ извршила је реформу свог правног система ослањајући се на основе ранијег социјалистичког права, али пратећи демократске и европске стандарде у праву. Ни кривично законодавство није остало „имуно“ на реформу. Једна од најзначајнијих, али и најрадикалнијих новина је увођење алтернативних мера које треба да доведу до „скретања“ (*diversion*) кривичног поступка.

Законом о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске¹³ из 2010. године предвиђена је могућност

¹⁰ Видети: <http://rs.cest.gov.ba/index.php>, приступ 19.10.2009. године.

¹¹ Видети: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608029&SecMode=1&DocId=694290&Usage=2>, приступ 19.10.2009. године.

¹² Видети: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=70063>, приступ 19.10.2009. године.

¹³ «Службени гласник РС», бр. 13/10.

изрицања васпитних препорука према малолетним учиниоцима кривичног дела, под одређеним условима. Надлежни тужилац може, применом начела опортунитета, одлучити да не покрене кривични поступак ако сматра да, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је оно извршено, ранији живот малолетника и његова лична својства, то не би имало сврхе (члан 89. став 1. ЗМ РС). Ово овлашћење дато је тужиоцу за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до пет година¹⁴, а за кривична дела са забрањеном тежом казном, сагласно принципу сразмерности¹⁵. Одлука о непредузимању кривичног гоњења може бити условљена испуњењем васпитне препоруке. Надлежни јавни тужилац може, пре доношења одлуке о покретању припремног поступка за поменута кривична дела, размотрити могућност изрицања једне или више васпитних препорука, под следећим условима: да малолетник слободно и добровољно призна извршење кривичног дела, да је признање поткрепљено другим доказима, да изражава спремност да се помири са оштећеним, што се манифестује пристанком датим у писаној форми.

Да би надлежни јавни тужилац изрекао васпитну препоруку потребно је да располаже подацима („да постоји довољно доказа“) на основу којих се може извести закључак, са високим степеном извесности, да је малолетно лице извршило кривично дело. Под спремношћу за помирење се подразумева добровољни пристанак малолетника на суочење са оштећеним, како би се отклониле последице извршеног кривичног дела. Поред наведених услова, неопходно је да малолетник у сукобу са законом, односно млађи малолетник, уз пристанак родитеља или стараоца, да сагласност за примену васпитне препоруке.

Тужилац може непокретање кривичног поступка условити испуњењем следећих васпитних препорука од стране малолетног извршиоца кривичног дела:

- 1) лично извињење оштећеном,
- 2) накнада штете оштећеном,
- 3) редовно похађање школе или одлажење на посао,
- 4) лукративан рад на пословима од друштвеног, локалног или еколошког садржаја,

¹⁴ Према одредбама члана 76. став 1. Кривичног закона БиХ („Службени гласник Босне и Херцеговине” бр. 3/03), васпитне препоруке се примењују за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до 3 године. Исте одредбе садржане су и у члану 80. Кривичног закона ФБиХ („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине” бр. 36/03), те у члану 80. Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко Дистрикта“ бр. 10/03.).

¹⁵ Према одредби члана 9. ЗОМ РС, државним органима који учествују у поступку према малолетницима дато је овлашћење да изаберу ону кривичну санкцију или меру која је примерена објективним и субјективним околностима учињеног кривичног дела, уважавајући добробит малолетника у сукобу са законом, али и интересе оштећеног.

5) болничко или амбулантно лечење у одговарајућој здравственој установи,

6) појединачни или групни третман у саветовалишту (васпитног, образовног или психолошког карактера).

Јавни тужилац¹⁶ је дужан да при избору васпитне препоруке узме у обзир свеукупне интересе малолетника и оштећеног. Приликом спровођења васпитних препорука потребно је водити рачуна да се не омета редовно школовање или рад малолетног лица. Оне могу трајати годину дана, при чему се у том периоду могу заменити другом васпитном препоруком или укинути. Последица потпуног испуњења васпитне препоруке је доношење наредбе о непокретању кривичног поступка. У случају делимичног испуњења васпитне препоруке, јавни тужилац оцењује целисходност предузимања кривичног гоњења, у складу са јавним интересом, али и интересом малолетника. Када се донесе одлука о непокретању припремног поступка, оштећени свој имовинскоправни захтев може остварити у парници. Уколико у остављеном року малолетник, без оправданог разлога не изврши изречену препоруку, јавни тужилац наредбом покреће припремни поступак. У даљем току поступка, признање малолетника, дато у преткривичном поступку, не може се користити (члан 90. став 7. ЗМ РС).

Из дикције законске одредбе јасно је да најтешње везе са суштином идеје ресторативне правде имају васпитне препоруке, лично извињење оштећеном и накнада штете. Отуда је логично што се за њихову примену тражи, као додатни услов, пристанак лица оштећеног извршењем кривичног дела. Заправо, у случају изрицања ових мера, малолетник у сукобу са законом и оштећени биће упућени на поступак посредовања (медијације) које обавља стручно оспособљено службено лице органа старатељства. Супсидијарно, уколико није могуће спровести медијацију у оквиру органа старатељства, она се може обавити у оквиру овлашћене организације која се бави тим пословима¹⁷ (члан 21. став 4. ЗМ РС). У том случају, улога органа старатељства је у праћењу поступка медијације и обавештавања јавног тужилаштва и суда о исходу. Сам поступак медијације ближе је разрађен одредбама Закона о поступку медијације¹⁸ и Правилника о примени васпитних препорука према малолетним учиниоцима кривичних дела¹⁹.

¹⁶ Према одредбама остала три кривична закона у БиХ, о примени васпитних препорука наведених под тачкама 1, 2, 3 и 6. одлучује овлашћени тужилац, док о препорукама под тачкама 4, 5, и о посебно стилизованим препорукама „прихватање одговарајућег запослења“ и „смјештај у другу обитељ, дом или установу“, одлуку доноси судија за малолетнике.

¹⁷ Поступак медијације могуће је спровести у оквиру “Удружења медијатора Босне и Херцеговине“, које је основано 2002. године.

¹⁸ „Службени гласник БиХ“, број 37/04.

¹⁹ “Сл. гласник РС”, бр. 101/2010.

Према одребама Правилника, циљ изрицања васпитних препорука је преусмеравање од редовног кривичног поступка, како би се избегли штетни ефекти на личност малолетника. Такође, циљ је да малолетник правилно сагледа последице извршеног кривичног дела и да преузме одговорност за његово извршење (члан 4. став 1. Правилника). У ставу 2. истог члана оперативнизовани су начини остваривања наведених циљева (дијалог малолетника и оштећеног, исправљање грешке, намирење штете, враћање ствари, извињење оштећеном...). Наведени модалитети кореспондирају са принципима ресторативне правде. Правилник фаворизује примену посредовања у односу на друге васпитне препоруке, предвиђајући да се и остале могу применити, уколико малолетник и оштећени одбију примену медијације (члан 7. став 1. Правилника). Није искључена примена васпитних препорука ако је малолетник рецидивирао, уколико би њихова примена била у најбољем интересу малолетника. У случају примене поступка посредовања, надлежни орган старатељства препознат је као контролни орган. Поред тога, Правилником су детаљно одређени критеријуми, које мора да испуњава посредник (члан 9. Правилника). Њима се гарантује стручност, независност и непристрасност посредника.

Република Српска је, дакле, доношењем Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку, отворила врата примени медијације у кривичним стварима, у поступку према малолетницима. Половином децембра 2010. године, спроведени су први поступци посредовања у просторијама Удружења медијатора у Бањој Луци. Ипак, мали број до сада завршених поступака недовољан је за доношење закључака о ефикасности посредовања у Републици Српској. У осталом делу Босне и Херцеговине, посебни закони о малолетницима у сукобу са законом налазе се у фази израде. Према позитивном праву, медијација у кривичним стварима могућа је једино приликом одлучивања о имовинскоправном захтеву. Наиме, суд може, ако је то сврсисходно, предложити оштећеном и оптуженом да о имовинскоправном захтеву постигну договор у поступку медијације. Предлог за упућивање на поступак посредовања може потећи и од оштећеног, односно окривљеног или његовог браниоца, до завршетка главног претреса (члан 212. Закона о кривичном поступку БиХ)²⁰. Међутим, ова могућност до сада уопште није примењивана у пракси судова у БиХ.²¹ Као кључни фактор недовољне примене овог важног инструмента ресторативне правде у БиХ означен је дефицит подзаконских аката којима би се разрадила законска решења о васпитним препорука.²² Такође, наглашена је потреба спровођења едукације за све актере који на непосредан или посредан начин учествују у поступку медијације.²³

²⁰ „Службене новине Федерације БиХ“, број 35/03.

²¹ Могућност примене медијације у систему малолетничког правосуђа, Бања Лука, 2008., стр. 19.

²² Улетиловић, Д.: Примјена међународних стандарда у домаћем законодавству са аспекта васпитних препорука као мјера преусмјеравања од редовног кривичног поступка, стр. 11, текст доступан на: http://www.rs.cest.gov.ba/index.php?option=com_docman&task=docclick&Itemid=30&bid=207&limitstart=0&limit=15

²³ Исто.

4. Ресторативна правда у кривичном законодавству Србије

Пратећи тенденције присутне последњих деценија у многим земљама, Република Србија је, Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица²⁴ (у даљем тексту ЗМ), на основу теорије неинтервенисања, увела у своје законодавство мере *sui generis* у виду васпитних налога. Оне немају карактер кривичних санкција. Васпитни налози се одређују као мере, које се изричу малолетним учиниоцима кривичних дела, од стране законом одређених органа, на основу услова прописаних у закону, у циљу остваривања законом прописане сврхе, у најбољем интересу малолетног извршиоца кривичног дела и оштећеног лица.²⁵

Чланом 5. став 1. ЗМ, одређено је да се према малолетном учиниоцу кривичног дела може применити један или више васпитних налога, ако је учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна. Сврха васпитних налога (поред остваривања опште сврхе изрицања кривичних санкција) је да се не покреће кривични поступак, односно да се покренути поступак обустави, као и да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности, како убудуће не би чинио кривична дела. Услов да се изрекне било који васпитни налог је признање кривичног дела и однос малолетника према кривичном делу и оштећеном. Однос малолетника према кривичном делу и оштећеном карактерише кајање малолетника што је извршио кривично дело и повредио друго лице, као и спремност да се извини и анулира штетне последице свога понашања. Васпитни налог може најдуже трајати шест месеци.

Васпитни налог према малолетнику може изрећи надлежни јавни тужилац за малолетнике, или судија за малолетнике.²⁶ Надлежни јавни тужилац за малолетнике може, руководећи се начелом опортунитета, када је малолетник извршио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, изрећи један или више васпитних налога. Када процени да није целисходно да се води кривични поступак према малолетнику, иако постоје докази из којих произилази основана сумња да је малолетник учинио кривично дело, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је дело учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства, јавни тужилац може одлуку о непокретању кривичног поступка условити пристанком малолетника и његових родитеља, усвојоца или стараоца, као и спремношћу ма-

²⁴ „Службени Гласник РС“, бр. 85/2005.

²⁵ Радуловић, Љ.: „Васпитни налози - алтернатива санкцијама за малолетнике“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, вол. 46, број 1, Београд, 2008., страна 27.

²⁶ Константиновић Вилић, С., Костић, М.: Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији, СВЕН, Ниш, 2006., страна 95.

лолетника да испуни један или више васпитних налога.²⁷ Јавном тужиоцу за малолетнике стоји на располагању 5 васпитних налога из члана 7. ЗМ, од којих је за предмет нашег рада од нарочитог значаја - поравнање са оштећеним, како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин, отклониле у целини или делимично, штетне последице дела, из тачке 1. члана 7. ЗМ.

Уколико малолетник у потпуности испуни преузети васпитни налог, о чему извештај подноси орган старатељства, јавни тужилац за малолетнике ће донети решење којим одбацује кривичну пријаву, односно предлог оштећеног за покретање поступка. Ако малолетник не испуни преузети васпитни налог или га испуни само делимично, али у мери који оправдава покретање кривичног поступка, јавни тужилац за малолетнике подноси захтев за покретање припремног поступка судији за малолетнике надлежног суда.

Јавни тужилац за малолетнике може и у току припремног поступка, или по његовом окончању да поднесе предлог да се поступак према малолетнику обустави, под условом да малолетник прихвати да испуни један или више предходно наведених васпитних налога. У случају да се судија за малолетнике сложи са предлогом, поступак се обуставља, с тим што у случају неслагања одлуку доноси веће за малолетнике, у року од осам дана (члан 70. ЗМ).

Према подацима истраживања спроведеног на узорку од 10 тужилаштва у Србији²⁸, у 2008. години, према малолетним учиниоцима кривичних дела примењено је 113, а у 2009. години, 202 васпитна налога. Од тога око 50% отпада на васпитни налог - поравнање са оштећеним (56 у 2008. години, односно 121 у 2009. години). Интересантна је уочена наусклађеност између статистичких података тужилаштва и центара за социјални рад. Ипак, генерални је закључак да васпитни налози и даље учествују у веома малом проценту у укупном броју кривичних пријава (3-5%), наспрам европског просека од 20- 30%. На територији града Ниша током 2008. године није изречен ни један васпитни налог.²⁹ Разлоге, пре свега, треба тражити у недостатку кадра, недоречености регулативе, те недовољној едукацији. Поред тога, примена васпитних налога у раду ВЈТ Ниш практично је блокирана одлуком Центра за социјални рад да не поступа без одлуке суда.³⁰ Разлози за непримену на страни суда огледају се у мишљењу да то треба да раде тужилаштва, као и у недостатку времена и судија који поступају искључиво у малолетничким предметима.

²⁷ Турђић, В.: Кривично процесно право- посебни део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006. година, страна 228.

²⁸ Више о томе: Програм: „Унапређење доступности правде у Србији“, Пројекат: Мапирање ресурса у локалним заједницама за реализацију васпитних налога/посебних обавеза, Доступно на: http://amity-yu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=161:primena-vaspitrnih-naloga-i-posebnih-obaveza-kod-dece-poinioca-krivinih-dela&catid=34:sadraj.

²⁹ Видети: www.ni.rs/uploads/doc/odluke/090416izvestaj16.pdf, приступ 13.6.2009. године.

³⁰ Програм..., оп. cit., стр. 20.

Увидом у евиденцију о примењеним васпитним налозима (у пракси оних тужилаштва која их примењују), добијени су подаци о структури кривичних дела. Као и у упоредном праву, доминира имовински криминалитет. Међутим, уочена је и примена за кривична дела против живота и тела (лака телесна повреда), против безбедности јавног саобраћаја, али и за кривично дело злоупотреба опојних дрога (изрицани искључиво од стране суда!).

Поступак поравнања спроводи се у просторијама јавног тужилаштва, суда, односно Центра за социјални рад, без устаљене, једнообразне процедуре. Као модалитети ресторативне правде фигурирају извињење и накнада штете, плаћањем у целости, или у ратама. Наки од малолетника иницирали су надокнаду штете радом, али оштећени нису прихватили ту могућност. У пракси неких тужилаштава извршење васпитних налога, у недостатку подзаконске легислативе, прати Центар за социјални рад.

Подаци о рецидиву код малолетника према којима су примењени васпитни налози, добијени на основу разговора са тужиоцима, говоре о сасвим незнатном проценту те појаве. Изузетак представља кривично дело злоупотреба опојних дрога, где је стопа рецидивизма виша.

Међутим, концепт ресторативне правде нашао је примену и у Васпитно-поправном дому у Крушевцу. Тако је управа Васпитно-поправног дома у Крушевцу, пратећи тенденције примене ресторативне правде у свету, 17. октобра 2003. године основала Службу за посредовање³¹ с циљем примене модела посредовања³² у заводским установама, у које се смештају малолетници којима је изречена васпитна мера упућивање у васпитно-поправни дом. Циљ Службе за посредовање је да се подстакне разрешење сукоба међу штићеницима у којима је дошло до повреде права друге особе, кроз систематску примену процеса посредовања. Међутим, поред подстицања разрешавања сукоба постоје и посебни циљеви: унапређивање квалитета живота малолетника, повећање просоцијалних потенцијала малолетника и смањивање антисоцијалног понашања малолетника. Оснивање Службе за посредивање и сам поступак посредовања се може посматрати као алтернатива дисциплинском кажњавању малолетника, којима је изречена ова заводска мера.

³¹ Служба за посредовање у ВПД- Крушевац је основана као резултат партнерства Васпитно-поправног дома, УНИЦЕФ-а и шведске Агенције за међународни развој у оквиру пројекта „Шанса деци за промену“.

³² Посредовање или медијација је типични институт ресторативне правде. Посредовање је преговарање супротстављених страна уз присуство посредника, који нема ауторитативну моћ доношења одлука, већ помаже странама у сукобу да саме дођу до прихватљивог решења. Медијација се може применити у породичним и брачним споровима, у споровима насталим у школи, у споровима насталим у локалној заједници, у радним споровима и у споровима насталим извршењем кривичног дела од стране малолетног починиоца. Више видети на: <http://www.medijacija.org/medijacija/index.php>, приступ 24. 9. 2009. године.

Службу за посредовање чине радници Васпитно-поправног дома и Центра за социјални рад у Крушевцу, који су завршили обуку за посредовање између преступника и жртве. Посредовање се врши и у случајевима када постоји кривично дело, као и у случајевима сукоба у којима нема елемената кривичног дела, али постоји повреда права друге особе.

Крајем 2003. године доносен је Правилник рада, регулисани су односи са другим службама Васпитно-поправног дома и креиране су административне процедуре. Посредовање је од 2005. године постао редовна процедура решавања сукоба између малолетника у Васпитно-поправном дому, са приматом примене у односу на дисциплински поступак.³³

Поступак посредовања се може применити у случајевима сукоба малолетника у дому, при чему морају бити испуњени одређени услови:

1. сукоб у коме је јасно ко је жртва, а ко је починитељ,
2. сукоб у коме није јасно ко је жртва и ко починитељ, већ свака страна наноси штету другој страни,
3. сукоб који укључује лакши дисциплински прекршај,
4. сукоб који укључује тежи дисциплински прекршај и
5. сукоб који не повлачи дисциплински прекршај, али укључује повреду права.

Поступак посредовања почиње пријављивањем случаја Комисији за упућивање случајева, или члановима Службе за посредовање, који га упућују комисији. Комисија за упућивање случајева одлучује, на основу прописаних критеријума, да ли се конкретан случај може решити посредовањем. Уколико случај испуњава предвиђене критеријуме, поступак посредовања почиње следећег радног дана. Случај преузимају они посредници који раде следећег радног дана. Посредовање се спроводи у паровима, при чему је предвиђен систем ротације, тако да свако од чланова Службе за посредовање има шансу да практикује посредовање.

Први поступак посредовања спроведен је фебруара 2004. године, који је резултовао постигнутим договором између штићеника дома. Од почетка примене поступка посредовања па до данас било је спроведено 96 поступака посредовања, док у 30 случајева поступак медијације није спроведен, иако су постојали услови за посредовање, како због тога што медијацију нису прихватили штићеници дома, тако и због тога што медијација није резултирала постизањем договора.

Прве године постојања Службе за посредовање било је укупно 23 случаја у којима се постојали услови за примену поступка медијације. Међутим, посредовање је спроведено у 18 случајева. Највећи број успешних посредовања био је 2005. године, када је уједно било и највише случајева у којима није спро-

³³ Видети: <http://www.vpdom.edu.rs/medijacija.html>, приступ 24. 9. 2009. године.

ведено посредовање. Велики број медијације био је и 2006. године. Након тога забележена је тенденција опадања броја случајева у којима је могуће примени-ти медијацију. Године 2008. број посредовања је најмањи од почетка оснивања Службе.



Као типичан пример у коме је извршен поступак медијације може се навести случај у коме је дошло до вербалног сукоба који је претио да прерасте у нешто озбиљније. Починилац је дечак стар 15 година, по националности Србин, који потиче из непотпуне породице (родитељи су разведени). Од своје једанаесте године врши кривична дела, због чега је више пута хоспитализован због психолошких проблема. Жртва је дечак, такође српске националности, стар 17 година и у дому се налази због кривичног дела почињеног из нехата. Нападач је био чак и физички слабији од дечака-жртве, али га то није спречавало да свакодневно психички малтретира другог дечака.

Вербални сукоб је трајао десетак дана у време када су се они налазили у стадијуму адаптације, у Пријемном одељењу Васпитно-поправног дома. Случај је нарочито интересантан због тога што дечак-жртва није имао прилику да буде окружен таквим дечацима, при чему га је ситуација веома дестабилизovala, јер је он вербалне сукобе доживљавао као атак на сопствену личност.

Анализирањем сукоба дошло се до закључка да је дечак-жртва имао жељу да разуме дечака-нападача, али је осећао велики страх због ситуације у којој се налазио, бојећи се да неће моћи да издржи атмосферу у којој се налазио. Дечак-нападач је, својим психичким малтретирањем, само погоршавао ситуацију дечака-жртве, повећавајући му страх и безнађе. Починилац је, чини се, имао велику потребу да свој унутрашњи бес и револт истражи на некоме. Међутим, уједно је увиђао да својим понашањем психички малтретира другог дечака и исказивао је жељу да обузда себе. Препознавањем жеље починиоца да се промени, створени су услови да се покрене поступак посредовања.

Поступак медијације је започет појединачним разговорима, како са починиоцем, тако и са жртвом. Први разговор обављен је са дечаком-нападачем.

Дечак, емотивно повређиван и психички нестабилан, је у првом моменту бурно реаговао говорећи да он нема шта да прича са жртвом. Након објашњења шта поступак медијације доноси, одмах је пристао. У разговору са жртвом се увидела жеља дечака да што пре реши проблем.

Након појединачних разговора, уследио је поступак медијације. Седели су један наспрам другог. Раздвајао их је радни сто. Разговор је започет од стране дечака-жртве. Приликом приче како се осећа када га дечак-нападач психички малтретира и провоцира, дечак-нападач је почео да увиђа како се осећао жртва, при чему је почео да црвени све док није заплакао. Дечак-жртва није веровао шта се пред њим догађа. У његовим очима дечак-нападач је постајао све друго, осим дечака који је склон агресији.

Медијација је резултовала потписивањем договора који је садржао прихватање одговорности дечака-нападача, при чему је постојало обећање да се провоцирање неће више понављати.

Закључак

Развојем друштва дошло је до јачања тежње за хуманијим и праведнијим начином реакције на криминалитет, који треба да смањи суровост класичног кривичног система. Та тежња се огледа у концепту ресторативне правде, који је имплементиран у многа законодавства широм света.³⁴ Она се примењује као реакција на криминалитет малолетника. Земље бивше Југославије прате тенденције у савременом кривичном законодавству, увођењем концепта ресторативне правде у своја законодавства. Последњих 15 година уочава се тенденција увођења инструмената ресторативне правде у малолетничко кривично законодавство.

Међутим, све државе се сусрећу са бројним проблемима, почев од недовољне обучености надлежних органа о предностима мера ресторативне правде, до аверзије локалне друштвене заједнице о спровођењу мера чији циљ није само казна и спровођење кривичног поступка. Република Србија мора у наредном периоду да донесе подзаконске акте који би регулисали питања примене васпитних налога. У том смислу, потребно је инкорпорирати решења садржана у Закону о посредовању (медијацији) у подзаконску регулативу, што би отворило врата стандардизацији поступка посредовања у пракси судова и тужилаштава. Такође, веома важно питање је ко сноси трошкове поступка посредовања. У циљу афирмације овог института, треба размислити о решењу према коме би трошкови медијације падали на терет буџета. Зарад уједначавања праксе и учесталости примене инструмената ресторативне правде, потребно је увести систем вредновања рада јавних тужилаца, сличан ономе који постоји за судије.

³⁴ Мере ресторативне правде се у Немачкој изричу близу 70 % малолетничких случајева.

Праћењу и евалуацији резулата примене у пракси значајно би допринела измена уписника у циљу једнообразног евидентирања примене васпитних налога. Алтернативу представља увођење помоћних књига које би служиле искључиво евиденцији васпитних налога. Најзад, за успешно спровођење алтернативних мера, потребна је активнија улога центара за социјални рад, посебно у фази извршења изречених мера.

Податак да се поврат јавља чак у 85 % случајева кривичних дела извршених од стране малолетника³⁵ говори нам да сама примена кривичних санкција не даје очекиване резултате и да је потребно нешто променити. Отелотворење те промене треба да се огледа у већој примени концепта ресторативне правде, односно васпитних налога, “јер будућност не постоји без опроштаја.”³⁶ Већом применом васпитних налога избегава се вођење кривичног поступка кривична дела која прадају у тзв. багателни криминалитет, чиме се штеде значајна финансијска средства. Уједно се избегава етикетирање малолетника као лица које је извршило кривично дело. Од примене инструмената ресторативне правде, дакле имају користи и малолетник у сукобу са законом и оштећени, али и држава и друштво. Поред неспорне реперкусије на смањање стопе рецидивизма, инструменти ресторативне правде учвршћују поверење грађана у правосуђе, а на ширем, социјалном плану, афирмишу пацификацију друштвених односа.³⁷ Стога треба успоставити јасне стандарде, који би охрабрили њихову примену у пракси. На том путу узоре треба тражити у примерима добре праксе, у земљама у окружењу, које су са применом ресторативног права већ отпочеле ранијих година.

³⁵ Мрвић-Петровић, Н.: “Примена концепта обнављајуће правде у спречавању малолетничке делинквенције”, страна 301.

³⁶ Схватање да будућност не постоји без опроштаја пропагиратеоретичар Дезмонд Туту. Међутим, опроштај се разликује од слушања других уз дужно поштовање. Према: Константиновић Вилић, С., Костић, М., ор. сит., страна 110.

³⁷ Саша Кнежевић, Душица Миладиновић – Стефановић, Медијација у кривичном поступку према малолетницима, Теме, бр. 2/2011, стр. 472.

Summary

Juvenile criminal law was on the basis of international documents and the reform of criminal legislation in some countries enacted suffered significant changes in the last decades of the twentieth century. These changes are manifested in the way of state responses to juvenile crime. The basis of this reaction makes the country's wider application of the opportunity principle of o in juvenile criminal proceedings, as well as the use of diversion and the alternative criminal sanctions. Neither the Serbian state did not remain "immune" to such trends. It was incorporated principles of the restorative justice in their juvenile criminal law. Their purpose is to strengthen the responsibility of the juvenile offender, satisfying the interests of injured persons, and involving local communities in the reaction of society to juvenile crime, in order to avoid criminal proceedings, or to suspend it. In this paper, first the theoretical framework of restorative justice has been presented, also the international regulations in connection with this concept. After that, the authors have been analyzed the legal aspects of the instruments and the application of the restorative justice in the legislation of Serbia and The Serbian Republic. Emphasis is placed on the mediation, which substantially corresponds to the institute with the essence of the restorative justice idea. The use of the mediation in juvenile criminal proceedings and in the execution of the criminal sanctions has been analyzed. In the final part, the authors propose a solutions that would contribute to the future promotion of wider use of restorative justice tools and the benefits that could be achieved.

Key words: *restorative justice, correctional orders, mediation, alternative measures.*

**УЧИНИЛАЦ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ЗЛОУПОТРЕБЕ
СЛУЖБЕНОГ ПОЛОЖАЈА¹**
- један осврт на члан 359. Кривичног законика Србије -

Проф. др Драгана Коларић*

***Анстракт:** Предстојеће измене Кривичног законика Републике Србије као примарни циљ имају прецизирање кривичног дела злоупотребе службеног положаја са становишта могућег учиниоца кривичног дела. О неопходности законског уређења проблематике коју чине коруптивна кривична дела говоре бројни међународни документи које је наша земља ратификовала и на тај начин преузела обавезу хармонизације са међународним стандардима. Овом приликом разматрамо питања која се односе на статус кривичног дела злоупотреба службеног положаја *de lege lata* и *de lege ferenda* са посебним освртом на међународне изворе. Посебно место заузима трећи евалуациони извештај GRECO за Републику Србију – инкриминације (ETS 173 и 191). Такође, указаћемо на решења и приступе овом проблему у Кривичном законнику Црне Горе који се новелама из 2010 и 2011 значајно издвојио, када су у питању кривична дела против службене дужности, у односу на остале земље у региону.*

***Кључне речи:** корупција, кривично дело, злоупотреба службеног положаја, службено лице, одговорно лице, Кривични законик Србије, међународни документи, Кривични законик Црне Горе.*

* Проф. др Драгана Коларић, Криминалистичко-полицијска академија, Земун

¹ Овај рад резултат је реализовања два научноистраживачког пројекта. Први носи назив ‘‘Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција’’. Пројекат финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (бр. 179045), а реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду (2011–2014). Руководилац пројекта је проф. др Саша Мијалковић. Други носи назив ‘‘Ефекти примењене физичке активности на локомоторни, метаболички, психосоцијални и васпитни статус популације Републике Србије’’. Пројекат финансира, под бројем Ш47015, Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије. Руководилац пројекта је проф. др Миљковић Допсај.

Увод

Кривични законик Србије је ступио на снагу 1. јануара 2006. године. Од тада је два пута мењан и допуњаван.² У току 2012. у процедуру Скупштине Србије је доспео Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика који је, на задовољство теоријске јавности, повучен. На посредан начин спорни Предлог је дотицао и кривично дело које је предмет нашег размтрања. По мишљењу Комисије која је радила на том предлогу, кривично дело злоупотребе службеног положаја би требала да изгуби на значају, лагано се угаси и престане да се примењује. Уместо њега би заживела нова кривична дела (превара у пословању, субвенцијска превара и злоупотреба у поступку јавне набавке). Ова расправа се односи управо на преиспитивање таквих ставова.

Злоупотреба службеног положаја је кривично дело систематизовано у Кривичном законик у групи кривичних дела против службене дужности. Једна од главних функција овог кривичног дела је сузбијање корупције. Када се разматрају етиолошка и феноменолошка обележја корупције, онда се мора истаћи да су узроци корупције везани за сиромашну материјалну основу друштва, недостатак демократије и поштавања принципа правне државе, социјалну неједнакост, кризу морала, као и да су присутни разни облици корупције у многим областима, да је изражена њихова динамика и да се стално прилагођавају друштвеним односима и приликама који су карактеристични за сваку земљу (Бошковић, 2004: 10). Док се криминалисти и криминолози више занимају за емпиријска истраживања корупције, с кривичноправног гледишта значајно је првенствено догматско кривичноправно поступање са скупом проблема корупције (Überhofen, 1999: 317). То значи систематско научно излагање и проучавање корупције и средстава која стоје на располагању савременој политици сузбијања криминалитета. Зачуђујуће је колико су материјално-кривичноправне норме биле уско постављене на подручју једне од најважнијих тема међународне и националне политике сузбијања криминалитета. Још више забрињавају тенденције које имају за циљ да се изврши декриминализација одредби Кривичног законика које треба да служе искорењавању ове појаве. А као што нам је свима познато највећи проблем код корупције представља недовољно откривање ових кривичних дела (Корупција, 2010: 304). Кривично законодавство Републике Србије у великој мери испуњава стандарде које су поставили међународни документи у области борбе против корупције.³ Овом приликом посматраћемо одредбе Кривичноправне конвенције о корупцији Савета

² “Сл. Гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009.

³ Groupe of States against corruption, *Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Republic of Serbia-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)*, Adopted by Greco at its 48 th Plenary Meeting (Strasbourg, 27 September – 1 October 2010).

Европе⁴ као и мере које је Република Србија предузела у правцу усаглашавања са истом. Посебну пажњу посветићемо трећем евалуационом извештају GRECO за Републику Србију који се односи на инкриминације и препорукама за измене Кривичног законика. То може бити интересантно у заузимању коначног становишта које се односи на егзистенцију кривичног дела злоупотребе службеног положаја у Кривичном законнику.

На овом месту значајно је поменути да је Кривичноправна конвенција Савета Европе о корупцији један од најзначајнијих докумената у области супротстављања корупцији. Она је допуњена 2003. године. Наиме, сматрајући да је потребно да се допуни Кривичноправна конвенција о корупцији, државе чланице Савета Европе и друге државе потписнице усвојиле су додатни протокол на Кривичноправну конвенцију чији је циљ инкриминисање активног и пасивног подмићивања домаћих и страних арбитра, као и домаћих и страних поротника.⁵ На тај начин Протокол треба да допринесе ефикаснијем сузбијању корупције, као и унапређењу међудржавне сарадње у борби против ње. Термин ‘‘арбитар’’ се тумачи у складу са домаћим правом држава страна уговорница овог протокола, али, у сваком случају, означава особу која је, по основу споразума о арбитражи, позвана да донесе правно обавезујућу одлуку у спору који јој поднесу странке споразума. Термин ‘‘поротник’’ се тумачи у складу са домаћим правом држава страна уговорница овог протокола, али, у сваком случају, означава особу која учествује као непрофесионални члан заједничког тела, чија је дужност да одлучи о кривици оптуженог у судском поступку.⁶

Кривични законик Републике Србије и злоупотреба службеног положаја

Кривична дела намењена сузбијању корупције у Кривичном законнику Србије сврстана су у групу кривичних дела против службене дужности. То су: злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ), трговина утицајем (члан 366. КЗ), примање мита (члан 367. КЗ) и давање мита (члан 368. КЗ). У овом тренутку посебно је актуелно кривично дело злоупотреба службеног положаја. Мишљења су дијаметрално супротна. Са једне стране су они који сматрају да ово кривично дело треба избрисати из кривичног законика јер је превазиђено,

⁴ Конвенција је отворена за потписивање 27. јануара 1999. године, а ступила је на снагу 1. јула 2002. године. Ову Конвенцију је наша земља ратификовала и на тај начин преузела обавезу да одредбе свог закона усклади са овим извором права. Види: Службени лист СЦГ, Међународни уговори, бр. 2/2002.

⁵ Уговор отворен за потписивање 15. маја 2003. године и ступио на снагу 1. фебруара 2005. године. Додатни протокол уз Кривичноправну конвенцију о корупцији је наша земља ратификовала 6. новембра 2007. године. Види: Службени гласник РС, Међународни уговори, бр. 102/2007.

⁶ Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 191), Explanatory Report.

анахроно и доводи до неприхватљивих решења у судској пракси о чему ће касније бити речи. На другој страни имамо научно утемељеније мишљење по коме ово кривично дело треба оставити у Кривичном законнику али уз доследно спроведене измене по којима учинилац кривичних дела против службене дужности треба да буде само службено лице (осим код кривичног дела давање мита где се као учинилац може појавити свако лице). Главни разлог збуњујуће ситуације је чињеница да тренутно као учинилац кривичних дела против службене дужности а самим тим и кривичног дела злоупотребе службеног положаја може да се појави и одговорно лице. У погледу субјекта овог дела, изнећемо разлоге који иду у прилог сужавања круга лица која се могу појавити као учиниоци што би водило изменама Кривичног законика. Такође, биће образложено неслагање са становиштем појединих писаца који узимајући у обзир неодређеност алтернативно прописане радње извршења, предлажу брисање овог кривичног дела из Кривичног законика.

Злоупотреба службеног положаја је кривично дело прописано у глави тридесет трећој Кривичног законика. У нашој кривичноправној теорији прихваћена је подела службених деликата на опште (које може извршити било које службено лице) и посебне које може извршити само одређено службено лице (Стојановић, 2006:753). Нема сумње да кривично дело које је тема овог рада представља опште кривично дело против службене дужности, и то не само због чињенице да је извршилац службено лице, већ и због радње извршења. То значи да су сва остала дела из ове групе само посебни облици злоупотребе службеног положаја. Ако су остварена обележја овог кривичног дела и неког другог дела из ове главе, постојаће само то друго дело. Ради се о привидном идеалном стицају по принципу специјалитета.

Конвенција Уједињених нација против корупције захтева од држава потписница да предвиде у свом кривичном законодавству као кривично дело злоупотребу функција. Кривично дело, злоупотреба функција, постоји када јавни функционер са намером (умишљајем), злоупотреби функцију или положај, односно учини или не учини неко дело супротно закону у обављању својих функција у циљу прибављања неоправдане користи за себе лично или за неко друго лице или ентитет (члан 19).⁷

Као извршилац овог кривичног дела може се појавити службено или одговорно лице. Под службеним лицем се подразумева: 1) лице које у државном органу врши службене дужности; 2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима; 3) лице у установи, предузећу или другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу; 4) службеним лицем сматра

⁷ Кривичноправна конвенција не садржи сличну одредбу.

се и лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова; 5) војно лице (члан 112. став 3 Кривичног законика Србије). Међутим, члан 359. став 1 прописује да ће се казнити и одговорно лице које учини дело из става 1 до 3 овог члана. Појам одговорног лица одређен је у члану 112. став 5 Кривичног законика. Под њим се сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу, установи или другом субјекту којем је, с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења, поверен одређен круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова.

Злоупотреба службеног положаја има свој основни, тежи и најтежи облик. Основни облик кривичног дела постоји када службено или одговорно лице искоришћавањем свог службеног положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог службеног овлашћења или невршењем своје службене дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу какву корист, другом нанесе какву штету или теже повреди права другог (став 1). Тежи облик кривичног дела постоји ако је извршењем дела из става 1 прибављена имовинска корист у износу преко четрестопедесет хиљада динара (став 2) Најтежи облик кривичног дела квалификован је, такође, висином прибављене имовинке користи и постоји ако та вредност прелази износ од милион и петсто хиљада динара.

Радња извршења основног облика има три алтернативно прописана облика. То су: искоришћавање службеног положаја или овлашћења, прекорачење граница службеног положаја или овлашћења или невршење службене дужности. Искоришћавање службеног положаја или овлашћења постоји када службено лице предузима радњу, коју је иначе овлашћен да предузме, али то не чини у интересу службе, већ у сопственом инетресу или интересу неког трећег лица, или на штету интереса неког лица. То значи да је радња коју предузима службено лице у оквирима његовог овлашћења, али је он не предузима ради заштите службених интереса. Овај облик кривичног дела, према ставовима судске праксе, постоји у следећим случајевима. Када припадник саобраћајне полиције, при обављању послова контроле јавног саобраћаја, искористи свој службени положај и прибави себи противправну имовинску корист на тај начин што наплати већи износ за мандантну казну, а изда потврду на мањи износ, или када шалтерска службеница клиничког центра изда лажне рачуне за трошкове лечења на име окривљене која их наплаћује од осигуравајућег завода у другој земљи или када окривљени по уговору о продаји робе испоручује мању количине робе од уговорене, а разлику у роби присваја. Прекорачење граница службеног положаја или овлашћења подразумева да учинилац кривичног дела, објективно, излази ван оквира свог овлашћења. Радња коју он предузима није дозвољена по правилима службе. Овај облик постоји када нпр. припадник полиције као службено лице затекне на месту извршења учиниоца кривичног

дела па га претресе и од њега одузме новац, тражећи од њега да му донесе још како против њега не би подносио кривичну пријаву. Код трећег облика радње извршења који се састоји у невршењу службене дужности потребно је да, као и код претходног облика, постоји злоупотреба у објективном смислу. Учиница не врши службену радњу из оквира свог овлашћења коју је био дужан да изврши. Овај вид кривичног дела чине нпр. лекар и медицински техничар, који су запослени у клиничком центру, када невршењем службене дужности, нанесу штету установи у којој раде на тај начин што укажу лекарску помоћ а то пропусте да евидентирају у службеном протоколу и та услуга остане не наплаћена (Стојановић & Коларић, 2010:155).

Последица кривичног дела је прибављање себи или другом какве користи, или наношење какве штете другом или тежа повреда права другог. У судској пракси најчешће се последица дела састоји у прибављању имовинске користи, али, по схватању исте, то може бити било каква корист како имовинска, тако и неимовинске природе, којом се ствара повољнији положај за одређено лице. Појам користи се, дакле, екстензивно тумачи.

Кривично дело је довршено када је прибављена каква корист, другом намета каква штета или су теже повређена права другог. Ако је предузета радња извршења у намери да се постигне корист тј. довршена је радња извршења, службени положај је злоупотребљен, а последица дела није наступила, постојаће покушај овог кривичног дела.

Извршилац кривичног дела је службено лице или одговорно лице.

Сада ћемо се осврнути на трећи евалуациони извештај GRECO за Републику Србију и новеле Кривичног законика Црне Горе које се односе на кривично дело злоупотребе службеног положаја како бисмо у закључним разматрањима заузели коначан став у погледу статуса истог.

Трећи евалуациони извештај GRECO за Републику Србију -инкриминације-

Значајно је осврнути се на одредбе овог извештаја у разматрању кривичног дела злоупотреба службеног положаја да бисмо јасно утврдили да ли се то кривично дело у извештају спомиње и да ли га је заиста потребно декриминализовати.

GRECO (Група земаља за борбу против корупције) је механизам Савета Европе осмишљен пре свега ради унапређења антикорупцијских прописа и њихове примене у земљама чланицама, а пре свега примене антикорупцијских конвенција Савета Европе. Наша земља је чланица GRECO од 2003-ће године.

Главни део процеса у GRECO одвија се кроз евалуације које врше квалификовани представници земаља чланица у другим земљама чланицама.

Евалуације се одвијају кроз кругове у којима се испитују поједина питања битна за борбу против корупције. Некадашња СЦГ је била предмет разматрања у првом и другом кругу евалуације. Посете евалуатора су обављене током 2005, а њихов извештај је усвојен и објављен у јулу 2006. Резултат тог извештаја је 25 обавезујућих препорука (за Србију). Текућа, трећа рунда евалуације GRECO–а (започета 1. јануара 2007. године) бави се са две теме: 1) инкриминације (које морају бити усклађене са Кривичноправном конвенцијом о корупцији Савета Европе (ЕТС 173) и члановима 1-6 њеног Додатног протокола (ЕТС 191) и 2) транспарентност финансирања политичких партија.⁸ Предмет наше анализе биће прва тема.

Република Србија је Кривичноправну конвенцију о корупцији (ЕТС 173) ратификовала 18. децембра 2002. године. Конвенција је у Србији ступила на снагу 1. априла 2003. године. Додатни протокол уз Кривичноправну конвенцију (ЕТС 191) Србија је ратификовала 8. јануара 2008. године, а ступио је на снагу 1. маја 2008. године. Србија се није уздржала од примене било које одредбе Кривичноправне конвенције о корупцији и њеног Додатног протокола. Кривични законик Републике Србије је мењан и допуњаван неколико пута у циљу његовог бољег усаглашавања са међународним захтевима.

Евалуациони тим GRECO–а (у даљем тексту ГЕТ) налази да законодавство Србије у великој мери испуњава захтеве Кривично-правне конвенције о корупцији (ЕТС 173) (у наставку: Конвенција). Имајући то у виду, ГЕТ је идентификовао ограничен број прилично специфичних недостатака.

Наиме, подмићивање као кривично дело (укључујући и приватни сектор) је инкриминисано путем две одредбе, чланом 367. Кривичног законика (примање мита) и чланом 368. Кривичног законика (давање мита). Ове одредбе обухватају све типове кривичних дела пасивног (захтевање или примање поклона или друге користи или примање обећања поклона или друге користи) и активног подмићивања (давање, нуђење или обећање поклона или друге користи) који се наводе у Конвенцији. Такође су покривене и имовинска и неимовинска корист, као и корист трећег лица. GRECO евалуациони поздравља чињеницу да Србија такође инкриминише накнадно пасивно подмићивање које постоји када службено лице после извршења, односно неизвршења службене радње, а у вези са њом, захтева или прими поклон или другу корист.⁹

ГЕТ истиче потребу да све врсте поклона или какве друге користи буду покривене Кривичним закоником у мери у којој би такве користи биле од утицаја на деловање јавних, државних службеника. Нагласили су да, иако из-

⁸ Groupe of States against corruption, Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Republic of Serbia-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), Adopted by Greco at its 48 th Plenary Meeting (Strasbourg, 27 September – 1 October 2010).

⁹ Ibidem, p. 15.

весни ситни поклони могу бити друштвено прихватљиви, у Кривичном закону се мора примењивати критеријум нетолеранције на овакве поклоне.¹⁰

Када се говори о подмићивању у јавном сектору према важећем Кривичном закону радње морају бити “у оквиру службеног овлашћења”. То би у пракси значило да чињења или нечињења која не спадају у службена овлашћења, или законом утврђене надлежности службеног лица, а које он може да изврши због функције коју обавља, не би биле директно обухваћена одредбама о подмићивању (на пример, давање података о поверљивим информацијама којима јавни званичници имају приступ током вршења своје функције у ситуацији када сакупљање или откривање таквих информација није стриктно у делокругу надлежности тог званичника). Према ставу GRECO евалуационог тима, овај концепт је ужи од услова чланова 2. и 3. Конвенције. ГЕТ препоручује да се користи формулација “службена или друга радња” код подмићивања у јавном сектору, тј. **предузимање законодавних мера које осигуравају да кривично дело активног и пасивног подмићивања у јавном сектору покрива сва извршења у току вршења функције јавног званичника, било да се она налазе у оквиру надлежности јавног званичника или не.**¹¹

Када је у питању Додатни протокол на Кривичноправну конвенцију о корупцији који захтева да домаћи и страни арбитри и поротници буду експлицитно обухваћени одредбама о подмићивању, ГЕТ истиче да формулација појма службеног лица (члан 112. ст. 3) и страног службеног лица (члан 112. ст. 4) омогућава да домаћи поротници и арбитри буду покривени релевантним одредбама које се тичу кривичног дела давања/примања мита, док када су у питању страни поротници и арбитри ситуација је нешто другачија. Формулација страног службеног лица из члана 112 ст. 4 њих дефинише као “као чланове правних институција стране државе”, док члан 112. ст. 3 тачка 4 службеним лицем сматра и “лице коме је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова”, а тачка 3 укључује и лице у установи, предузећу или другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу. ГЕТ истиче да одредба члана 112. ст. 4 не укључује и стране арбитра који не би неопходно били сматрани члановима правних институција у иностраној држави, јер исти члан даје аутономну дефиницију страног службеног лица не ослањајући се на дефиницију службеног лица из члана 112 ст. 3 ради допуне значења. Државне институције Републике Србије су навеле да би страни арбитри, такође, били покривени Законом о арбитражи, јер исти у свом члану 19. наводи да арбитри могу бити страни држављани. Ипак, GRECO евалуациони тим

¹⁰ Groupe of States against corruption, Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Republic of Serbia-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), Adopted by Greco at its 48 th Plenary Meeting (Strasbourg, 27 September – 1 October 2010), p. 16.

¹¹ Ibidem, p. 16.

сматра да се ова одредба у основи тиче могућности страног држављанина да поступа као арбитар у оквиру Закона о арбитражи, све док стране, на пример, не достигну споразум да конфликт реше у оквиру правила арбитраже Србије. Овакво стање ствари не испуњава захтеве члана 4. Додатног протокола, јер је концепт страног арбитра у оквиру Протокола везан за обављање функција „у оквиру националног закона о арбитражи било које друге државе“, зато, оно што преовлађује није националност арбитра, већ закон у оквиру кога он делује. Када се говори о страним поротницима, они су покривени само у оној мери у којој се сматрају „члановима правних институција у страниој држави“ (члан 112. (4) Кривичног законика). Ово није у сагласности са Додатним протоколом који криминализује дело давања/примања мита страних поротника без обзира на њихов статус у страниој јурисдикцији. GRECO евалуациони тим препоручује **предузимање неопходних законодавних мера којима би се обезбедило да страни арбитри и поротници буду покривени одредбама о подмићивању Кривичног законика у складу са Додатним протоколом Конвенције Кривичног закона о корупцији (ЕТС 191).**¹²

Када је у питању подмићивање у приватном сектору, чланови 367. став 6 и 368. став 5 Кривичног законика инкриминишу и када одговорно лице захтева или прими поклон или другу корист или прими обећање поклона или друге користи као и када је мито дато, обећано или понуђено одговорном лицу.¹³

GRECO евалуациони тим сматра да Кривични законик мора на недвосмислен начин да обухвати сва лица која управљају или раде у било ком својству у привредним друштвима. GRECO подсећа на чланова 7. и 8. Конвенције који јасно обухватају цео спектар лица која управљају или раде за, у било ком својству, ентитете приватног сектора (запослени који раде на одржавању, возачи, итд. (радници нижег ранга)). Представници Републике Србије су истакли да у судској пракси постоје случајеви који се односе и на запослене на нижем ступњу и предочиле једну коначну судску одлуку која се односила на радника у магацину који је осуђен за кривично дело примања мита. Имајући у виду изјаве стручњака са лица места и чињеницу да је упућено на само један пресуђен случај давања/примања мита када су у питању лица запослена на нижем рангу, GRECO евалуациони тим сматра да постоји опште неразумевање термина „одговорно лице“.

¹² Ibidem, p. 17.

¹³ У члану 112. Кривичног законика који даје значење израза употребљених у законнику наведено је да се одговорним лицем сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу, установи или другом субјекту којем је, с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења, поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова. Одговорним лицем сматра се и службено лице када су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у овом Законнику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица.

Стога, GRECO евалуациони тим препоручује да се на одговарајући начин разјасни да законодавство које се тиче давања/примања мита у приватном сектору покрива цео спектар лица која руководе или раде за, у било којој функцији, ентитете приватног сектора.

Даље, ГЕТ примећује да код кривичног дела давање мита у ст. 4 постоји посебан основ за ослобођење од казне ако је учинилац дело пријавио пре него што је сазнао да је оно откривено. Такође, у том случају поклон, односно друга корист могу се вратити лицу које је дало мито (ст. 6 члан 368). Овакво решење има за циљ охрабривање пријављивања случајева давања мита. GRECO евалуациони тим истиче да су овакве ситуације веома ретке у судској пракси и да тужиоци у таквим ситуацијама радије прибегавају примени члана 18. Кривичног законика који регулише дело малог значаја као основ који искључује противправност. GRECO прихвата чињеницу да се ради о факултативном основу за ослобођење од казне али доводи у питање могућност враћања поклона, односно друге користи даваоцу истог, па због тога препоручује **укидање могућности да се даваоцу мита који је кривично дело пријавио пре његовог откривања исти врати.**

На крају свог извештаја GRECO закључује да је након последњих измена и допуна Кривичног законика у великој мери постигнуто усаглашавање са Кривичноправном конвенцијом о корупцији. Ипак, мора се решити ограничен број прилично специфичних недостатака.

У смислу горе наведеног, GRECO евалуациони тим Републици Србији упућује следеће препоруке:

1. Предузимање неопходних законодавних мера којима би се обезбедило да кривично дело активног и пасивног подмићивања у јавном сектору покрива сва извршења/неизвршења током обављања функције службеног лица, било да се предузима службена или друга радња. (параграф 65);

2. Предузимање неопходних законодавних мера у циљу обезбеђивања тога да страни арбитри и поротници буду покривени одредбама о подмићивању Кривичног законика у складу са Додатним протоколом Конвенције о кривичном закону о корупцији (ЕТС 191) (параграф 67);

3. Потврдити на одговарајући начин да законодавство које се бави примањем/давањем мита у приватном сектору покрива цео спектар лица која руководе или раде, у било ком својству, за ентитете приватног сектора (параграф 68);

4. Укидање могућности код члана 368. (6) Кривичног законика, да се мито врати даваоцу истог уколико је случај пријавио пре него што је откривен (параграф 74).

GRECO евалуациони тим позива власти Србије да представе извештај о имплементацији горе поменутих препорука до 30. априла 2012. године.¹⁴

5. Најзначајније новеле у Кривичном законнику Црне Горе из 2010. и 2011. године које се односе на кривична дела против службене дужности

Искуство нашег суседа Републике Црне Горе може бити значајно у погледу заузимања коначног становишта о кривичном делу злоупотреба службеног положаја.

У анализи кривичног законодавства Републике Црне Горе акценат ћемо ставити на новеле Кривичног законика учињене 2010. (Сл. лист РЦГ, бр. 25/2010) и 2011. године (Сл. лист РЦГ, бр. 32/2011). Значајна интервенција у области кривичних дела против службене дужности учињена је, најпре, Законом о изменама и допунама КЗ РЦГ из 2010. године. У припреми тог текста пошло се од прибављених експертиза о усаглашености важећег Кривичног законика са међународним стандардима (Конвенцијама УН-а и Савета Европе као изворима међународног кривичног права). Осим оних новина које се тичу адекватнијег законског описа појединих кривичних дела (укључујући и терминолошка усклађивања), законом су уведене и нове инкриминације или су проширене криминалне зоне код постојећих.

Најзначајније новине тичу се раздвајања корупције у јавном и приватном сектору, као и злоупотребе положаја. Наиме, у области кривичних дела против службене дужности спроведена је концепција да извршилац ових кривичних дела може бити само службено лице, а не и одговорно лице (досадашње решење које није у том погледу правило разлику између службеног и одговорног лица, неприхватљиво је криминалополитички јер постоје значајне разлике између злоупотребе у области привредног пословања и злоупотребе службене дужности). Тако се одустало од анахроног решења наслеђеног из бившег југословенског кривичног права које је одговорно лице, пре свега с обзиром на овлашћења које је оно имало у вези са управљањем и располагањем друштвеном имовином, изједначавало са службеним лицем. У неким случајевима, када за то постоји криминалополитичко оправдање, уместо кривичних дела против службене дужности за која је било предвиђено да их могу учинити и одговорна лица у субјектима привредног пословања, предвиђена су одговарајућа кривична дела у глави кривичних дела против платног промета и привреде (нпр. злоупотреба положаја у привредном пословању). Злоупотреба положаја у привредном пословању је уведена уместо кривичног дела несавестан рад у привредном пословању. Наиме, то кривично дело је потпуно страно тржишно оријентисаној привреди у којој више не постоји друштвена својина, те га стога кривична законодавства европских земаља и не познају. Истим изменама

¹⁴ Groupe of States against corruption, Third Evaluation Round, Evaluation Report on the Republic of Serbia-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), Adopted by Greco at its 48 th Plenary Meeting (Strasbourg, 27 September – 1 October 2010), p. 22.

и допунама, у групу кривичних дела против службене дужности уведено је и ново кривично дело ситне преваре у служби, проновере и послуге (члан 421а КЗ). Противзаконито посредовање је променило назив у противзаконит утицај (у складу са Кривичноправном конвенцијом о корупцији) и раздвојено на два кривична дела тј. његов активни и пасивни облик. У складу са спровођењем концепције која раздваја корупцију у јавном и приватном сектору, у групу кривичних дела против платног промета и привредног пословања, унета су и два нова кривична дела која се односе на корупцију у приватном сектору, а то су противправно примање поклона (члан 276а КЗ) и противправно давање поклона (члан 276б), уместо кривичних дела примање мита (које остаје резервисано само за службено лице као извршиоца) и давање мита код којег се мито даје службеном лицу (а не и одговорном лицу).

Које су се дилеме јавиле ступањем на снагу Закона о изменама и допунама Кривичног законика РЦГ из 2010. године?

Почећемо од прецизирања одредбе којом се регулише злоупотреба службеног положаја. Код субјективне злоупотребе службеног положаја (искоришћавање службеног положаја или овлашћења) унет је атрибут "противправно". Одмах треба истаћи да се не ради о елементу бића кривичног дела већ је то учињено да се нагласи општи елемент противправности (нпр. као код противправног лишења слободе). Овде се службени положај не користи у границама предвиђеним правом и ради остваривања циљева службе, већ ради остваривања неких противправних циљева. У ствари, на тај начин је наглашен општи елемент противправности који мора бити остварен код сваког кривичног дела, а овде је унет да прецизира овај облик радње извршења (Стојановић, 2010:803). Искоришћавање службеног положаја је противправно када је вршење службене дужности усмерено на остваривање противправног циља. У ствари, искоришћавање службеног положаја је увек противправно онда када је усмерено на остваривање последице овог кривичног дела.¹⁵ Дакле, не треба у сваком сваком посебном случају тражити конкретне прописе према којима постоји противправно поступање службеног лица као што неки у теорији и пракси мисле.

Даље, поставило се питање какав је однос између злоупотребе службеног положаја и новог дела из члана 272. КЗ-а (злоупотребе положаја у привредном пословању). Прво, треба истаћи да постоји континуитет између новог дела и злоупотребе службеног положаја којим је пре измена и допуна било обухваћено и одговорно лице. Дакле, ако је неко одговорно лице извршило кривично дело злоупотреба службеног положаја пре измена и допуна, а у време када му се суди на снази је нова одредба неприхватљиво би било ослободити од оптужбе оптуженог образлажући свој став да данас када важи нови закон тај став где је предвиђена одговорност одговорног лица је брисан и више не постоји. Једино

¹⁵ Ibidem.

што треба учинити је проценити који је закон блажи, повољнији за учиниоца. У односу на раније решење ово ново кривично дело значајно сужава криминалну зону што има своје криминалополитичко оправдање јер се одговорно лице и службено лице по свом положају и природи овлашћења које имају значајно разликују, те се ни њихове злоупотребе не могу исто третирати (код злоупотребе службеног положаја последица је прибављање себи или другоме користи, другом наношење штете или тежа повреда права другог, а код злоупотребе положаја у привредном пословању последица је прибављање себи или другоме противправне имовинске користи или проузроковање имовинске штете). Код одговорног лица се у неким случајевима, имајући у виду делатност коју обављају, то не би ни могло сматрати злоупотребом. На пример стицање било какве користи од стране службеног лица за себе или другог искоришћавањем свог службеног положаја заслужује кривичноправну интервенцију, док код одговорног лица под одређеним условима, то може бити легитиман циљ обављања одређене привредне делатности и вршења овлашћења које одговорно лице у тој делатности има.

Треће, ст. 2 чланом 272. уведена је проневера у привредном пословању. Основно питање које се овде поставља је разграничење са проневером из групе кривичних дела против службене дужности. Проблем је што 2010. године законодавац није био доследан када је хтео да спроведе концепцију раздвајања службеног и одговорног лица која је иначе, оправдана. Омашка законодавца је у томе што је, тада, кривично дело проневере оставио непромењено, па се као извршилац могло јавити било које лице, па и одговорно лице. Однос ова два дела био би јасан да је проневера остала резервисана само за службена лица као извршиоце. Дакле, ово је један од разлога за измене и допуне из јуна 2011. године. Док, ове нове измене нису ступиле на снагу однос између ова два дела решавао се по принципу специјалитета. Па када се ради о проневери у привредном пословању коју је извршило одговорно или неко друго лице, постојаће привидни идеални стицај тј. постојаће само кривично дело из става 2 члана 272.

Разлози који оправдају измене и допуне кривичног законодавства из јуна 2011. године су недоследно спровођење концепције која раздваја корупцију у јавном и приватном сектору, као и отклањање неких правно-техничких недостатака.

Да кренемо од проневере, пошто смо са њом и завршили у претходној тачки.

У члану 420. став 1 је измењен па уместо “ствари које су му поверене у служби или на раду у државном органу, привредном друштву, установи или другом субјекту или радњи” сада стоји “државном органу, установи или другом субјекту који се не бави привредним пословањем” (зато што постоји посебан облик у члану 272. став 2). Интенција законодавца је да субјекти при-

вредног пословања који имају јавна овлашћења остану извршиоци кривичног дела проневере (кривична дела против службене дужности).

Даље, у групи кривичних дела против службене дужности у складу са препорукама GRECO отклањају се неподударности у терминологији која се користи поготово код “коруптивних” кривичних дела (примање и давање мита, трговина утицајем). Негде се користио термин поклон или друга корист, негде се упућивало на имовинску корист (члан 276б и 422). Предложене измене и допуне у свим члановима на које се односе GRECO препоруке користе термин “поклон или друга корист” у кривичним делима подмићивања (члан 276а, 276б, 423, 424) и трговине утицајем (члан 422. и 422а). Код кривичног дела “противзаконити утицај” била је направљена разлика између прве две радње извршења и треће радње извршења у погледу “друге користи”, односно друге имовинске користи (ко захтева или прими *награду или другу имовинску корист* или прихвати обећање *награде или друге користи* за себе или другог ...). Имајући у виду одредбу става 3 као и одредбе којима је прописано кривично дело навођења на противзаконити утицај, као и кривична дела примања и давања мита, није било разлога да се само на једном месту захтева имовинска корист, док је у осталим случајевима довољна “корист” што значи било каква, па и неимовинска корист (Стојановић, 2010:815). Овде треба нагласити да је код кривичних дела примање мита у привредном пословању и давање мита у привредном пословању потребно нагласити да се ради о противправној користи јер прибављање користи која није противправна у привредном пословању може да има своје оправдање (нпр. ако изведете на ручак пословног партнера).

Изменама и допунама КЗ-а, такође у складу са препорукама GRECO, код кривичних дела подмићивања и трговине утицајем додато је и извршење ових кривичних дела преко посредника (нпр. код примања мита сада стоји “службено лице које непосредно или посредно...”) што је иначе предвиђено и у Конвенцији УН и Кривичноправнох конвенцији Савета Европе. У вези са тим истичемо мишљење GRECO да опште одредбе о саучесништву нису довољна гаранција у овом случају.

Код подмићивања у јавном сектору (члан 423. и 424), такође, отклањају се примедбе GRECO у односу на врсту радње која се може извршити или не извршити од стране службеног лица тј. према раније важећем Кривичном законнику радње морају бити “у оквиру службеног овлашћења”. То би у пракси значило да чињења или нечињења која не спадају у службена овлашћења, или законом утврђене надлежности службеног лица, а које он може да изврши због функције коју обавља, не би биле директно обухваћена одредбама о подмићивању. Сада се користи формулација “службена или друга радња” код подмићивања у јавном сектору.

Закључна разматрања

У последњем периоду могу се чути предлози да се кривично дело злоупотреба службеног положаја укине, јер се кривичноправна заштита може постићи и другим инкриминацијама из ове групе (несавестан рад у служби, примање мита...). Стоји чињеница да наша судска пракса често узима да постоји ово кривично дело не упуштајући се озбиљно у питање да ли су остварени и елементи бића неког другог кривичног дела. Међутим, разлози у прилог ове инкриминације су бројни.

Прво, Конвенција УН-а против корупције садржи слично кривично дело у члану 19. Што указује да од њега не треба одустати већ само испоштовати правило да се ту ради о општем кривичном делу из ове групе, па ако су остварени елементи неког другог кривичног дела онда постоји само то друго дело. Исти међународни документ чак предлаже да се размотри увођење у кривично законодавство новог кривичног дела "незаконито богаћење", уколико то није у супротности са уставно-правним поредком земље потписнице (Коларић, 2005:567).¹⁶ Од бивших република СФРЈ једино је Македонија увела то кривично дело. Основно дилема је код формулације овог кривичног дела је да ли посебно издвојити категорије лица које могу одговорати за ово кривично дело или да то буде свако лице. Раније је постојао Закон о испитивању порекла имовине, па би нова инкриминација подсећала на неке његове одредбе.

Друго, GRECO није тражио изричито укидање овог кривичног дела.

Треће, на примеру држава у окружењу видимо да се проблем са овим кривичним делом може боље превазићи изменама кривичног законодавства. Новеле Кривичног законика треба да иду у правцу раздвајања корупције у јавном и приватном сектору, као и злоупотребе положаја. Наиме, у области кривичних дела против службене дужности треба спровести концепцију да извршилац ових кривичних дела може бити само службено лице, а не и одговорно лице (садашње решење које не прави разлику између службеног и одговорног лица, видели смо да је неприхватљиво јер је јасно да постоје велике разлике између злоупотребе у области привредног пословања и злоупотребе службене дужности). Треба одустати, код инкриминације којом се одређује злоупотреба службеног положаја, само од дела које је одговорно лице, пре свега с обзиром на овлашћења које је оно имало у вези са управљњем и располагањем друштвене имовине, изједначавало са службеним лицем. У неким случајевима, када за то постоји криминалнополитичко оправдање, уместо кривичних дела про-

¹⁶ Кривично дело које учини јавни функционер а састоји се у незаконитом богаћењу тј. знатном увећењу имовине које он не може разумно објаснити с обзиром на његова законита примања (члан 20. Конвенције УН-а).

тив службене дужности за која је било предвиђено да их могу учинити и одговорна лица у субјектима привредног пословања, треба предвидети одговарајућа кривична дела у глави кривичних дела против привреде (нпр. злоупотреба положаја у привредном пословању). Требало размислити о декриминализацији кривичног дела несавестан рад у привредном пословању јер се ради о кривичном делу које је потпуно страни тржишно оријентисаној привреди у којој више не постоји друштвена својина, те га стога кривична законодавства европских земаља и не познају. Уместо њега могло би се увести ново кривично дело где би се као учинилац појавило одговорно лице и где би се инкриминисало стицање противправне имовинске користи од стране истог.

После таквих измена и допуна могло би се поставити питање какав је однос између злоупотребе службеног положаја из групе кривичних дела против службене дужности и новог дела нпр. злоупотребе положаја у привредном пословању. Прво, треба истаћи да би постојао континуитет између новог дела и злоупотребе службеног положаја којим је пре измена и допуна било обухваћено и одговорно лице. Дакле, ако је неко одговорно лице извршило кривично дело злоупотреба службеног положаја пре измена и допуна, а у време када му се суди на снази је нова одредба неприхватљиво би било ослободити од оптужбе оптуженог образлажући свој став да данас када важи нови закон тај став где је предвиђена одговорност одговорног лица је брисан и више не постоји. Једино што треба учинити је проценити који је закон блажи, повољнији за учиниоца.

Ново кривично дело би вероватно значајно сузило криминалну зону што би имало своје криминалополитичко оправдање јер се одговорно лице и службено лице по свом положају и природи овлашћења које имају значајно разликују, те се ни њихове злоупотребе не могу исто третирати (код злоупотребе службеног положаја последица је прибављање себи или другоме користи, другом nanoшење штете или тежа повреда права другог, а код злоупотребе положаја у привредном пословању последица је прибављање себи или другоме противправне имовинске користи или проузроковање имовинске штете). Код одговорног лица се у неким случајевима, имајући у виду делатност коју обављају, то не би ни могло сматрати злоупотребом. На пример стицање било какве користи од стране службеног лица за себе или другог искоришћавањем свог службеног положаја заслужује кривичноправну интервенцију, док код одговорног лица под одређеним условима, то може бити легитиман циљ обављања одређене привредне делатности и вршења овлашћења које одговорно лице у тој делатности има.

Четврто, у кривичноправној теорији се недвосмислино указује да је потребно да ово кривично дело остане у Кривичном законнику. Како се истиче то неће спречити кажњавање за посебне деликте и није реално једно дело исцекати тако да као кривична дела буду прописани апсолутно сви појединачни поступци уперени против службене дужности (Рисимовић, 2010:136). Такође,

поједини аутори врло јасно и прецизно указују на границе кажњавања и могућег субјекта овог кривичног дела (Стојановић, 2010:804).

Лаичке изјаве да ће се злоупотреба службеног положаја укинути за две, три године када постане беспредметно њено постојање у КЗ-у су криминалнополитички дубиозне, а поготово тврдња да се то сада не може учинити јер постоји велики број кривичних поступака за ова кривична дела. Као што је објашњено, континуитет би постојао увођењем новог кривичног дела и то не би допринело стварању збуњујуће ситуације, бар код оних који се озбиљно баве кривичним правом.

ЛИТЕРАТУРА

- Vaisen, Z. (1995). Борба против корупције и учешће маса у Кини, *Seventh International Anticorruption Conference*, Beijing, China, October 6-10.
- Бошковић, М. (2004). Методика откривања и доказивања кривичних дела корупције. *Безбедност*, Београд, бр. 1, стр. 8-20.
- Коларић, Д. (2005). Међународни стандарди у области борбе против корупције и национално кривично законодавство, *Зборник радова "Организовани криминалитет-стање и мере заштите"*, Београд: Полицијска академија.
- Корупција-проблеми и превазилажење проблема* (2010). Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.
- Perez, C. L. (2005). *Derecho penal - Parte especial. Madrid.***
- Рисимовић, Р. (2010). Злоупотреба службеног положаја, *Наука- Безбедност- Полиција*, бр. 1, Београд: Криминалистичко-полицијска академија.
- Стојановић, З. (2007). *Коментар Кривичног законика*, Београд: Службени гласник.
- Стојановић, З., & Коларић, Д. (2010). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Београд: Правни факултет.
- Стојановић, З. (2010). *Коментар Кривичног законика*, Подгорица: Мисија OSCE у Црној Гори.
- Überhofen, M. (1999). Казненоправно сузбијање корупције. *Избор*, Загреб, бр. 4, стр. 317-323.

Документа и извештаји:

Criminal Law Convention on Corruption,ETS 173.

Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 191),
Explanatory Report.

Criminal Law Convention on Corruption,ETS 173, 1999, Explanatory report.

Group of States against corruption, Third Evaluation Round, Evaluation Report on
the Republic of Serbia-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), Adopted
by Greco at its 48 th Plenary Meeting (Strasbourg, 27 September – 1 October
2010).

Group of States against corruption, Third Evaluation Round, Evaluation Report
on the Republic of Montenegro-Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2),
Adopted by Greco at its 49 th Plenary Meeting (Strasbourg, 29 November – 3
December 2010).

United Nations Convention against Corruption, The Convention was adopted by
the General Assembly of the United Nations on 31 October 2003 at United
Nations Headquarters in New York.

MISCONDUCT IN OFFICE

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Summary

With the necessity to regulate corruption offences deal many international documents ratified by the Republic of Serbia which, therefore, has accepted the obligation to harmonize its relevant legislation with international standards. This paper addresses the issue of misconduct in office as a criminal offence de lege lata and de lege ferenda with a special view to international sources. In that context, a great deal of attention is paid to the GRECO Third Round Evaluation Report on the Republic of Serbia – incriminations (ETS 173 and 191). The paper also presents how the Criminal Code of the Republic of Montenegro addresses this issue, especially its changes concerning criminal offences against official duties introduced in 2010 and 2011 which differ significantly from those included in the criminal codes of other countries in the region.

Keywords: *corruption, criminal offence, misconduct in office, official person, responsible person, Criminal Code of the Republic of Serbia, international documents, Criminal Code of the Republic of Montenegro.*

DELIKTI SEKSUALNOG ISKORIŠĆAVANJA I SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA DJECE U CRNOGORSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU I MEĐUNARODNI STANDARDI

Prof. dr Velimir Rakočević*

Apstrakt: Ovaj rad stavlja u fokus razmatranje seksualnih delikata na štetu djece i maloljetnika. Imajući u vidu da seksualno iskorišćavanje i zlostavljanje djece predstavlja napad na psihofizički integritet žrtve i da izaziva teške i dugotrajne negativne posljedice veoma je važno pravnu regulativu usaglasiti sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti. Za potrebe ovog rada izvršena je pravna analiza relevantnih odredbi crnogorskog krivičnog zakonodavstva i njihova komparacija sa međunarodnim dokumentima u ovoj oblasti

1. Uvodna razmatranja

Poznavanje specifičnosti razvoja i funkcionisanja djece u odnosu na odrasle otvorilo je nove mogućnosti reagovanja društva na brojne oblike napada na seksualni integritet ovih osoba. Pravni okvir ne može biti sveden samo na krivično pravne odredbe kojima se ne može u cjelini regulisati ova vrlo osjetljiva oblast u svim dimenzijama. Da bi se integralno sagledala naznačena problematika bilo bi neophodno analizirati i odredbe drugih pravnih propisa u Crnoj Gori kao što je Ustav, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Zakon o zaštiti svjedoka, Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, Porodični zakon i sl., što ovom prilikom nije urađeno jer bi značajno prevazišlo obim rada. Viktimizacija pasivnog subjekta u periodu odrastanja može ostaviti razorne posljedice na psihofizički integritet žrtve. Da bi se žrtvi pomoglo da prevlada proces viktimizacije neophodno je pružiti pomoć i podršku kako neposredno ugroženoj osobi tako i drugim članovima porodice koji egzistiraju u istom socijalnom prostoru, što nesporno zahtijeva multidisciplinarni pristup.

Imajući u vidu visoku tamnu brojku ovih delikata, ne mogu se prihvatiti oficijelni statistički podaci da seksualni delikti na štetu djece nijesu u većem obimu zastupljeni u ukupnom kriminalitetu, iz prostog razloga što statistika evidentira samo registrovani kriminalitet. Usljed teških i trajnih posljedica po život i zdravlje djece

* Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет - УЦГ, Подгорица.

krivična djela iz kataloga inkriminacija seksualnog kriminaliteta uzrokuju ne samo uznemirenje javnosti već izazivaju dugotrajne negativne posljedice i na članove porodica oštećenih osoba. Od unutrašnjih propisa u radu su posebno analizirane sve inkriminacije iz oblasti zaštite djece od različitih oblika zlostavljanja i eksploatacije, i izvršeno poređenje sa odredbama Konvencije UN o pravima djeteta, Konvencije SE o zaštiti djece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja i sl. Crna Gora je 2010. godine donijela Zakon o potvrđivanju Konvencije Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja, dok je u prethodnim državnim aranžmanima ratifikovala Konvenciju UN o pravima djeteta, kao i sve druge relevantne konvencije u ovoj oblasti.¹

2. Etiologija i fenomenologija seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja djece

Istražujući etiološke činioce seksualnog zlostavljanja djece fokusiramo se na detekciju i eliminaciju faktora rizika od ovih oblika delinkvencije, s jedne strane, i amplifikaciju faktora koji reduciraju dejstvo činilaca rizika, odnosno obezbjeđuju zaštitu od ubrzavajućih faktora, s druge strane. Analizirajući brojna istraživanja posljednjih decenija u ovoj oblasti možemo identifikovati najčešće profile djece koja su izložena seksualnoj eksploataciji i zlostavljanju. Na prvom mjestu po učestalosti identifikovane su emocionalne deficijencije djece, od kojih dominira emocionalna nezrelost. Navode se podaci da su pojedina seksualno zlostavljana djeca bila mentalno zaostala, dok je jedan broj njih bio neurološki oštećen. Znatno broj djece pokazivao je zastoj u lingvističkom razvoju kao i tipično depresivno ponašanje sa niskim nivoom samopoštovanja i samouvažavanja. Treba naglasiti da su seksualno zlostavljana i seksualno iskorišćavana djeca pokazala slabije rezultate na testovima inteligencije, dok se jedan broj djece isticao po destruktivnom ponašanju. Zapaža se neadekvatna komunikacija djeteta sa drugim članovima porodice i to najčešće sa roditeljima što ukazuje na njihovu alijenaciju ne samo u odnosu na već i na šire okruženje. Svako odsustvo neophodne porodične atmosfere ukazuje na nerazumijevanje potreba djeteta od strane roditelja posebno onih koji nemaju razvijene roditeljske vještine. Naznačeni faktori su višestruko empirijski potvrđeni i predstavljaju zajedničke činioce za najveći broj poremećaja psihofizičkog integriteta djece. Ipak, treba istaći da asocijalno ponašanje djeteta može da upućuje na seksualno zlostavljanje ali se ne može egzaktno utvrditi da li je takvo ponašanje uzrok ili posljedica nekog od oblika seksualnog zlostavljanja djeteta.

Kriminološka istraživanja pokazuju da veliki broj izvršilaca ovih delikata pripada osobama muškog pola i to pretežno mlađim starosnim kategorijama. U okviru

¹ Pored naznačenih međunarodnih dokumenata analizirane su i odgovarajuće odredbe Konvencije SE o borbi protiv trgovine ljudima, Varšava, 2005, Konvencije o visokotehnoškom kriminalitetu, Budimpešta, 2001, i sl.

te strukture razlikujemo grupu izvršilaca koji u svom ponašanju ne pokazuju simptome poremećaja ličnosti, kao i grupu delinkvenata koji imaju obilježja psihopata sa tendencijom seksualne devijacije. Najčešće se radi o frustriranim osobama koje nijesu u mogućnosti da na konformistički način savladaju probleme, koje reaguju agresivno ugrožavajući polni integritet žrtve. Motivi izvršenja delikata nijesu samo zadovoljenje seksualnog nagona već i nanošenje žrtvi fizičkog i psihičkog bola. Od tipičnih obilježja ističu se egoizam i emocionalna bezosjećajnost, nedostatak kontrole nad nagonima, okrutno ponašanje i sl.

Istraživanja nedvosmisleno ukazuju da se u svijetu više miliona djece godišnje seksualno zlopotrebljava, a samo mali broj delinkvenata je prijavljen. Smatra se da je tamna brojka naročito velika kada je izvršilac u srodstvu sa žrtvom. Članovi porodice i kad su upoznati sa događajem ne podnose prijavu iz straha, stida, pogrešne lojalnosti prema izvršiocu ili zbog bojazni od niza komplikacija koje bi mogle nastati u odnosima između članova porodice.

Od brojnih oblika seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja djece Konvencija SE o zaštiti djece od seksualne eksploatacije ukazuje se na sljedeće fenomenološke forme:

- Seksualne aktivnosti sa djetetom uz upotrebu sile, prijetnje ili prinude,
- Seksualne aktivnosti sa djetetom zlopotrebom povjerenje, autoriteta ili uticaja,
- Seksualne aktivnosti sa djetetom zlopotrebom djetetovog ranjivog stanja, a posebno psihičkog i fizičkog invaliditeta,
- Seksualne aktivnosti sa licem koje nije navršilo 14 godina života,
- Uključivanje djeteta u prostituciju i navođenje djeteta na učestvovanje u prostituciji,
- Primoravanje djeteta na prostituciju i sticanje koristi od toga ili iskorišćavanje djeteta u takve svrhe na drugi način,
- Korišćenje usluga dječje prostitucije,
- Proizvodnja dječje pornografije,
- Nuđenje i stavljanje na raspolaganje dječje pornografije,
- Distribucija ili prenos dječje pornografije,
- Nabavljanje dječje pornografije za sebe ili drugu osobu,
- Posjedovanje dječje pornografije,
- Svjesno ostvarivanje pristupa dječjoj pornografiji upotrebom informaciono-komunikacionih tehnologija,
- Uključivanje djeteta da učestvuje u pornografskim nastupima ili navođenje djeteta da učestvuje u takvim nastupima,

- Primoravanje djeteta da učestvuje u pornografskim nastupima ili sticanje koristi od takvih nastupa,
- Svjesno prisustvovanje pornografskim nastupima u kojima učestvuju djeca,
- Smišljeno ponašanje koje uzrokuje da dijete prisustvuje seksualnom zlostavljanju i seksualnim aktivnostima iako u njima ne učestvuje,
- Vrbovanje djeteta u seksualne svrhe.²

3. Krivično zakonodavstvo Crne Gore i međunarodni standardi³

Krivična djela koja regulišu zaštitu djece od seksualnog zlostavljanja i seksualne eksploatacije predviđena su i glavi XVIII KZ koja obuhvata grupu krivičnih djela protiv polne slobode i glavi XXXV koja obuhvata krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Zakon o izmenama i dopunama KZ iz 2011. godine donosi značajne novine kod krivičnog djela prikazivanje pornografskog materijala djeci i proizvodnja i posjedovanje dječje pornografije a u čl. 211 a propisuje novo krivično djelo. Navođenje maloljetnog lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode.

3.1. Silovanje (Čl. 204 KZ CG)

Osnovni oblik ovog krivičnog djela sastoji se u prinudi na obljudu ili sa njom izjednačen čin upotrebom sile ili prijetnjom da će se neposredno napasti na život ili tijelo tog ili drugog lica. Biće ovog delikta u potpunosti korespondira sa rješenjima prihvaćenim u evropskom krivičnom zakonodavstvu, prema kojima i izvršilac i žrtva mogu biti lica oba pola, dok radnja izvršenja osim obljudbe obuhvata i sa njom izjednačen čin. Krivično djelo ima dva teža oblika koji se razlikuju prema propisanoj kazni. Teži oblik iz st. 3 obuhvata kvalifikatorne okolnosti kao što su nastupanje teške tjelesne povrede pasivnog subjekta, zatim ako je djelo izvršeno od strane više lica ili ako je izvršeno na naročito svirep ili ponižavajući način ili je djelo izvršeno prema maloljetniku ili je imalo za posljedicu trudnoću. U stavu 4 predviđen je najteži oblik koji postoji u slučaju nastupanja smrti ili ako je djelo izvršeno prema djetetu.

U čl. 34 tač. (a) navođenje i prisiljavanje djeteta da učestvuje u nezakonitim seksualnim aktivnostima, Konvencije UN o pravima djeteta predviđena je zaštita djeteta od svih oblika seksualnog izrabljivanja i seksualne zloupotrebe.

Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja u čl. 18 st. 1 tač. b koji obuhvata krivična djela seksualnog

² Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualne eksploatacije.

³ Zakonik je objavljen u „Službenom listu RCG”, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006 i „Službenom listu CG”, br. 40/2008 i 25/2010.

zlostavljanja predviđa kao krivično djelo upražnjavanje seksualnih aktivnosti sa djetetom uz prinudu, silu ili prijetnju.

Analizom naznačenih odredbi konvencija i domaćeg zakonodavstva dolazi se do zaključka da je najteže krivično djelo protiv polne slobode djeteta a to je silovanje propisano crnogorskim krivičnim zakonodavstvom kompatibilno sa međunarodnim standardima u svim elementima konkretizacije posebnih elemenata zločina uključujući preciziranje pojma prinude kao i najteži oblik koji se odnosi na prinudu na obljudu djeteta.

3.2. Obljuba nad nemoćnim licem (Čl.205 KZ CG)

Krivično djelo obuhvata obljudu ili sa njom izjednačen čin nad drugim licem pri čemu učinilac koristi duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, drugu duševnu poremećenost, nemoć ili kakvo drugo stanje tog lica usljed kojeg ono nije sposobno za otpor. Krivično djelo ima i dva kvalifikovana oblika od kojih prvi obuhvata nastupanje teške tjelesne povrede pasivnog subjekta, ako je djelo izvršeno od strane više lica, ili ako je izvršeno na naročito svirep i naročito ponižavajući način, ili ako je izvršeno prema maloljetniku ili je imalo za posljedicu trudnoću, dok najteži oblik postoji u slučaju nastupanja smrti pasivnog subjekta ili ako je djelo izvršeno prema djetetu.

U čl. 18 st. 1 tač. b u grupi inkriminacija seksualnog zlostavljanja djece Konvencije Savjeta Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualne eksploatacije predviđeno je krivično djelo upražnjavanja seksualnih aktivnosti sa djetetom zloupotrebom djetetovog izuzetno ranjivog stanja, naročito usljed duševnog ili fizičkog invaliditeta ili zavisnog položaja.

Analizom citiranih odredbi mađunardnog i unutrašnjeg prava dolazi se do zaključka da je krivično djelo obljudba nad nemoćnim licem propisano u crnogorskom zakonodavstvu kompatibilno sa ovom inkriminacijom propisanom čl. 18 st. 1 tač.b Konvencije SE, imajući u vidu da je najteži oblik delikta ukoliko je izvršen na štetu djeteta (čl. 205 st.3 KZ CG). Nemoćno lice nije sposobno za pružanje otpora a obljudba se vrši iskorišćavanjem nekog od prethodno navedenih stanja.

3.3. Obljuba sa djetetom (Čl. 206 KZ CG)

Krivično djelo u osnovnom obliku zabranjuje vršenje obljudbe ili sa njom izjednačenog čina sa djetetom. U crnogorskom krivičnom pravu pod djetetom se smatra lice koje nije navršilo 14 godina života. Lica uzrasta od 14 do 18 godina smatraju se mlađim, odnosno starijim maloljetnicima. Teži oblici krivičnog djela postoje ukoliko je usljed obljudbe ili s njom izjednačenog čina nastupila teška tjelesna povreda djeteta prema kojem je djelo izvršeno ili je delikt izvršeno od strane više osoba ili je

djelo imalo za posljedicu trudnoću, kao i ako je usljed izvršenja djela nastupila smrt djeteta. Predviđen je i osnov isključenja postojanja krivičnog djela ukoliko između učinioca i djeteta ne postoji značajna razlika u njihovoj duševnoj i tjelesnoj zrelosti.

U čl. 18 stav 2 Konvencije SE predviđeno je da svaka država ugovornica za potrebe regulisanja krivičnih djela seksualnog zlostavljanja precizira starosnu granicu djeteta ispod koje je zabranjeno upuštati se u seksualne radnje sa djetetom. Niko razuman ne može sporiti neophodnost sankcionisanja seksualnih radnji prema osobama koje nijesu dosegle potreban nivo psihičke i fizičke razvijenosti za stupanje u seksualne odnose.

Crnogorsko zakonodavstvo je utvrdilo donju starosnu granicu a to je 14 godina kao prosječno starosno doba u kome većina pojedinaca dostiže polnu zrelost zbog čega su inkriminisane seksualne aktivnosti u odnosu na djecu imajuću u vidu višestruke negativne posljedice od stupanja u seksualne odnose prije četrnaeste godine života. I kod ovog delikta postoji usaglašenost crnogorskog zakonodavstva sa međunarodnim standardima.

3.4. Obljuba zloupotrebom položaja (Čl.207 KZ CG)

Osnovni oblik ovog krivičnog djela sastoji se u navođenju na obljubu ili sa njom izjednačen čin lica koje se prema učiniocu nalazi u odnosu podređenosti ili zavisnosti, pri čemu navođenje ne smije obuhvatati prinudu. Teži oblik pripisan u st. 2 postoji ukoliko nastavnik, vaspitač, staralac, usvojlac, roditelj, očuh, maćeha ili drugo lice koje zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin sa maloljetnikom koji mu je povjeren radi učenja, vaspitavanja, staranja ili njege. U st. 3 propisan je takođe teži oblik ovog krivičnog djela ukoliko je učinjeno prema djetetu pri čemu umišljaj učinioca mora da obuhvati kvalifikatornu okolnost, tj. da se radi o licu koje nije navršilo 14 godina, dok je u st. 4 predviđeno da prethodna tri oblika imaju teži oblik u slučaju da su za posledicu imala trudnoću. Najteži oblik propisan je u st. 5 koji postoji ukoliko je usljed obljube nad djetetom nastupila smrt djeteta.

U čl. 18 st.1 tač. b Konvencije SE o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja propisan je kao jedan od oblika seksualnog zlostavljanja djece i upražnjavanje seksualnih aktivnosti sa djetetom koje prema odredbama domaćeg zakona nije u zakonskom starosnom dobu za stupanje u seksualne odnose zloupotrebom povjerenja, autoriteta, i uticaja koje učinilac ima u odnosu na dijete uključujući takvo ponašanje i unutar porodice.

Imajući u vidu sve relevantne elemente konkretizacije posebnih elemenata ovog krivičnog djela a posebno radnje izvršenja, pasivnog subjekta, teže oblike i eksplicitno naznačenog izvršioca u st. 2 utisak je da je i ova inkriminacija u saglasnosti sa odgovarajućim odredbama Konvencije SE o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.

3.5. Nedozvoljene polne radnje (Čl.208 KZ CG)

U crnogorskom zakonodavstvu krivično djelo nadozvoljene polne radnje sa drži elemente krivičnih djela iz čl. 204-207 i one su kažnjive samo ako su ostvareni svi elementi nekog od tih krivičnih djela sa razlikom što je umjesto obljube ili sa njom izjednačenog čina radnja izvršenja neka druga polna radnja kojom izvršilac ispoljava svoj seksualni nagon. U pitanju su radnje kojima se krši seksualni moral.

Imajući u vidu odredbe čl. 33 Konvencije o pravima djeteta i odredbe čl.1 Konvencije SE o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja čija je svrha sprječavanje seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja djece, može se konstatovati da se propisivanjem ovog djela u crnogorskom zakonodavstvu, ukoliko se vrši prema djeci, na normativnom planu zabranjuje ugrožavanje tjelesnog i prihičkog integriteta djece žrtava nadozvoljenih polnih radnji što je u saglasnosti sa međunarodnim standardima

3.6. Podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (Čl.209 KZCG)

Prvi oblik ovog krivičnog djela obuhvata podvođenje maloljetnog lica radi vršenja obljube, sa njom izjednačenog čina ili druge polne radnje, dok se drugi oblik sastoji u omogućavanju vršenja obljube, sa njom izjednačenog čina ili druge polne radnje sa maloljetnim licem.

U čl. 34 st.1 tač. a Konvencije o pravima djeteta sankcionisano je navođenja djeteta da učestvuje u nezakonitim seksualnim aktivnostima.

Imajući u vidu opravdanost ove inkriminacije u crnogorskom zakonodavstvu čiji je cilj da se maloljetnim osobama pruži pojačana zaštita u oblasti seksualnih odnosa, dolazi se do zaključka da postoji usaglašenost sa Konvencijom o pravima djeteta.

3.7. Posredovanje u vršenju prostitucije (Čl. 210 KZ CG)

Biće ovog krivičnog djela obuhvata navođenje ili podsticanje drugog na prostituciju ili učestvovanje u predaji neke osobe drugome radi vršenja prostitucije ili putem sredstava javnog informisanja i drugih sličnih sredstava propagiranje ili reklamiranje prostitucije od strane učinioca. Teži oblik ovog krivičnog djela propisan je u stavu 2 u slučaju da je pasivni subjekt, odnosno žrtva maloljetno lice, tj. osoba koja nije navršila 18 godina. To obuhvata navođenje, podsticanje ili predaju radi prostitucije maloljetne osobe uključujući i reklamiranje i propagiranje prostitucije sa maloljetnim licem.

U čl. 19 Konvencije SE koji obuhvata krivična djela koja se odnose na dječju prostituciju predviđeni su sljedeći oblici inkriminacija:

a) Uključivanje djeteta u prostituciju i navođenje djeteta na učestvovanje u prostituciji,

b) Primoravanje djeteta na prostituciju ili sticanje koristi od toga ili iskorišćavanje djeteta u takve svrhe na drugi način,

c) Korišćenje usluga dječje prostitucije.

Analizom odredaba Konvencije i domaćeg zakonodavstva uočava se da krivično djelo posredovanje u vršenju prostitucije sadrži inkriminaciju iz čl.19 st.1 t.a.Konvencije SE, dok su tač. b i c pripisane krivičnim djelom trgovina ljudima (čl. 444 KZ CG).

3.8. Trgovina ljudima (Čl. 444 KZ CG)

Krivično djelo vrši onaj ko silom ili prijetnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, povjerenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, radi dobijanja saglasnosti od lica koje ima kontrolu nad drugim licem: vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, dovođenja u položaj sluge, vršenja kriminalne djelatnosti, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, radi oduzimanja dijela tijela za presađivanje ili radi korišćenja u oružanim sukobima. Ukoliko je radnja izvršenja preduzeta prema maloljetnom licu krivično djelo će postojati i kad izvršilac nije upotrijebio silu, prijetnju i sl., i onda kada radnja izvršenja nije preduzeta na način koji joj daje karakter radnje izvršenja ovog delikta. U st. 3-6 predviđeni su teži oblici ovog delikta koji postoje ukoliko je osnovno krivično djelo izvršeno na štetu maloljetnog lica, zatim ukoliko je nastupila teška tjelesna povreda, odnosno smrt pasivnog subjekta. Pripisana su i dva kvalifikovana oblika od kojih prvi obuhvata bavljenje trgovinom ljudima, dok drugi oblik postoji ako se trgovina ljudima vrši na organizovan način i od strane više osoba. U st. 7 propisan je lakši oblik koji vrši osoba koja koristi usluge osoba za koju zna da je protiv nje izvršeno krivično djelo trgovina ljudima. Ovo djelo ima kvalifikovani oblik ukoliko je izvršeno prema maloljetnoj osobi.

Analizom odredbi čl.19 st. 1 tač. b i c , i čl. 23 Konvencije SE zaključuje se da su u potpunosti saglasne sa odredbama čl. 444 KZ CG u dijelu krivičnopravnog regulisanja primoravanja djeteta na prostituciju ili sticanja koristi od te inkriminisane djelatnosti, odnosno korišćenja usluga dječje prostitucije, kao i vrbovanja djeteta u seksualne svrhe. Odredbe crnogorskog zakonodavstva su u saglasnosti i sa odredbama čl. 2, 3 i 4 Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta, o prodaji

djece, dječjoj prostituciji i pornografiji. Odredbe domaćeg zakonodavstva su kompatibilne i sa čl. 2, 3 4 i sl. Konvencije SE o borbi protiv trgovine ljudima.

3.9. Prikazivanje pornografskog materijala djeci i proizvodnja i posjedovanje dječje pornografije (Čl. 211 KZ CG)

Ovo krivično djelo čini onaj ko djetetu proda, prikaže ili javnim izlaganjem ili na drugi način učini dostupnim tekstove, slike, audiovizuelne ili druge predmete pornografske sadržine ili mu prikaže pornografsku predstavu, zatim, ko iskoristi maloljetnika za proizvodnju slika, audio-vizuelnih ili drugih predmeta pornografske sadržine ili za pornografsku predstavu, ko nabavlja, prodaje, prikazuje, prisustvuje prikazivanju, javno izlaže ili elektronski ili na drugi način čini dostupnim slike, audio-vizuelne ili druge predmete pornografske sadržine nastale izvršenjem djela, ili ko takve predmete posjeduje. Ukoliko je djelo izvršeno prema djetetu radi se o kvalifikovanom obliku. Ukoliko je djelo izvršeno upotrebom sile ili prijetnje takođe se radi o težem obliku. Predviđena je obaveza oduzimanja i uništenja predmeta krivičnog djela.

Naznačene odredbe u saglasnosti su sa odredbama čl. 20 i 21 Konvencije SE koje regulišu krivična djela koja se odnose na dječju pornografiju i učešće djeteta u pornografskim nastupim kao i sa relevantnim odredbama Konvencije o visokotehno-loškom kriminalitetu koju je Crne Gora ratifikovala.

3.10. Navođenje maloljetnog lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode (Čl. 211 a KZ CG)

Krivično djelo obuhvata navođenje djeteta da prisustvuje silovanju, obljudi ili sa njom izjednačenim činom ili drugoj nedozvoljenoj polnoj radnji. Ukoliko je djelo učinjeno prema maloljetniku upotrebom sile ili prijetnje radi se o težem obliku.

Odredbe ovog krivičnog djela saglasne su sa odredbama čl. 21 Konvencije SE.

Shodno čl. 125 KZ CG zastarijevanje krivičnog gonjenja za djelo učinjeno na štetu maloljetnog lica ne teče dok to lice ne navrši 18 godina, što je u skladu sa čl.33 Konvencije SE koji reguliše zakonsku zastaru.

4. Zaključak

Koncept pravne zaštite djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja u zakonodavstvu Crne Gore u znatnoj mjeri je kompatibilan sa međunarodnim standardima. Brojni međunarodni i nacionalni zakonski projekti donose se u cilju poštovanja dobrobiti i najboljeg interesa djeteta kako bi se osposobilo za

samostalan život. Međutim, evidentno je da se društvo suočava sa jednim ozbiljnim problemom - seksualnim iskorišćavanjem i seksualnim zlostavljanjem djece. Sistem krivičnopravne zaštite djece od svih oblika seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja treba da garantuje bezbjednost, pravilan razvoj i dobrobit svakog djeteta. Efikasan model rješavanja problema seksualne eksploatacije djece obuhvata i pravovremenu percepciju i razumijevanje ove problematike kroz integralni pristup. Osnovno pravo djeteta je pravo na život i razvoj. Stoga svi oblici zloupotreba kojima se ugrožava ili narušava psihički i fizički integritet djeteta predstavljaju povredu tog prava. Zbog toga je država dužna da zaštititi prava djeteta putem raznovrsnih aktivnosti od kojih krivičnopravna zaštita ima dominantnu ulogu.

5. Preporuke

1. Definiciju djeteta u crnogorskom krivičnom zakonodavstvu usaglasiti sa odredbom čl. 3 Konvencije SE (U čl. 3 Konvencije SE o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja pod djetetom se podrazumijeva svako lice mlađe od 18 godina. U čl. 142 Krivičnog zakonika Crne Gore djetetom se smatra lice koje nije navršilo 14 godina, dok se maloljetnim licem smatra osoba koja nije navršila 18 godina života).

2. U crnogorski Krivični zakonik uvesti mjeru bezbjednosti Zabрана približavanja i komunikacije sa oštećenim (Krivični zakonik Crne Gore ne poznaje mjeru bezbjednosti Zabрана približavanja i komunikacije sa oštećenim. Odredba čl. 31 Konvencije SE obavezuje države članice da obezbijede da se zaštite prava i interesi žrtava kao i njihovih posebnih potreba u ulozi svjedoka uključujući i onemogućavanje kontakta između žrtava i učinilaca na sudu ili u policiji).

3. Osnovati državni organ za prikupljanje i čuvanje podataka o identitetu i genetskom profilu lica osuđenih za krivična djela seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja djece (Crna Gore je 2008. godine donijela Zakon o zaštiti podataka o ličnosti i osnovala Agenciju za zaštitu ličnih podataka. Međutim odredbe čl. 37 Konvencije SE obavezuju svaku ugovornu stranu da preduzime potrebne mjere za prikupljanje i čuvanje podataka o identitetu i genetskom profilu lica osuđenih za krivična djela predviđena Konvencijom i odredi državni organ koji će biti nadležan za realizaciju naznačenih aktivnosti).

4. Inicirati donošenje Zakona o preventivnim mjerama prema učiniocima krivičnih djela seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja djece.

5. Značajno pooštriti kazne protiv izvršilaca krivičnih djela seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja djece.

6. Dosljedno implementirati relevantne odredbe međunarodnog i unutrašnjeg prava u oblasti zaštite djece od svih oblika seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.

7. Pojačati nacionalne kapacitete za prevenciju seksualne eksploatacije i zlostavljanja djece.

8. Unaprijediti mehanizme zaštite i reintegracije postojećih i potencijalnih žrtava seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja djece.

9. Formirati baze podataka o djeci žrtvama seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja.

10. Kreirati mehanizme zaštite privatnosti djece žrtava seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja.

Literatura

Durlak, J. A. (1995), *School based prevention programs for children and adolescents*, Thousand Oaks, CA: Sage.

Lundman, R. (1984), *Prevention and Control of Juvenile Delinquency*, Oxford University Press, New York, Oxford.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004), *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Obod, Cetinje.

Stojanović, Z. (2008), *Krivično pravo*, CID, Podgorica.

Stojanović, Z. (2010), *Komentar krivičnog zakonika Crne Gore*, OSCE, Podgorica.

Tomković, B. (1999), *Krivično pravo posebni dio*, PF, Podgorica.

Krivični zakonik Crne Gore objavljen u „Službenom listu RCG”, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006 i „Službenom listu CG”, br. 40/2008 i 25/2010.

Konvencije SE o zaštiti djece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja, Lanzarot, 2007.

Konvencije SE o borbi protiv trgovine ljudima, Varšava, 2005.

Konvencije o visokotehnološkom kriminalitetu, Budimpešta, 2001.

Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta, usvojena na Generalnoj skupštini UN, 20. novembra 1989.

Summary

This paper puts in focus the consideration of sexual misdemeanors damaging the children and minors. Regarding the fact that sexual using and molesting of children presents the attack of psychophysical integrity of victim and causes hard and long - term negative consequences, it's very important that the law instructions are harmonized with international standards in this area. For the purpose of this study legal analysis of the relevant instructions of Montenegrin legislation was carried out and their comparation whith international documents in this area.

УБИСТВО ИЗ СТРАСТИ ИЗМЕЂУ ПРИВИЛЕГОВАНОГ И КВАЛИФИКОВАНОГ УБИСТВА

Др Златко Николић*

Апстракт: У скоро свим кривичним законцима, па и у КЗ-у Србије, не постоје појмови привилегована и квалификована убиства, али ти појмови постоје у теорији кривичног права, односно, у уџбеницима кривичног права за студенте. Међутим, у кривичним законцима, али и у уџбеницима о кривичном праву не постоји појам ни термин убиство из страсти, иако се тај појам и термин повремено сусреће у образложењима пресуда починиоцима убиства, као мотив убиства. О чему се заправо ради и шта је разлог постојања те тријаде појмова, предмет је овог рада, односно, покушаја да се та тријада објасни са логичког, правног и психоаналитичког аспекта, будући да у реалном људском животу постоје и таква убиства.

Кључне речи: убиство из страсти, теорија, кривични законици, судска пракса, страсти у људском понашању

Увод у проблем

Постоји много појмова и за то пратећи термини који нису у сагласности, тј. неки термини не покривају појам у његовој суштини, па тај језички исказ нечега што желимо да дефинишемо или објаснимо доводи до заблуда. То је посебно случај са терминима који су некритички преузимани из неких страних језика, нарочито из енглеског језика због компјутера и другог, а те вештачке кованице као модернизам не доводе до суштине онога што желимо да објаснимо. Примера има безброј у свим областима живота и комуникације људи, али ми пре свега мослимо на важност језичког исказа или законика значења у нашим законима и уџбеницима за студенте.¹ Тешко је стога прихватити и још теже

* Др Златко Николић, виши научни сарадник, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд

¹ Дуго је, на пример, у нашој правној литератури о малолетничком преступништву коришћен термин “разбор”, јер га је као такав увео проф. О. Периф у једном свом раду из 1972. године. Такав термин, међутим, уопште не постоји у српском речнику, нити ишта значи, а посебно не малолетникову способност за расуђивање у време извршења кривичног дела који треба да покрива. Термин разборитост, наине, не може да се скрати на “разбор” и поготово не ако се он користи као превод енглеске речи “discernment” која значи разликовање или проициљивост.

објаснити зашто се језичким исказима или законуку значења у нашој правној литератури и у самим законима не придаје потребна важност, иако је сваком правнику јасно да између духа норме и слова норме постоје природне разлике. Управо зато законописци и законодавци морају да улажу напор да се те природне разлике не увећавају хотимице или нехотице, јер судије, адвокати и тужиоци не треба да тумаче законе, већ да их примењују (Бекариа, Ч. 1984).

Дух једне правне норме, како је познато, представља жељу законодавца да неки проблем у друштву регулише датом правном нормом. Међутим, ако језички исказ те жеље или воље законодавца није адекватан истој, односно, ако законописци не држе до кохерентности појмова и термина, онда тај законик значења не одражава дух те норме. Због тога и постоје различита схватања објективног тумачења правних норми и то као уже и шире (Благојевић, С. 1997, 100-101). За нас је најприхватљивије тзв. уже схватање објективног тумачења правних норми, по коме је право значење правне норме оно значење које она има по законуку значења и које јој, по томе, придаје друштво, а не њен творац. То другим речима значи да они на које се те норме односе (грађани) прихватају или одбацују само оно што је творац неке норме исказао, а не оно што је хтео да каже.

У логици је иначе познато да појам подруштљавања чињенице значи њен језички или неки други исказ, било да се ради о речима, симболима, гестовима или мимиком. При томе се подразумева да ни најбоља чињеница, налаз или решење неког проблема не значи ништа ако аутор не уме или не може да је подрушти, тј. да је учини разумљивом и прихватљивом и за друге. Будући да правне норме не могу другачије да буду исказане, осим речима, речник или језик исказа те норме мора бити кохерентан са вољом творца норме, односно, духом норме. Уколико је то другачије, како је то најчешће код нас и у нашим законима², онда је последица да су ти и такви закони и законици несхваћени, неприхватљиви и непримењени. Зато је, дакле, битно да правна норма не буде само било какав исказ онога што је творац норме хтео да каже, већ како је то казао, будући да он норму не пише за себе већ за друге.

Теорије кривичног права и уџбеници из којих то будући правници уче, према томе, морају да одражавају оно што у реалном људском животу постоји и третира се као дозвољено или недозвољено. Отуда, није јасно нити прихватљиво да се у уџбеницима кривичног права, бар када су убиства у питању, ти исти преступи различито језички исказују у односу на одреднице у кривичном законуку и судској пракси, односно, у образложењима пресуда за одређена убиства. Наш

² На жалост, наши “инфлаторни” закони и законици нису наши и не представљају хтење или вољу наших законодаваца, наше културе и нашег народа, већ наметнуту вољу страних култура и држава. Отуда безброј примера лоших превода или лоших копија туђих закона или законика, јер ми то, као, морамо да прихватимо из различитих разлога. Ти правни транспланти, пак, имају за последицу да су непримењиви и неприхваћени од оних на које се они односе, а “мртав” закон је гори од непостојећег.

Кривични законик, тако, према његовом језичком исказу, не познаје појмове привилеговано и квалификовано убиство, како га објашњавају теоретичари кривичног права у својим уџбеницима, али ни категорију убиства из страсти, како се у образложењима и објашњењима мотива за неко убиство сусреће у неким пресудама виших и апелационих судова, како се сада службено зову.

Како онда објаснити да постоје убиства из страсти у образложењима судских пресуда као мотив, а да таква квалификација није позната у КЗ-у, нити у уџбеницима кривичног права? Да ли у реалном људском животу ипак постоје и такви мотиви за убиства која, према свему, нису својствена животињама, да би се у пресудама описала као убиства из нискиих (животињских) побуда? Може ли, дакле, да се убиства из страсти подведу под категорију која је описана као безобзирна освета?

Квалификација убиства у кривичноправној теорији и пракси

Већ смо назначили у уводу да у нашем Кривичном законнику и уџбеницима кривичног права постоје различите квалификације убиства. У Кривичном законнику су тако сва убиства подељена на: обично убиство, тешко убиство, убиство на мах, убиство детета при порођају, лишење живота из самилости и нехатно лишење живота.³ Законик, при томе, не дефинише да ли су нека убиства “квали-фикована” или “привилегована”, како то, на пример, скоро сви аутори објашњавају студентима права у својим уџбеницима кривичног права (Ђурђић, В.; Јовашевић, Д. 2010, 18-23)⁴. Законик такође не дефинише ни мотиве за почињено, осим у једном члану, где се наводи користољубље, прикривање другог кривичног дела, безобзирна освета и друге ниске побуде. Судије, према томе, морају саме да се “сналазе” и тумаче Законик и одреде да ли је убиство само обично убиство, односно, лакше или теже и објасне га, према теорији кривичног права, као “привилеговано” или “квалификовано” убиство. Када се томе дода да правну дефиницију неког убиства, што значи и његову квалификацију као обичног, лакшег или тежег облика тог преступа дају тужилац и истражни судија, а у зависности од модела истраге, онда је на судијама да стварно тумаче Законик, а не да га примењују.

Тумачење неког закона или законика, иначе, не би смело да се сведе на комерцијалне коментаре истих од стране самих писаца законика или неприхваћених тумача истог. Коментари закона и законика, зато, нису признати ни као библиографске јединице у научном свету, а још мање као валидни инструменти у судској пракси. Зато механичка подела деликта убиства на лакше и теже облике у кривичним законима, или на “привилегована” и “квалифико-

³ КЗ Републике Србије, “Сл. гласник РС”, (бр. 85/05, 88/05 и др.)

⁴ Ми смо овај уџбеник узели само као пример онога што постоји и у свим другим, али и зато што је то један од бољих уџбеника кривичног права.

вана” убиства у теоријама кривичног права, не представљају помоћ судијама и судској пракси, већ само збрку.

Ако би, на пример, било који судија вишег суда своје образложење пресуде за неко убиство описао као “привилеговано убиство”, тј. како лакши облик тог преступа дефинишу уџбеници кривичног права, онда би он морао то и да објасни у образложењу пресуде. Образложење пресуде за “привилеговано убиство”, пак, подразумева и зашто је неко привилегован да убије и ко му ту привилегију даје?

У људском свету је агресија, па самим тим и убиство, биофилна дата, тј. човек је као и свака друга жива врста агресиван у намери да одбрани своју угроженост, свој подмладак, своје станиште и своје изворе егзистенције. Његова агресија би, стога, као и код других живих бића, требало да престане са нестанком видљиве угрожености. Међутим, будући да је човек свесно биће за разлику од животиња, он може и да претпостави или предвиди своју угроженост, па реагује и превентивно. Претпоставка или превентива, нажалост, може бити погрешна, једнако као и убиство, па наши али и сви други кривични законици ту могућност узимају и дефинишу као олакшавајућу околност, односно, дефинишу га као обично убиство или убиство на мах и слично.

У српском Кривичном законнику, такође, нема посебне дефиниције шта је то обично убиство, осим једне реченице која гласи: “Ко другог лиши живота, казниће се затвором од пет до петнаест година.”⁵ Како ће онда судија пристати на такву правну квалификацију неког убиства од стране тужиоца и истражног судије, ако су се у томе сложили, ако и у уџбеницима кривичног права нема јасних одредница или репера за такву квалификацију?

Тако, на пример, у већ цитираном уџбенику кривичног права (Ђурђић, В. Јовашевић, Д. 2010) о тзв. обичном убиству стоји да је то дело које се састоји у противправном лишењу живота другог лица са умишљајем, при чему не постоје посебне околности које га чине тешким или лаким. Али, шта га то као убиство чини тешким или лаким ако је почињено са умишљајем, остаје, дакле, на судији да прихвати или одбаци такво правно дефинисање по “слободном судијском уверењу”. Међутим, тзв. “слободно судијско уверење” као категорија, не може да издржи логичку анализу у смислу да је то као аналогија најниже вредновани логички суд, затим, да представља логичку грешку као погрешан круг за закључивање и, чак, обичну рационализацију као механизам одбране личности у виду ‘чини ми се’ и ја у то верујем. Историја цивилизације и судска пракса у њој, нажалост, памте да због тог верујем и чини ми се постоји безброј судских заблуда и невино осуђених лица, па је на правним теоретичарима и законописцима да законодавцу и судијама дају прецизну дефиницију шта је то обично убиство.

⁵ Исто, чл. 113.

Кривичноправна теорија, са друге стране, све облике лакшег убиства објашњава као “привилегована убиства”, а разлог за то налази у околностима за такве деликте. Није, међутим, јасно зашто су убиство на мах, нехатно убиство и недозвољени прекид трудноће сврстани у исту категорију “привилегованог убиства” са убиством детета при порођају и лишење живота из самилости. Ако је разлог тзв. “привилегије” да неко буде убица то што је мајка родила дете, а то није хтела из било којих разлога (нежељена трудноћа, постпартална психоза, недостатак услова за живот или слично) можда и може да се разуме, јер је то њено дете и њен проблем, али у сукобу са моралом и законском нормом. То исто се односи и на еутаназiju или убиство из самилости, које се више тиче морала него правних норми, али су скоро сва друштва то дефинисала као недозвољену самилост, дакле и као преступ. Та “привилегија”, дакле, произилази из блискости жртве и починиоца преступа: мајка - дете, члан породице - жртва. Какве онда везе са тим релацијама има убиство на мах, када је жртва по правилу непозната починиоцу, или нехатно убиство, а тек на крају недозвољени прекид трудноће који обављају сасвим непознате особе и за новац. Очигледно је, према свему, да овај и овакав категоријални систем не стоји, или, колоквијално, “не држи воду”. Боља је, према свему, законска одредница да се у овим случајевима ради о тзв. лакшим облицима убиства, уместо “привилегованих”.

На исти начин и у потпуно погрешном категоријалном систему, наша кривичноправна теорија дели, ионако нејасну и недоследну законску поделу, на још недоследније категорије. Тако наш Кривични законик дефинише убиства на обично, тешко и лакше облике, како смо напред навели, а кривичноправна теорија тешка убиства додатно дефинише и као квалификована убиства. Зато испада да поред “привилегованих убистава” имамо и додатно или специјално квалификована убиства, што као логичку последицу има схватање да осим тешких убистава ова друга нису квалификована као преступи у законнику. Ако, пак, сва друга убиства нису квалификована као таква у кривичном законнику, онда она, логично је, не постоје као преступ забрањен тим закоником, односно, на снагу ступа она сентенца из Класичне кривичноправне школе: “Nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Теоретичарима кривичног права, очигледно, није јасно да дефинисани, односно, инкриминисани преступи у неком законнику јесу иста категорија као и било које квалификовано дело, како га они називају, јер семантички не постоји разлика. Логички, дакле, није могуће да се у већ квалификованим преступима додатно квалификују нека дела као посебно квалификована, јер по аристотеловској логици није могуће да “једно буде и не једно”, како је то могуће у тзв. “Парадоксичној логици” будистичког света и културе. Судије, зато, тешко да би могле да у образложењима пресуда дају дефиницију неког убиства као квалификованог, јер оно као такво не постоји у КЗ-у који морају да примењују.

Каква је онда потреба да се у едукацији студената убиства разврставају на другачији начин него што је то учињено у КЗ-у, на кога се ослањају?

Очигледно је да се овде ради о већ пословичном раскораку између теорије и праксе, што не значи да се залажемо да теорије не иду испред праксе, јер би пракса без њих била “слепа”. Међутим, не пристајемо на уплив тржишних механизма по сваку цену у развој теорије кривичног права и повећање нужног раскорака између теорија и кривичних законика, са једне стране и судске праксе са друге. Тако би се само потврдила она Марксова поставка у његовом делу: Теорије о вишку вредности (Маркс, К. 1979, 713), по коме ‘злочинац не производи само злочине, него и кривично право, па тиме и професора који држи предавање из кривичног права, а к томе и неизбежни приручник, у коме тај исти професор износи као “робу” на опште тржиште своја предавања...’. Уџбеници као “роба” и професори као продавци те робе су, очигледно, унутрашња законитост професије која је неминовна, па сваки нови уџбеник “мора” да има и неку оригиналну “новину”, затим нову новину у другом, трећем и осталим допуњеним издањима, све до пензионисања професора. Право, међутим, у таквим ирационалним круговима не добија ништа, јер све те новине дојучерашњи асистент одбаци као небулозе чим постане доцент, па се кругови настављају.

Злочин из страсти

Када у опису злочина у некој пресуди видимо да је убица не само убио жртву, већ ју је и измасакрирао, иако му је било јасно да је, рецимо, већ након првог хица или убода ножем, ударца секиром или слично жртву убио, онда то убиство не личи на остала. Такво убиство јесте тешко према начину извршења, па дакле и “квалификовано” према уџбеницима кривичног права, али може бити и “привилеговано” по тим истим уџбеницима, јер су у оваквим убиствима убица и жртва били у блиским везама: супружници, ванбрачна заједница, обична љубавна веза или слично. “Печат” убиства из страсти је, према томе, увек деструкција или разарање жртве, а не само убијање, а релације између жртве и убице су увек бивше блиске везе. Дневне новине и сви други видови медија, отуда, пуне ступце са пикантеријама таквих убиства, у виду: убио жену са 56 убода ножем, убио или убила тога и тога и раскомадао/ла тело жртве, разнео себе и невенчану супругу бомбом, убио партнерку на морбидан начин, па пресудио себи итд.

Убиства из страсти су, према свему, увек тешка дела убиства, па их тужилаштва и судови с правом тако квалификују, али имају проблема да их објасне по мотиву за убиство. Тужиоцима и судијама је, наиме, веома тешко да схвате откуда толика мржња и агресија према некоме са којим је злочинац био бли-

зак, односно, како то да се дојучерашња љубав нагло претворила у мржњу до агресије. Ту амбиваленцију, додуше, тешко могу да схвате и професионалци који се људском психологијом и психопатологијом баве, јер им то не дозвољава тзв. аристотеловска логика, како смо напред навели. Та логика је, како је познато, заснована на тачно одређеним постулатима, нпр. да “А” не може бити и не “А” у исто време, на истом месту и у истим релацијама, или да једно може да буде и не-једно, како смо такође већ навели. Зато паралелна егзистенција љубави и мржње не постоји у нашој логици и та логика не пропушта до наше свести таква осећања и такве чињенице. Отуда је тешко схватити ту “другу страну” исте медаље, односно то је и немогуће, иако она постоји као осећање и “пролази” поред наше свести. Будући, пак, да се људи најчешће понашају према ономе шта и како осећају, а не према ономе како знају да би требало, социјалну средину најчешће изненаде таква компулзивна (принудна) понашања и испади. Због тога се и зачудимо када чујемо да је неки пар из нашег комшилука који смо познавали као веома уљудан, пристојан и чак срећан у својој вези, сада одједном доспео у медије због веома морбидног убиства супруга или супруге, са самоубиством починиоца и слично.

Откуда та количина мржње и агресије у починиоцу убиства и да ли су то ниске побуде или безобзирна освета, како ће их суд најчешће описати у делу образложења о мотиву убиства? Да ли те ниске побуде воде до животињског нивоа, како ми то с правом разумемо, иако нам није јасно нити познато да код животиња има страсти и убиства из страсти? Шта су то страсти и каква је психологија тих убица из страсти?

Оно што не знамо да објаснимо рационално, не значи да то и не осећамо у неком делу наше свести, односно, да осећамо да по мало разумемо поступке убица из страсти. То утолико пре што су и наша понашања прожета страстима и осећањима, ма колико она била ирационална као социјализацијом урођена својства. Зато је познати француски криминолог Габријел Тард вероватно био у праву када је изразио сумњу да су криминалци и у психолошком погледу другачији од осталих људи, па је навео да је психологија убице, у крајњем случају, психологија сваког од нас, те да би смо продрели у дубину његовог срца довољно је да анализирамо своје срце (Николић, З. 2000, 151).

Страсти, међутим, нису биолошки дате особености човека, тј. нису деривати инстинката и нису урођене, како су то сматрали класични психоаналитичари, већ су оне социолошко-историјске категорије настале из услова људске егзистенције (Фром, Е. 1984., први том). Због тога људи, на пример, не врше самоубиства због незадовољене сексуалне потребе, како би било да су страсти деривати инстинкта, већ зато што нису могли да остваре своје страсти за љубављу. А та потреба за љубављу је, заправо, произилази из основне људске потребе за припадношћу, јер је човек као свесно биће свестан да је сам, али да не може да буде сам, па га тај осећај усамљености доводи до страха блиском

лудилу.⁶ Љубав и страст за љубављу је, према томе, биофилна човекова потреба да превазиђе страх од усамљености и неприпадности, а како су те страсти развијене зависи од људске природе појединца, али и од социјалних прилика у којима конкретна особа живи, наводи Фром (исто).

Ти биолошки и социо-културни чиниоци који могу да буду узрок деструктивности појединца, изражену кроз малигну агресију, срећом су само потенцијал који може да буде укоренењен у карактер личности, а изграђује се само у процесу социјализације. То значи да се таква потенцијална малигна агресивност развија код појединца у условима осујећења потребе за припадношћу, односно, када се у породици ове потребе за укоренењеношћу не остваре кроз страсти као што су љубав и солидарност. Такве особе због пропуста у социјализацији нису оспособљене да успоставе нормалан емотивни, чулни и интелектуални контакт са другима, па су ти други за којима чезне за њу туђи. Када ипак успоставе неки емотивни контакт са вољеном особом, они је подижу на ниво идола, али у тој љубави и идолопоклонству не одустају од својих егоистичних потреба па љубав пропада. Тада пате и окривљују другу страну и даље не одустајући од свог егоизма. Људска природа, зато, у таквим условима налази други могући одговор на те исте потребе, односно, друге страсти као што су садизам, нарцизам и рушилаштво, па онај ко не може да воли он мрзи, а ко не може да гради он руши.

Љубав као израз припадности и солидарности је, како се види, човекова основна егзистенцијална потреба и противуречност. Будући да сваки процес социјализације није једнако успешан и да се и такви људи, најчешће, у контролосан-ним социјалним условима понашају према ономе што знају како треба, то у неконтролисаним или компулсивним приликама реагују другачије. Тако је љубомора и страх од губитка партнера честа појава претпостављених ситуација и узрок великог страха од губитка припадности, јер људи који воле неку особу, заправо, воле сами себе, а та вољена особа им је само “огледало” те заљубљености у себе (Фром, Е.а 1984, 51-52). Другим речима, вољена особа само одражава слику онога што заљубљени жели да види о себи, па у случајевима показивања нежељеног одраза заљубљени почиње да пати и да мрзи. Амбиваленција, као пратеће паралелно стање емоција, од љубави прелази у мржњу, а вољена особа у објекат ометања те индивидуалне потребе. Парадоксално, све то личи на поуке из бајке о Снежани и седам патуљака, у којој када огледало каже оно што је истина да је Снежана најлепша, краљица разбија огледало. Такво, фиктивно, огледало разбијају и деструирају сви они који своју амбиваленцију не могу да каналишу због лоше социјализације и личних

⁶ Казне самицом и мере усамљења у свим светским затворима, на пример, нису резултат сазнања о овом човековом егзистенцијалном проблему, већ из осећања самих оних који су те казне и мере прописали, а у намери да избежуме непослушне, недисциплиноване и непокорне. Последице су, нажалост, више штетне него корисне, али те дисциплинске казне и мере и надаље опстају затворским системима.

својстава, па до јуче вољену особу, као огледало своје љубави и припадности, разбијају у најситније делове. Отуда убиства из страсти са више десетина убода ножем, употребом више шаржера муниције, комадање тела жртве, убијање бомбом и самоубиствима починиоца, јер они више не виде себе у “свом огледалу”. За спољни свет и ближе окружење те њихове страсти нису биле видљиве, а они су за тај спољни свет били социјализовани и просоцијални по свему, осим у осећају припадности и страху од угрожености тог осећања.

Да ли су, онда, та људска осећања и једино својствена човеку ниске побуде или безобзирна освета? Како да их квалификујемо у закону и уџбеницима, а да не доводимо у заблуду ни судије ни студенте права?

Закључна разматрања

Очигледно је из свега што нам се догађа и о чему смо све више и боље обавештени преко мас-медија да постоје “чудна” и изненадна убиства, у струци и у лаичкој јавности позната као убиства из страсти. Њихов број, нажалост, све више расте у условима социјалних криза и повећане отуђености савременог човека, односно, у условима повећане друштвене, радне и породичне дезорганизације. Тада се и иначе рањивим особама у успостављању комуникације са другима цео свет “руши”, када објективно или субјективно дође до прекида емотивне везе и једине наде да некеме припадају. Не одустајући од својих егоистичких потреба, такве особе тада прибегавају само другом могућем одговору на те исте потребе, а у виду садизма, нарцизма и рушилаштва. Отуда и повећени број насиља у породицама, број самоубиства, али и број убиства и самоубиства злочинаца из страсти. Није стога могуће да то не примећујемо и на тај феномен не одговоримо као струка.

Нажалост стручна правна јавност, али и други, пословично остају “ушанчени” у давно успостављене норме о заштити живота и тела, па те, сада већ догме, не препознају стварне разлоге и стварну позадину, односно, мотиве неких од убиства. При томе није од највеће важности да ли ћемо убиства из страсти академски дефинисати као “квалификована” или “привилегована”, јер судбина таквих убица за сада не зависи од тога. Међутим, правно дефинисање убиства у Кривичном законнику наше или других земаља, битно одређује ваљаност судске одлуке. Стога није све једно за саму правду ако судија не разликује, по мотиву, убиство из ниских побуда, убиства из безобзирне освете и убиство из страсти. Од садашњих судија се, додуше, не може ни тражити више када им КЗ то не омогућава, а теорија и теоретичари кривичног права тај феномен чак и не разматрају. На нама је да, у времену које следи, објективно постојеће феномене објективно и дефинишемо и да судовима и судијама омогућимо да КЗ примењују, а не да га изнуђено тумаче.

Библиографија

- Бекариа, Ч.: О злочинима и казни, Логос, Сплит, 1984.
- Благојевић, С.: Методологија права, Службени лист СРЈ, Београд 1997..
- Ђурђић, В.: Јовашевић, Д.: Кривично право - посебни део, Номос, Београд, 2010.
- Фром, Е.: Анатомија људске деструктивности-први том, Напријед, Загреб, 1984.
- Фром, Е.а: С ону страну окова илузије, Напријед, Загреб, 1984.
- Кривични законик Србије, “Сл. гласник” бр. 85/05 и 88/05.
- Маркс, К.: Теорије о вишку вредности - Екскурс, Главни радови Маркса и Енгелса, Стварност, Загреб, 1979.
- Николић, З.: Криминологија са социјалном патологијом, Народна књига, Београд, 2000.

MURDER OF PASSION BETWEEN QUALIFIED AND PRIVILEGED MURDER

Summary

In almost all penal codes, including the Criminal Code of Serbia, there are no notions of privileged and qualified murders, but these concepts exist in the theory of criminal law, that is, in criminal law textbooks for students. However, in penal codes, as well as in textbooks on criminal law there is neither notion nor the term murder of passion, although that concept and term is sometimes encountered in explanations of verdicts for murderers, as a motive for murder. What is this all about, and what is the reason for this triad of concepts, is the subject of this paper, that is, an attempt to explain the triad from the logical, legal and psychoanalytic point of view, since there are such murders in the real human life.

Keywords: *murder of passion, theory, penal codes, case law, passions in human behavior*

УПОРЕДНОПРАВНИ СИСТЕМИ ОДУЗИМАЊА НЕЗАКОНИТЕ ИМОВИНЕ САГЛЕДАНИ КРОЗ ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Мр Милимир Говедарица*
Спец. Драгана Вујић*

Сажетак: *Садржину рада чини анализа неких упоредно правних система одузимања незаконите имовине, сагледана првенствено кроз два система одузимања такве имовине и то: кривичноправни и грађанскоправни модел. У раду аутори истичу сврсисходност и неопходност примјене поступака који нису“ традиционални“ кривични и да одузимање имовинске користи од починиоца и повезаних лица, сагледаних у посматраним правним системима, не зависи од њихове кривичне одговорност. Други дио рада посвећен је анализирању одређених одлука ЕСЉП-а у контексту доношења тих одлука од стране националних судова. У одлукама ЕСЉП- а, суд наглашава, да примјеном поступака (који нису „ класични“ кривични) у којима је одузета незаконита имовинска корист, нису нарушена основна људска права апеланата. Посматрано појединачно у овим одлукама примјењено је: превентивно одузимање; проширено одузимање уз законске претпоставке субјективних и чињеничних околности; пребацивање терета доказивања, а све уз примјену ретроактивности.*

На крају рада су дата закључна разматрања у којима аутори на резимиран начин дају приказ примјењених рјешења, до којих су дошли у проучавању предметне проблематике, а који треба да буду основ за примјену у судској пракси у кривичном законодавству Републике Српске и БиХ имајући у виду постојећа законска рјешења.

Кључне ријечи: *незаконита имовинска корист, кривичноправни модел, грађанскоправни модел, Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима, судске одлуке, национални правни оквири.*

* Начелник Одјељења за финансијске истраге МУП Републике Српске.

** Висока школа унутрашњих послова МУП Републике Српске.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Одузимање нелегално стечене имовинске користи, према дефиницијама из правног лексикона, јесте мјера којом се у кривичним законодавствима, али и у грађанским, остварује начело да нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним дјелом или другим ванкривичним незаконитим радњама.¹ Без обзира да ли се ради о кривичноправној, или грађанскоправној мјери, починилац, саучесник, прикривач, или несавјесни власник, не може задржати корист коју је стекао нелегално - кршењем закона.

Свако цивилизовано друштво има норме које регулишу начин и могућност стицања имовине, али у друштвима постоје групе и појединци који нелегално стичу имовину, противно тим нормама. Ваљано регулисање одузимања нелегално стечене имовине је од пресудног значаја за свако друштво и државу, јер они који су стекли такву имовину неријетко посједују политичку и економску моћ, утичу на политичку свијест а незакониту имовину убацују у легалне токове.

Друштва, односно, државе покушавају да се боре против ове негативне појаве која разара организам државе, са разликом англосаксонског и континенталног система права, с циљем да одузимање имовинске користи стечене незаконитим радњама служи за поновно успостављање повријеђеног правног поретка.

Примјена мјера одузимања имовинске користи заснива се на томе да нико не може да има корист од сопственог злодјела (*nullum commodum capere potest de sua propria iniuria*). Примјеном ове мјере спречава се противправно богаћење учиниоца кривичног дјела, односно учиниоца који је кршењем других прописа стекао противправну имовинску корист.

Начело правичности намећу потребу да се учиниоцу одузме оно што је стекао извршењем кривичног дјела или другом незаконитом радњом, те да се примјеном ове мјере успостави имовинско стање које је постојало прије извршења кривичног дјела или прекршаја. Неки аутори, када је ријеч о одузимању имовине стечене кривичним дјелом, у први план истичу четири аргумента у корист одузимања имовине, и то: а) одузимање има превентивну функцију, јер је материјална корист главни мотив за вршење кривичних дјела; б) спречава се инфилтрирање незаконитих прихода и корупције у легалне токове; ц) одузимање помаже да се дође до носилаца криминалне активности. Имовинска корист стечена противзаконито представља нечисту добит и као таква треба се одузети примјеном различитих система. Осим новца, имовинска корист може

¹ Енглески: Confiscation of pecuniary gain. Њемачки: Wegahme des vermögensvorteils. Француски: Confiscation d'”avantages patrimoniaux

бити у виду предмета од вриједности, хартија од вриједности, некретнина, или било које друге имовине, или противправне уштеде, противправно спречавање смањења имовине (неплаћање хотелских услуга, услуга одмора итд.). Ова појава на нашим просторима је примјерена нашим димензијама схватања друштва и државе. Незаконита имовинска корист претежно се стиче на уштрб државе и буџета, оно што је државно ничије је,² а то је један од битних узрока за схватање појма ове појаве.

1. Упоредноправни стандарди и системи одузимања незаконите имовине

Незаконита имовина може да се одузима у судском поступку, и то у оквиру два система: кривичног или парничног поступка.

Према другом систему, имовина може да се одузима и у вансудском – управноадминистративном поступку, без ангажовања суда, кроз улогу надлежних управних државних или пореских органа, као нпр. код наплате пореза.

Систем одузимања имовине у парничном поступку и управно административном поступку можемо назвати и грађанскоправни моделом одузимања незаконите имовине.

У оквиру кривичног поступка постоје системи гдје је за одузимање незаконите имовине потребна осуђујућа пресуда. Ту можемо направити подјелу на:

- одузимање имовине која је проистекла из конкретног кривичног дјела за које се суди;

- одузимање имовине која није проистекла из кривичног дјела за које се суди, али проистиче из различитих криминалних активности.

У имовину која је проистекла из конкретног кривичног дјела за које се суди спада имовинска корист остварена кривичним дјелом, али и предмети који су употребљени или су били намијењени извршењу кривичног дјела. Овај, можемо рећи, традиционални начин конфискације имовине проистекле из кривичног дјела још преовлађује у већини земаља које припадају тзв. континенталном правном систему. Међутим, имајући у виду тешкоће са којима се тужи-

² Овакво схватање потврђују и бројне анкета међу грађанима. Напротив, такво схватање на нашим просторима није одувијек. У спроведеним анкетама Валтазара Богишића, на просторима тадашње Црне Горе и Херцеговине, на питање „ је ли мањи злочин у очима народа украсти приватном човјеку или држави“? Одговори су „највиши је злочин украсти држави и то не само у очима владе него и у очима народа ако не више не мање“. Види: В. Богишић, Изабрана дјела, Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији, ЈП Службени лист СЦГ, Београд, 2004, стр. 363; Када крадеш државу своју, крадеш отаџбину своју, земљу отаца својих, крадеш браћу своју, синове и кћери отаца твојих. Замисли да сви пођу за твојим примјером, да сви почну красти државу своју- шта би било, земља витезова и мученика претворила би се у јаму пацова, и Бог праведни који гледа по земљи и тражи људе, одузеће земљу од пацова и дати је људима, странцима изблиза или издалека. Велимировић, Н., Не кради државу, Београд 1932.

лаштво суочава приликом доказивања каузалне везе између кривичног дјела за које се суди и конкретне имовинске користи која из тог дјела проистиче, као и чињеницу да примјеном овога система велики дио нелегално стечене имовине остаје ван домашаја правде, све већи број земаља прихвата и други наведени начин одузимања имовине која директно не протиче из кривичног дјела за које се суди, већ преставља продукт свих криминалних активности окривљеног.³ Ово је, такође, један вид проширене конфискације који се спроводи уз принцип пребацивања терета доказивања. Италија је прва земља континенталног правног система која је регулисала и омогућила овакав вид одузимања незаконите имовине (Закон о борби против мафијашких организација бр. 356/92).

Имамо и друге системе гдје у оквиру кривичног поступка није потребна осуђујућа пресуда. На примјер, у Енглеској и Велсу налог за конфискацију се може издати ако је оптужени у бјекству најмање двије године, ако постоји доказ по тзв. грађанском стандарду (правилима доказивања и доказним средствима у парничном поступку) да је он прибавио корист од трговине дрогом и да су учињени разумни кораци да се са њим контактира. Слично томе, мада не идентично, постоје прописи у већини земаља који се базирају на обичајном праву. Други прописи у Великој Британији предвиђају грађански поступак унутар кривичног поступка по којем се може конфисковати готовина која је приход или инструмент трговине дрогом и која се увози или извози. У Аустрији налог за конфискацију се може издати у кривичном поступку, гдје не постоји формални налаз о кривици лица.⁴

Од континенталних земаља заврјеђује да буде поменуто рјешење усвојено у белгијском праву. Према члану 43. Кривичног закона (code penal) предмет конфискације може да буде имовина лица осуђеног за неко од таксативно набројаних кривичних дјела, која је стечена у периоду од пет година прије подизања оптужнице. Услов (*Conditio sine qua non*) за одузимање су озбиљне и конкретне индиције које указују да имовина потиче из кривичног дјела за које је лице осуђено, или из идентичних дјела. Под озбиљним и конкретним индицијама (*les indices serieux et concrets*) подразумевају се вјеродостојни елементи поднесени суду који указују на несразмјеру између привременог или сталног увећања имовине и прихода осуђеног у посматраном периоду. Појмом идентичних дјела (*les faits identiques*) проширена је могућност одузимања криминалне имовине, јер није ријеч о дјелима за које је лице осуђено, већ о дјелима која спадају у круг таксативно набројаних кривичних дјела у односу на која је могућа конфискација, а могу се подвести под исту или повезану правну квалификацију као и кривично дјело које је предмет осуде. У случају да тужилац

³ Илић, П. Г., и др.: Коментар закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дјела, Београд, ОЕБС, 2009, стр.18; Овакав систем одузимања имовине је у Републици Србији и Републици Српској; Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дјела („Службени гласник Републике Србије“ број 97/2008); Закон о одузимању имовинске користи стечене извршењем кривичног дјела („Службени гласник Републике Српске 12/10).

⁴ Лукић, Т.: Одузимање имовине криминалцима, Београд, Пословни биро, 2009, стр.76.

докаже ове чињенице, осуђени је обавезан да учини вјероватним да привремено или трајно увећање имовине и прихода, које је имао у спорном периоду, не потиче из дјела за које је осуђен или из идентичних дјела.⁵

Конфискација потпуно изван кривичног поступка, кроз грађански или административни поступак, заступљена је претежно у англосаксонском праву, али задњих година и у неким земљама континенталног права.

У САД, и Ирској може започети посебан поступак под условом да су задовољени предуслови и издат налог за конфискацију, чак и ако нема осуде. Ако постоји законски прописана основа да се то учини, посебан грађански поступак конфискације се може покренути у САД-у под условом да постоји вјероватан разлог (*probable cause*), на основу којег се вјерује да имовина представља приходе или инструменте кривичног дјела. Грађански поступак конфискације се може реализовати независно од односног кривичног поступка, или паралелно са односним кривичним поступком. Поред тога, САД имају административно, неправосудно одузимање. У Ирској, грађански поступак се може покренути ради евентуалног конфисковања имовине која вриједи најмање 10.000 фунти и која представља приход или инструмент кривичног дјела. У Италији се, такође, може донијети одлука о конфискацији у некривичном поступку «у одсуству» против прекршиоца, по овлашћењу суда.

Темељна разлика између два модела је у томе што кривичноправни модел примјену овог института везује уз кривични поступак, било да се одузимање имовинске користи изриче у самом кривичном поступку, било да се изриче у посебном *in rem* атхезионом поступку, али увијек на основу осуђујуће или пресуде којом се утврђује да је учињено кривично дјело, те с кривичнопроцесним гаранцијама које предвиђају уставни савремених држава. Двојни модел кривичноправног и грађанскоправног одузимања имовинске користи, осим кривичног, предвиђа и грађанско одузимање које се спроводи у грађанском поступку, не само независно од кривице лица које та мјера погађа, него независно и од утврђења извршења одређеног кривичног дјела. Осим тога, грађанско одузимање укључује примјену знатно нижих доказних стандарда од оних који се захтијевају у кривичном поступку, као и инверзију терета доказивања.⁶ Бројни међународни документи регулишу могућност двојног модела одузимања имовинске користи.⁷

⁵ Илић, Г., Бановић, Б.: Одудимање имовине проистекле из кривичног дјела, Корупција и прање новца, Београд 2010.

⁶ Симовић, М.: Кривично процесно право-посебни дио, Правни факултет, Бањалука, 2006, стр. 226-227.

⁷ Њујоршка конвенције (2003.) прописује да државе предуприједи међународни трансфер незаконито стечених добара и да ојачају међународну сарадњу у повраћају добара. Уважавајући основна начела придржавања закона у кривичном поступку и грађанском и управном поступку за доношење пресуда у вези са имовинским правима, ова конвенција дозвољава могућност грађанског, односно, управног одузимања. Конвенција УН против корупције 31.10.2003. Њујорк. („Службени гласник БиХ“ број 5/06- Међународни уговори); У *препорукама ФАТФ-а*, предвиђена

У Великој Британији одузимање средстава криминалног поријекла након осуде, уведено је 1986. године за кривична дјела трговине дрогама. Овај Закон је модификован 1994. године. Члан 2. Закона о незаконитој трговини дрогом из 1994. године предвиђа да би првостепени суд требало да изда налог за конфискацију према оптуженом који се појављује на изрицању казне у вези с једним или више кривичних дела која се односе на промет наркотика, а за кога је суд закључио да је примио новац или неку другу врсту надокнаде у вези с трговинском дрогом. У складу са чланом 5. износ у налогу за конфискацију треба да одговара износу имовинске користи стечене трговином дрогом за коју је суд процијенио да ју је оптужени стекао, осим ако се суд не увјери да је у вријеме издавања налога за конфискацију само мањи износ имовинске користи могао бити остварен. Приликом утврђивања да ли је, и у којој мјери, оптужени стекао корист од трговине дрогом, чланом 4. став 2. и 3. захтијева се од суда да претпостави да сва имовина за коју се установи да ју је оптужени посједовао у периоду након изрицања осуђујуће пресуде или током периода од шест година прије дана покретања кривичног поступка, представља исплату или неку другу врсту надокнаде у вези с трговином дрогом и да су сви трошкови које је он имао током тог истог периода плаћани из имовинске користи стечене прометом наркотика. Ову законску претпоставку оптужени може побити у погледу било које имовине или трошка, ако се покаже да је она нетачна или ако постоји озбиљна опасност да неправда буде почињена, ако би се та претпоставка примјенила (члан 4. став 4). Неопходни стандард доказивања јесте онај који се примењује у грађанско-правном поступку, тј. онај заснован на већој вјероватноћи (члан 2. став 8). Ако су задовољене све претпоставке у већој вјероватноћи, суд издаје налог за конфискацију, ако има имовине одузима се трајно, а ако нема осуђени је у одређеном временском периоду, који одреди суд, дужан да плати тај износ, у супротном може му бити одређена казна затвора до 10 година, независно од осуде за кривично дјело (члан 28. Закона из 1994). Овакав начин проширеног одузимања уведен је 1995. године и за друга тешка кривична дјела, као и пребацивање терета доказа. Законом о средствима криминалног поријекла (2002. год.) омогућена је грађанско – правна заплена у случају ако покренути кривични поступак не заврши подизањем оптужнице и пресудом. Предмет се тада предаје Агенцији за повраћај средстава, а Агенција може да користи пореска овлашћења. Ако се имовина не одузме у грађанскоправној заплени та незако- је, такође, могућност одузимања изван кривичног поступка; *Акциони план Стратегије Европске уније за почетак новог миленијума 2000.* (СЛ Ц 124 3.5 2000). предвиђа превенцију и контролу организованог криминала. Препорука бр. 19 истиче потребу за средством које, имајући у виду најбоље практичне примјере земаља чланица и напомене основних начела права, уводи могућност умањења (у области кривичног права, грађанског или пореског, у зависности од случаја), тежине доказа који се односе на поријекло имовине којом располаже лице оптужено за кривично дјело повезано са организованим криминалом; *Модел Закона УН-а из 2003. године* предвиђа и кривично и грађанско одузимање имовине. Овај Закон предвиђа „да би се наложило одузимање имовине суд мора да буде увјерен, на основу биланса вјероватноће, да имовина лица није чиста“; Палермо конвенција...

нита имовина се екстра опорезује.⁸

Америчка судска пракса је конструисала систем грађанскоправне конфискације, заснован на правилу оправданог разлога. Поступак је усмјерен против добара која су предмет конфискације а не против одређеног лица, односно, уводи се правна фикција да се добра (имовина) проглашава кривом, из чега даље произилази да није чак потребан ни одговарајући кривични поступак против неког лица да би му се изрекла мјера трајног одузимања имовине. Овај систем одређен је у ставу 3. члана 12. Палермо конвенције.⁹ У енглеском оригиналу каже се следеће: „*such property shall be liable to the measures referred in this article*“, а груби превод би гласио: „*таква имовина биће одговорна...*“¹⁰ Имовина се може одузети без изречене пресуде, без подигнуте оптужнице путем равнотеже вјероватноће. Конгрес САД је 1970. године усвојио свеобухватни Закон за контролу и превенцију злоупотребе дрога. Овај закон је дао могућност одузимања имовине у грађанском поступку стечене кршењем Закона о забрани злоупотребе дрога. Систем је ревидиран и допуњен 2000. године, када је донесен Закон о реформи система грађанске конфискације. До доношења реформског закона било је довољно да се покаже вјероватним (*probable cause*) да је имовина подложна конфискацији, након чега је терет доказивања прелазило на власника да у грађанском поступку по систему вјероватноће докаже законито поријекло имовине. Након оштрих критика да у оваквом поступку власник оптужене ствари треба да докаже њено поријекло док држава не треба да докаже „скоро ништа“ и доношења навог Закона 2000. године, тужилац је сада у обавези да путем „преваге доказа“ (*preponderance of evidence*), докаже да је ствар подложна конфискацији. Уведен је стандард „велике несразмјерности“, што је знатно већи ниво доказа.

Овај систем, који се још зове и систем повраћаја, у пракси доноси добре резултате. Значајну улогу у одузимању незаконито стечене имовине у САД-у има примјена Закона о рекетирању и злочиначком удруживању (*RICO*). То је савезни Закон који прописује строже казне за кривична дјела у оквиру злочиначког удружења. Овај закон је усвојен 1970 године уз постојећи Закон о организованој криминалности.¹¹

⁸ На основу овога Закона полиција може одузети износ у готовини преко 1000 фунти ако лице нема поријекло о имовини, а лице од кога се одузима дужно је да докаже законитост прихода, у супротном се имовина трајно одузима.

⁹ Конвенција УН против транснационалног организованог криминалитета 15.11.2000. („Службени гласник БиХ“ број 3/02- Међународни уговори).

¹⁰ Ђирић, Ј.: Одузимање имовинске користи стечене кривичним дјелом, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Бијељина, 2010, стр. 126-127.

¹¹ У члану 1961. прописују се дефиниције: нпр. „рекетирање“ значи: а) било које дјело или пријетњу извршења истог који укључују убиство, отмицу, коцкање, паљевину, разбојништво, давање мита, изнуђивање, трговину материјалом, или трговину тварима под надзором или хемикалијама с пописа (како је дефинисано у члану 102. Закона о стварима под надзором), за које се може процесуирати у складу са законом савезне државе и за које се може изрећи казна

У степену потребних доказа у вези са дјелом за које се може *оптужити* или са дјелом које се може *прогонити*, зависи по коме поступку ће се одузимати имовинска корист (грађанском или кривичном).¹² Према одлуци Врховног суда САД-а (САД против Урсера), утврђено је да грађански прописи о трајном одузимању нису казна, у смислу да се оптуженом не може судити два пута за исто кривично дјело.

Добар примјер одузимања незаконито стечене добити, у грађанско правном моделу, јесте Јужноафричка Република, “Хитова комисија“. Ниме, у Јужноафричкој Републици је 1996. године усвојен посебан закон који је омогућио стварање посебне комисије за испитивање великих злоупотреба у државним институцијама. Комисија је добила овлашћења посебног истражног одјељења, с тим да ниједан доказ који је добила, у складу са одредбама, не може бити коришћен у кривичном поступку, осим у случају да је лице које је дало исказ оптужено за лажно свједочење. Комисија је била надлежна да истражује: пропусте у раду државних институција; незакониту расподелу или трошење државног новца и имовине; незаконите, неправилне и неодобрене набавке, трансакције и мјере и др. Уколико има основа за одузимање имовине Комисија је надлежна да покрене поступак пред посебним трибуналом. Истрага се спроводила ради покретања грађанске тужбе пред посебним трибуналом, а с циљем издавања налога за спровођење хитног поступка за обезбјеђење и одузимање незаконито стечене имовине. У поступку терет доказивања је на другој туженој страни.¹³

Доказни материјал прикупљен на бази грађанског права треба да послужи за одузимање незаконите имовине на основу „уравнотежене вјероватноће“, док у кривичнопроцесном систему треба да буде „ван сваке разумне сумње“. Грађанско правни модел је са тенденцијом проширења и на земље континенталног права. Грађанско правни систем одузимања незаконите имовине регулисан је такођер, у Канади и у Републици Ирској.¹⁴

затвора у трајању више од једне године; б) било које дјело за које се може *оптужити* примјеном више одредби наслова 18. Законика САД.

¹² Члан 1962 Забрањене активности, између осталих, прописује: а) незаконито је за било коју особу која је остварила добит која потиче, директно или индиректно, из обрасца изнуђивачке активности или кроз прикупљање незаконитог дуга у којем је та особа судјеловала као главни починилац у смислу члана 2. наслова 18. Законика САД, да користи или улаже, директно или индиректно, било који дио те добити, или доходак остварен том добити, у стицању било којег интереса, или заснивање или управљање потхвatom чији је циљ, или чије активности утичу на међудржавну или инострану трговину. Поглавље 18. РИКО регулише и: 1963. Казнене мјере (у које улази и грађански модел одузимања незаконито стечене имовине); 1964. Правна средства (у грађанском поступку); 1965 Судска надлежност и поступак, 1966. Брзина поступања; 1997. Докази; 1968. Захтјев за грађанском истрагом.

¹³ Током рада ове Комисије 1998-1999. године, повраћено је 1,50 милијарди долара. Овај концепт Комисије за повраћај имовине у оквиру грађанског поступка показао се као добар модел.

¹⁴ Грађанско правни систем одузимања незаконито стечене имовине из Републике Ирске послужио је за приједлог Закона о Агенцији за осигурање присилног одузимања имовине стечене кривичним дјелима и управљања одузетом имовином БиХ (2003. за усвајање у Парламентарној

1.1. Рјешења у Италији

Одузимање незаконите имовинске користи у Италији је регулисано Кривичним законом бр. 1423 од 27.12.1956. год. и Законом бр. 575 од 31.05.1965. год., измјењен и допуњен Законом бр. 646 од 13. септембра 1982. год.¹⁵

Италија је прва земља Европске уније која је прихватила систем олакшаног утврђивања поријекла имовине, проширено одузимање чланом 12. Закона бр. 356/92. о борби против имовине мафијашких организација¹⁶ и то у случају оптужења, односно осуде за тачно прописана најтежа кривична дјела и дјела из области организованог криминала. Уведена је такозвана конфискација због несразмјере и она је обавезна за сву имовину осуђеног или осумњиченог лица која се може довести, посредно или непосредно са кривичним дјелом, и која је несразмјерна са законитим приходима.

Средства имовинске борбе против организованог криминала предвиђена италијанским законодавством могу да буду активирана у области кривичног поступка или у области поступка превенције (*грађански поступак*).

У *Кривичном поступку* обавезно је трајно одузимање за одређена кривична дјела (члан 240. КЗ) потребна је кривична пресуда или примјена казне (чл. 444. ЗКП).

Постојање структурног и инструменталног односа добра у предмету привременог, а затим трајног одузимања, са криминалном дјелатношћу, тако да се само добро треба наћи у корелацији са извршењем кривичног дјела. Мора постојати веза припадности између ствари и кривичног дјела због којег је лице оптужено. Диспропорција између новца, имовине и осталих ствари којима би оптужени могао да располаже, чак и посредством другог лица, и приход пријављен у циљу опорезивања прихода или обављане економске дјелатности (чл. 12. Закона бр. 356/92. о борби против имовине мафијашких организација). У овоме Закону су тачно наведена кривична дјела за која је предвиђено проширено одузимање имовине.¹⁷

скупштини БиХ недостајао један глас).

¹⁵ У даљњем тексту Закона бр. 1423/56; Закона бр. 575/65; Закона бр. 646/82.

¹⁶ У даљњем тексту Закона бр. 356/92., измјене и допуне у Закону бр.125/08., измјене у допуне у Закону бр. 94/2009.

¹⁷ Кривична дјела за која је предвиђено проширено трајно одузимање: чл. 314, 316, 316, 316, 317, 318, 319, 319, 320, 322, 322 и 325. КЗ (к.д. против платног промета); чл. 416. КЗ (ако је удруживање у циљу извршавања неког од кривичних дела предвиђених чл. 600, 601. и 602. КЗ.- редуција или издржавање у ропству, трговина људима, куповина и отуђивање робова); чл.416 ст.6. реализован у циљу извршавања к.д. предвиђених чл. 473, 474, 517. и 517. КЗ (фалсификовање или промјена марки, знакова распознавања, патената, модела или нацрта; производња или трговина имовином реализованом узурпацијом индустријске својине; фалсификовање географских обиљежја или назива поријекла пољопривредно-прехранбених производа); чл. 416. КЗ (удруживање мафијашке групе и у иностранству); чл. 629. и 630. КЗ (изнуђивање, отмица лица у циљу изнуђивања); чл. 644. КЗ (зеленаштво); чл. 648. КЗ (утаја, прање и улагање новца, имовине или ствари илегалног

Пресудом бр. 920 од 19. јануара 1994. године (предмет Раимондо), коју је донио Касациони суд Италије, утврђено је да имовина не мора потицати од појединачне кривичне радње за коју је осуда изречена. Суд је потврдио да не мора бити директна веза између кривичног предмета и конфисковане имовине, већ је довољно утврдити постојање несразмјере између економске вриједности имовине осуђеног лица и његових законитих прихода које је пријавио.

У предметима у којима није могуће приступити трајном одузимању добити из кривичног дјела, приступа се трајном одузимању имовине којом преступник располаже у вриједности која одговара тој добити. Дозвољено је трајно одузимање по еквивалентности, односно, одузимање и законите имовине у еквивалентности.

У случајевима казнене пресуде или примјене казне за деликт извршен коришћењем услова предвиђених чл. 416. КЗ, или у циљу олакшања активности удружења предвиђених истим чланом у случају казнене пресуде или примјене казне за кривично дјело тешког кријумчарења, када није могуће приступити трајној заплијени новца имовине или осталих ствари за које је утврђено да су лица власници или да располажу вриједностима која нису у пропорцији са приходом пријављеним ради опорезивања економске делатности, судија налаже трајно одузимање осталих износа новца, имовине или осталих ствари у вриједности еквивалентној вриједностима којима преступник располаже, чак и посредством другог лица (чл. 12. Закона 356/92. став 2. измјене Закон 125/2008 . и измијењен Закон 94/2009).

У стратегију борбе против мафијашких активности унијете су радикалне новине превентивних мјера, које је потврдила и судска пракса. Предуслов у поступку имовинске превенције за примјену превентивне мјере није извршење неког кривичног дјела, већ постојање квалификоване друштвене опасности која чини правоснажном превентивну интервенцију државе.¹⁸

На основу члану 46. Закона 1423/56., а сходно члану 1. Закон се, између осталог, примјењује на појединце за које се, по основу њиховог понашања и начина живота (*tenore di vita*), сматра да уобичајено, или само дијелом живе од имовинске користи стечене криминалним активностима или од накнаде за саучесништво у тим активностима (*con il fovoreggiamento*), или чије је понашање у јавности дало повода да се о њима мисли као о некоме ко је склон преступничком понашању (*che, per le manifestation cui abbiano dato luogo, diano fondato* поријекла); чл. 12. ст. 1. Закона бр. 356/92 (лажни трансфер вриједности); Трговина опојним супстанцама, деликти са циљем тероризма или урушавања уставног уређења, кријумчарење.

¹⁸ Увод у италијански законодавни систем превентивних (грађанско одузимање) имовинских мјера, које се разликују од традиционалне мјере безбједности трајног одузимања предвиђене Кривичним закоником, потиче из Закона бр.1423 од 27.12.1956. год. и Закона бр.575 од 31.05.1965. год., измијењен и допуњен Законом бр. 646 од 13. септембра 1982. године (Закон Рогнони – Ла Торре). Ови, закони а посебно Закон из 1982. год. оспособио је средства за напад на криминални феномен мафијашких организација на економско-финансијском нивоу и утврдио праву суштину мафијашке активности која је усмјерена ка стицању, на директан или индиректан начин, управљања или контроле економских дјелатности

motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere). На основу члана 48. сходно члану 3. у случају потребе, таква лица могу да буду стављена под специјални полицијски надзор (*sorveglianza speciale della pubblica sicurezza*). Та мјера може бити комбинована било са забраном боравка у једном или више крајева или провинција, или када се ради о посебно опасним лицима (*particolare pericolosità*) са налогом којим се одређује обавезно боравиште (*obbligo del soggiorno in un determinato comune*).¹⁹

Кривични поступак има за циљ утврђивање чињенице кривичног дјела, а поступак превенције има за циљ утврђивање понашања која указују на квалификовану друштвену опасност.

Кривичне казне и превентивне мјере се разликују у суштини. На превентивне мјере се не морају нужно примјењивати сви уставни принципи који се налазе у основи кривичних санкција. Нпр. претпоставка невиности, која је наглашена у члану 27. Устава Италије, не односи се на превентивне мјере, које се не заснивају на кривичној одговорности (Уставни суд Италије, пресуда бр. 23 из 1964. године). Превентивне мјере су средства за спречавање извршења кривичног дјела. Кривична одредба се заснива на усвајању доказа о кривичном дјелу. Превентивна мјера, као и имовинска, заснива се на суду који не може да се заснива на сумњама или претпоставкама, већ на елементима дјела објективно провјерљивим који потврђују квалификовану опасност лица. Квалификована друштвена опасност представља, примјера ради, постојање индиција о припадности удружењу мафијашког типа, изведених и кривичних судских поступака, истражних радњи, контаката са другим лицима за које се сматра да припадају мафијашким организацијама. У појму мафијашко удружење, разликује се појам „учествовања“, који подразумијева стварно учествовање у организацији путем учлањења, од појма „припадности“ као дијелења интереса организације кроз активан допринос, прије свега са економско-имовинске тачке гледишта.²⁰

Сходно наведеном, субјекти против којих могу, на основу чињеничних елемената, да се примјењују превентивне имовинске мјере су она лица за које може да се сматра да се често баве илегалном трговином или сл., као и лица за

¹⁹ Закон бр. 575 од 31. маја 1965. године (у даљем тексту: Закон из 1965. године) допуњује Закон из 1956. године, додавањем одредби које су директно уперене против мафије (*disposizioni contro la mafia*). Члан 1. наводи да се он примјењује на особе као што је г. Раимондо за које постоје докази да припадају „мафијашким“ групама (*indiziati di appartenere ad associazioni mafiose*).

Законом од 13. августа 2010. године бр.136 усвојен је „Ванредни план у борби против мафије“, а касније и Одлука Владе у нормативној области против мафије, са посебним „кодексом за борбу против мафије“ обухватајући и поступак превенције.

²⁰ *Поступак превенција може се предузети против:* Осумњиченог за припадање удружењима мафијашког типа, комори, или удружењима локалних назива који имају облике или дјелују методама које одговарају удружењима мафијашког типа; Осумњиченог за једно или више кривичних дјела предвиђених чл. 51. став 3. ЗКП; Осумњиченог за деликт предвиђен чл. 12. Закона 356/1992 (Лажни трансфер вриједности).

које, због начина како живе, треба да се сматра да често живе од прихода кривичних дјела.²¹ Поступак превенције имовине је “поступак према имовини” у којем се предмет суђења концентрише на економске аспекте криминалног феномена са јаком аналогijом на *in rem* англосаксонских система, као посљедица дисциплина која регулишу поступак који је обликован на грађанским методама са пуним поштовањем правосудних гаранција и уставних начела.

ЕСЈП потврдио је у потпуности подударање превентивног трајног одузимања са главним начелима утврђеним у чл. 6. ЕКЈП, под претпоставком да се ради о пропорционалној мјери у односу на циљ блокирања кретања капитала за које се сумња да припадају криминалним удружењима, дакле, сматра се неопходном за „регулисање имовине на начин који одговара општем интересу” (ЕСЈП 22.02.1994. Раимондо).²²

1.2. Рјешења у СР Њемачкој

У Њемачком Кривичном закону (СтГБ) у седмом одјељку регулисано је одузимање имовинске користи и одузимање предмета (у члановима 73-76),²³ као и у Закону о кривичном поступку (чланом 111. а, б, е, ф, и, е).

Одузимање нелегално стечене имовине у Кривичном законнику Њемачке у измјенама од 1992. године нормирано је по бруто принципу, то значи да све оно чега се починилац, учесник или треће лице домашило из кривичног дјела или за извршење кривичног дјела, подлијеже одузимању. Лични утрошци (штете, трошкови) лица од којих се одузима (конфискује) имовина се не смију одбијати. Овим измјенама Закона дозвољено је одузимање и замјенске вриједности по бруто принципу.

У члану 73. регулисане су претпоставке за одузимање имовинске користи. Ставом 1. је регулисано да ће „Суд наложити да се од учиниоца или саучесника одузме имовинска корист коју су стекли за или из извршеног кривичног дела. Суд неће донети овакву одлуку ако је цела вредност имовинске користи употребљена за намирeње имовинско правног захтева оштећеног који је произашао из кривичног дела.“ Одлука о одузимању имовинске користи обухвата и друге стечене користи. Може да обухвати и предмете које су учинилац или

²¹ Законом од 13. августа 2010. године бр.136 усвојен је „Ванредни план у борби против мафије“, а касније и Одлука Владе у нормативној области против мафије, са посебним „кодексом за борбу против мафије“ обухватајући и поступак превенције

²² Из осталих недавних одлука ЕСЈП добија се подударање поступка превенције са начелима и гаранцијама утврђеним у чл. 6. Конвенције, гдје су наведена права која су на бази истог поступка (CEDU одлука 02.02.2010. Леоне Италија). Кривични поступак и поступак превенције, представљају два заједничка, интегрисана система борбе против мафије.

²³ Види: Кривични закон Савезне Републике Њемачке са Уводним законом и Војно кривичним законом, Београд, 1998., превод Димитрије Павловић, стручна редакција Станко Бејатовић, Ђорђе Лазин.

саучесници стекли отуђењем предмета прибављених извршеним кривичним дјелом или као накнаду за његово уништење, оштећење или одузимање, или на основу неког права. Ако су учинилац или саучесници радили за другог који је на тај начин прибавио какву корист, одлука о одузимању имовинске користи из става 1. и 2. односиће се и на то друго лице. Одузимање предмета наредиће се и ако предмет припада или на њега право полаже трећи који је знао за извршење дјела или се уз знање о околностима које се тичу дјела сагласио са његовим извршењем.

Одредбе члана 73 а. прописују одузимање новчане вриједности као замјенске вриједности.

У Њемачкој на основу члана 73 д. СтГБ²⁴ (проширене могућности одузимања имовинске користи), суд ће одредити одузимање имовинске користи и у случају да не постоје докази о незаконитом дјеловању учиниоца, ако се према конкретним околностима може претпоставити да се ради о имовини стеченој извршењем кривичног дјела или у вези са њим. За одређена кривична дјела држава може тражити да се одузме имовина оптуженог или саучесника, која није директно повезана са конкретним кривичним дјелом, него се оправдано може претпоставити да је прибављена с циљем или од незаконите активности, *у случају када околности оправдавају постојање претпоставке*. Овим чланом омогућено је одузимање и законите (легалне) имовине у противрједности. Привремене и трајне мјере обезбјеђења предмета који се одузимају, или замјене за њихову вриједност, по њемачком праву већ је могуће ако постоји проста сумња по члану 111 б. ЗКП.

На основу члана 100б. Збирке грађанског права Њемачке, претпоставља се да је власник имовине онај који је има у посједу.

Интересантна је и одредба члана 74 а. „проширене претпоставке за одузимање предмета“ када је лице којем предмети припадају или има право на њих, из лакомислености или на недостојан начин допринијело да постану средство или предмет или послуже припремању кривичног дјела.

На основу члана 76 а. („самосталне наредбе“) омогућено је одузимање имовинске користи независно од пресуде за кривично дјело, односно, кривичног гоњења, и односи се на самостално одлучивање. Наиме, према овој одредби у случају када се неко лице не може из стварних или правних разлога кривично гонити или осудити за учињено кривично дјело, мјере одузимања имовинске користи, одузимања предмета или новчане вриједности и мјера чињења неупотребљивим средстава за извршење кривичног дјела, морају се или могу се из-

²⁴ Став 1. ако је учињено противправно дјело из закона који упућује на ову одредбу, суд ће наложити да се од учиниоца или саучесника одузму имовинска корист и у случају када околности оправдавају постојање претпоставке да су предмети настали извршењем или су намијењени за извршење кривичног дјела. Одредба из реченице један примјениће се и када имовинска корист не припада учиниоцу или саучеснику или они немају право на њу само зато што је била намијењена или стечена извршењем кривичног дјела. На одговарајући начин примењује се и одредба 73 став 2.

рећи самостално, под условом да постоје остале претпоставке које прописују или дозвољавају њихову примјену, односно, и под условом да постоји приједлог, овлашћење за кривично гоњење или захтјев за кажњавање таквог учиниоца кривичног дела.²⁵ Лице се не може из стварних или правних разлога кривично гонити или осудити за учињено кривично дјело нпр. због наступиле застаре кривичног гоњења, или ако је суд одустао од казне након обустављања кривичног поступка (нпр. због коришћења начела опортунитета од стране тужилаштва). Према одлуци Савезног суда Њемачке да (Бундесгерицхтсхоф) у вези са продуженим одузимањем имовинске користи, суд може изрећи ову мјеру ако установи да је имовина незаконитог поријекла. Незаконито стечена имовина може се одузети ако лице не може доказати њено законито поријекло.

2. Одузимање незаконите имовинске у пракси ЕСЉП-а контексту права на мирно уживање приватне имовине, на правично суђење и ретроактивне примјене закона

2.1. ЕСЉП, Раимондо против Италије²⁶

У овоме предмету подносилац захтјева је тврдио да је превентивно одузимање незаконите имовине казна без проглашења кривице и да је тиме прекршена ЕКЉП.

Италијански суд је на основу судске праксе одлучио да *постојање превентивних мјера* само по себи није у супротности са италијанским Уставом. Уставни суд је прописао да основу за ове мјере представља потреба да се гарантује уређен и миран ток друштвених односа, не само путем законских одредби које кажњавају незаконито дјело, већ и путем одредби које за циљ имају спречавање извршавања таквих дјела.²⁷

Суд је размотрио ово одузимање у смислу права на мирно уживање приватне својине, на основу члана 1. Првог протокола ЕКЉП.²⁸

²⁵ Кривични закон Савезне Републике Њемачке са Уводним законом и Војно кривичним законом, Београд, 1998. превод Димитрије Павловић, стручна редакција Станко Бејатовић, Ђорђе Лазин, страна 7.

²⁶ Наиме, Италијански суд је грађевинском предузимачу трајно одузео шеснаест непокретности и шест превозних средстава, и поред тога што је осумњичени на крају паралелног кривичног поступка био ослобођен. Имовина је трајно одузета на основу превентивног поступка за трајно одузимање без обзира на кривицу (Закон бр.1423 од 27.12.1956. год. и Закон бр.575 од 31.5.1965. год.,измијењен и допуњен Законом бр. 646 од 13. септембра 1982. год.)-Пресуда је од 22.2.1994. године, Серија А, бр.281-А.

²⁷ Уставни суд, пресуда бр. 27 из 1959. године и пресуда бр. 23 из 1964. године.

²⁸ У члану 1. Првог протокола уз Конвенцију о људским правима и основним слободама се истиче: „свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не

Према схватању ЕСЈП, заплијена је мјера, а не казна, која одговара потреби да се обезбједи могућа конфискација добара произашлих из незаконитих активности на штету заједнице. Општи интерес оправдава примјену оваквих мјера и имајући у виду опасну економску моћ организације као што је мафија, не може се оцијенити као несразмјерна постављеном циљу. Када је ријеч о конфискации, Суд наглашава да она служи општем интересу – спречавању исхода у којем би употреба одређених добара обезбједила корист, на штету заједнице, одређеном лицу или злочиначком удружењу за које се сумња да му лице припада. Конфискација представља ефикасно и нужно оружје за борбу против мафије и показује се сразмјерно постављеном циљу. У пресуди суд, између осталог, наводи да имовина може бити законита само ако је транспарентна. Превентивне мјере које су прописане законима из 1965. и 1982. године имају за циљ спречавање вршења кривичних дјела инструментом одузимања имовине из незаконитих активности²⁹ и као такве се не могу поредити са кривичном санкцијом. Превентивне мјере не служе за утврђивање кривичне санкције. Значи, суд закључује да превентивна мјера није казна.

У овоме предмету суд је установио да *законске претпоставке* задовољавају основ уколико има довољно посредних доказа да имовина лица, за која се сумња да припадају криминалној организацији, представља приходе стечене противзаконитим радњама или је проистекла из тих прихода. Дозвољена је примјена правних и чињеничних претпоставки (сходно Стразбуршкој конвенцији). Подносилац захтјева, преко адвоката одбране по сопственом избору, био је у могућности да уложи приговоре и пружи доказе које су сматрале неопходним за заштиту својих интереса, што показује да су испоштована права одбране. Према схватању суда, Конвенција не забрањује правне и чињеничне претпоставке, али су државе уговорнице обавезне да у области кривичног права не пређу одређени праг, да поменути претпоставке поставе унутар разумних ограничења, имајући у виду право на одбрану.

Италијански судови су своје одлуке засновали на доказима против подносиоца захтева, који су показали да је био у редовном контакту са члановима криминалних организација и да постоји знатна несразмјера између његових

може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.“ Овдје се надовезује и став 2. којим се истиче да „претходне одредбе ни на који начин не утичу на право државе да примјењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима, или да би обезбједила наплату пореза или других дажбина или казни“.

²⁹ Закон од 31.05.1965. бр.575, са измјенама од 24.07.2008. 125/08. и измјенама 24.07.2008. 94/09. проширење превентивних мјера на осумњичене за припадање мафијашким организацијама; Закон од 13.09.1982. бр. 646 „Rognoni-La Torre“. У законима се разликује појам „учествовања“, који подразумева стварно учествовање у организацији путем учлањења, од појма „припадности“ као дијелење интереса организације кроз активно доприношење, прије свега са економске тачке гледишта.

финансијских средстава и легалних прихода.³⁰ *Превентивна мјера* довела је до одузимања имовине, она је представљала „*регулисање коришћења имовине*” у смислу другог става члана 1. Протокола бр. 1 који држави даје право да примјењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима.

На основу изложеног, ЕСЉП закључио је да није било повреде члана 1. Протокола бр. 1 и члана 6. став 2. ЕКЉП.

2.2. Салабјаки против Француске

Чувени историјски случај Салабјаки против Француске сматра се прекретницом у материји и заштити људских права. Салабјаки је осуђен због трговине дрогом. Француски судија дао је правоснажну пресуду пореским органима који су утврдили да је имао велику имовину (вилу, неколико станова, јахту, акције, фирме...), али није имао никакав приход који је био легално опорезован. Држава Француска одузела му је имовину системом *инверзије доказног поступка* због несразмјере између прихода и имовине. Салабјаки је поднио тужбу ЕСЉП, тврдећи да су пресудом о заплијени имовине укида право на приватно власништво загарантовано уставом. ЕСЉП доноси историјску пресуду у којој каже: тежња демократије јесте да приватна својина ужива заштиту али само под условом да није противна јавним интересима, као и да постоји легитимни захтијев јавних власти и да власник докаже поријекло имовине. Тужба Салабјакиа се одбија, са образложењем да приватно власништво мора бити транспарентно јер је транспарентност предуслов за заштиту својине.³¹

Суд је мишљења да није дошло до повреде права на мирно уживање приватне својине, као ни до повреде презумције невиности. И у овој пресуди суд образлаже да су законске претпоставке постављење унутар разумних ограничења и да се водило рачуна о праву на одбрану (принцип једнакости

³⁰ *Марандино против Италије* је пресуда од 15. априла 1991. године, бр. 12386, Одлука Комисије од 15. априла 1991. године, Одлуке и извештај 70, *Prisco против Италије*, пресуда од 15. јуна 1999. године, бр. 38662/1997. године; *Ciulla против Италије*, пресуда од 22. фебруара 1989. године, Серија А бр. 148; ЕСЉП, *Guzardi против Италије*, пресуда од 6. новембра 1980. године, Серија А бр. 39; ЕСЉП, *Arcuri против Италије*, пресуда од 5. јула 2001. године, бр. 52024/1999; ЕСЉП, *Riela против Италије*, пресуда од 4. септембра 2001. године, бр. 52439/99; ЕСЉП, *Vocellari против Италије*, пресуде од 28. октобра 2004. и 16. марта 2006. године. У свим овим предметима, у превентивном трајном одузимању незаконите имовине, суд је одлучио да је предметно одузимање имовине у складу са ЕКЉП, није прекршен члан 1. Протокола 1. „право на мирно уживање имовине“ као ни претпоставка невиности заједно са начелом *in dubio pro geo*, односно није прекршен члан 6. став 2. ЕКЉП. У предмету Аркури против Италије суд је мишљења да имовинска корист која је предмет превентивне мјере која се односи на имовину, не би требало званично да припада лицу које се сматра да представља опасност по друштво, будући да би то лице могло да је *de facto* користи као да је његово власништво.

³¹ Пресуда ЕСЉП, Салабаику против Француске, 7. октобар 1988. серија-А, бр.28.

оружја). Подносилац тужбе је имао могућност да докаже евентуално законито поријекло предметне имовине, али то није успио у својој одбрани. Правне претпоставке су у начелу у сагласности са чланом 6. ЕКЈП. Суд истиче да проширено одузимање представља редукацију начела невиности и доказног стандарда. Примјењује се при утврђивању незаконите или законите имовине, а на тужиоцу и оптуженом је подјела терета доказивања законите и незаконите имовине. У овоме предмету суд је, такође, мишљења да је употреба правних или материјалних претпоставки допуштена у разумним оквирима, да треба бити пропорционална важности предмета (принцип пропорционалности) и да се окривљеном гарантује право на жалбу. Суд наглашава да претпоставке чињенице или правне норме функционишу у свим правним системима и да ЕКЈП-а у начелу не забрањује такве претпоставке. Међутим, Конвенција захтјева од земаља уговорница да остану унутар одређених ограничења по овоме питању, у погледу кривичног права.

Суд је мишљења да претпоставка невиности, ни правило о терету доказивања које она садржи, не би спречавали националне законодавце да предвиде облике проширеног одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом, са редукацијом доказног стандарда и инверзијом, односно, подјелом терета доказивања које претпостављају.

Суд, дакле, није нашао никакав основ да одступи, на основу начела правичног суђења, од закључка да није нарушена претпоставка невиности и закључио је да није постојала повреда ни става 2. ни става 1. члана 6. ЕКЈП-а.

2.3 Филип против Уједињеног Краљевства

Подносилац представке је, између осталог, тврдио да законом предвиђена претпоставка суда, који је против њега издао налог за конфискацију последице изрицања осуђујуће пресуде за кривично дјело у вези с трговином опојним дрогама, представља повреду његовог права на претпоставку невиности, сходно ставу 2. члана 6. ЕКЈП.³²

Сходно члану 2. Закона о незаконитој трговини дрогом из 1994. године, спроведена је истрага о расположивим средствима подносиоца представке (у даљем тексту Закон из 1994. године). *Proceeds of Crime Act* из 2002. године прецизира раздобље од шест година прије извршења кривичног дјела, а за цјелокупну оптуженикову имовину мора се претпоставити да је прибављена извршењем кривичних дјела у вези дрога, уколико се закључи да оптуженик има тзв. „криминални животни стил“.³³ Неопходни стандард доказивања према

³² У предмету Филип против Уједињеног Краљевства првостепени суд у Њупорту је, 27.06.1996. године, осудио подносиоца представке за умијешаност у преношење велике количине канабисове смоле, на девет година затвора за кривична дела која је починио. Подносилац представке је и прије осуђиван, али никада за кривична дјела у вези с прометом опојних дрога.

³³ Приликом утврђивања да ли је и у којој мјери оптужени стекао корист од трговине дрогом,

Закону из 1994. године јесте онај који се примењује у грађанско-правном поступку, тј. онај заснован на већој вјероватноћи (чл. 2. став 8). Тужилаштво је утврдило, на основу веће вјероватноће, односно, веће претпоставке, да је подносилац представке стекао имовинску корист од трговине дрогом уназад шест година од учињеног кривичног дјела, то јест да је примио неку исплату или надокнаду у вези с трговином дрогом. Претпоставка коју треба формулисати је очигледна, а оптужени није показао да је она погрешна нити да постоји опасност од наношења неправде, односно, није успио доказати законитост прихода и имовине. Судија је процијенио, на основу преваге доказа и веће вјероватноће, да је подносилац представке стекао корист од трговине дрогом 91.400 ГБП.

У своме мишљењу суд је указао на своју ранију праксу да право на претпоставку невиности није апсолутно и да правне и чињеничне претпоставке у принципу нису забрањене ЕКЈП-а.³⁴ Није у супротности са конвенцијом ако домаћи судија примјени мјеру одузимања имовинске користи позивајући се на правне претпоставке, ако су правила о равнотежи доказа исправна и разумно ограничена. Принцип сразмјерности подразумијева да су права оптуженог адекватна и да му се омогући да пружа контра аргументе ради остваривања принципа из британског грађанског права „претежност вјероватноће доказа“.

На поднесену представку, ЕСЈП је потврдио да није било повреде принципа претпоставке невиности, коју предвиђа члан 6. став 2. ЕКЈП-а. Суд је, такође, утврдио да није било кршења члана 1. Протокола бр. 1 ЕКЈП-а, односно није било ометања права на мирно уживање имовине, и да налози за одузимање имовине, сходно Закону из 1994. године (превенција за оне који се баве или намјеравају да баве незаконитим прометом дроге, значи ометање права оптуженог на мирно уживање имовине), нису били несразмјерни. Примјена законом предвиђене претпоставке била је сразмерна са постављеним циљем, имајући у виду тешкоће приликом установљавања везе између имовинских средстава и трговине дрогом.

чланом 4. ст. 2. и ст. 3. Закона из 1994. године, захтијева се од суда да претпостави да сва имовина за коју се испостави да ју је оптужени посједовао у периоду након изрицања осуђујуће пресуде или шест година прије дана покретања кривичног поступка, представља исплату или неку другу врсту надокнаде у вези с трговином дрогом и да су сви трошкови које је он имао током тог истог периода плаћани из имовинске користи стечене прометом наркотика. Ову законску претпоставку оптужени може побити у погледу било које имовине или трошка, ако се покаже да је она нетачна или ако постоји озбиљна опасност да неправда буде почињена ако би се та претпоставка примијенила, члан 4.

³⁴ Када је ријеч о циљу коме се тежи, примјеном поступка за конфискацију, као што је Суд примјетио у предмету Њелцх против УК., ова овлашћења су дата судовима као оружје у борби против пораста трговине дрогом. Сходно томе, издавање налога за конфискацију функционише као средство одвраћања за оне који размишљају о бављењу трговином дрогом, као и начин да се нека особа лиши добити коју је стекла од трговине дрогом и да се вриједност имовинске користи уклони, односно, елиминише могућност њеног даљег коришћења за будућу трговину дрогом. Види: Пресуда Велш против УК од 09.02.1995. године, бр.17440/90,307А-1995.

2.4. Грејсон и Барнам против Уједињеног Краљевства

Када је ријеч о првом подносиоцу представке, г. Грејсону, држава наглашава да је приликом хапшења код њега пронађена огромна количина хероина. Околности које прате плаћање судских и других трошкова подносиоца представке указује на то да он располаже средствима која није објелоданио, док се на његовим банковним рачунима види низ финансијских трансакција које се не могу објаснити. Размотривши све доказе, судија је заузео становиште да подносилац представке безочно и непрекидно лаже и да није успио да пружи било какве документоване доказе који би ишли у његову корист. Пошто је утврђено да је подносилац представке стекао корист од незаконите трговине дрогом у износу који премашује 1,2 милиона ГБП и да располаже средствима која се не могу објаснити, није неправично на њега пребацити терет доказивања, примјеном принципа веће вјероватноће, приликом утврђивања вриједности стечене имовинске користи.

Када је ријеч о другом подносиоцу представке, г. Барнаму, Суд је мишљења да је подносиоцу стављено у задатак да докаже да је износ његових имовинских средстава мањи од стечене користи, с обзиром да је поуздано утврђено да је подносилац представке вођа једне међународне групе трговаца дрогом, као и да је стекао корист од незаконите трговине дрогом у износу од 1.5 милиона ГБП и да контролише огромну количину дроге. Подносилац представке, који је све вријеме имао правног заступника, тачно је, из пресуде коју је донио судија, знао како је утврђена стечена корист која се њему може приписати. Ни у једној фази поступка он није покушао да одговори на питања која је покренуло тужилаштво нити да пружи било какве доказе, у виду докумената или нечег другог, да он више не посједује било какву имовинску корист стечену криминалним активностима којима се бави, или да објасни шта се са њом десило. Његови докази су се сводили на пуко порицање да он има било какву имовину осим куће.³⁵

Суд је мишљења да су, током читавог поступка, права одбране била обезбјеђена заштитним мјерама које су саставни дио система. Стога је, у сваком случају, у поступку који је укључивао јавну расправу, процјену вршио суд, којом приликом су оцјењивани унапријед објављени аргументи које је формулисало тужилаштво и подносиоцу представке дата могућност да пружи документоване и усмене доказе. Сваког од двојице подносиоца представке је заступао бранилац по њиховом избору. На тужилаштву је било да докаже да је подносилац представке посједовао предметну имовинску корист током релевантног пери-

³⁵ Да је истина то што је подносилац представке изнио о својим финансијским активностима, не би му било тешко да предузме кораке којима би доказао свој финансијски положај. Напротив, када је утврђено да је подносилац представке примио испоруку канабиса, није било неправично захтијевати од њега да објасни шта се са тим товаром догодило.

ода. Иако је према закону суд морао да претпостави да та средства потичу од незаконите трговине дрогом, ова претпоставка је могла да буде оповргнута да је подносилац представке доказао да је имовину стекао на легалан начин. При том, судија је имао дискреционо право да не примени претпоставку ако је сматрао да би њена примјена представљала озбиљан ризик од наношења неправде.

Из наведених разлога, између осталог, Суд је закључио да није дошло до повреде става 1. члана 6. ЕКЉП, и да није дошло до повреде члана 1. Протокола бр.1 ЕКЉП.³⁶

3. Закључна разматрања

У доказивању најтежих облика организованог криминалитета, па самим тим и доказивања незаконите имовинске користи, јављају се тешкоће приликом документовања поријекла власништва над имовином, физичких и правних лица. „Традиционални“ кривични поступци, у којима се захтијева директа узрочно- посљедична веза између кривичног дјела и имовине, нису се показали ефикасним. У обезбјеђењу примјене начела да нико не може задржати незакониту имовинску корист, јављали су се проблеми када се лице прогласи невиним у кривичном поступку а посједује знатну незакониту имовину. Због компликованог кривичноправног модела одузимања незаконито стечене имовине све већи број правних система уводе „проширено“ кривично и грађанскоправне моделе одузимања незаконите имовине. Национални судови, сходно законодавним рјешењима, развили су судску праксу, по којој је дозвољена примјена проширеног одузимања-законских претпоставки, и обрнутог терета доказивања, под условом да је то одузимање у складу са међународним стандардима, начелима домаћег права у контексту кривичних и грађанских поступака.

У својим одлукама, ЕСЉП, сматра да постојање чињеничних и правних претпоставки није у супротности са ЕКЉП, односно, са претпоставком невиности садржаном у чл. 6. став 2. ЕКЉП. Конвенција не забрањује правне или чињеничне претпоставке, оне треба да се поставе унутар разумних ограничења, водећи рачуна о озбиљности улога у очувању права на одбрану. ЕСЉП

³⁶ Пред судом се ни један од двојице подносиоца представке није озбиљно жалио на правичности прве фазе поступка за конфискацију, током које је извршен обрачун користи стечене незаконитом трговином дрогом. Суд сматра да ни у једном од два случаја, било у принципу или практично, није било неспојиво са појмом правичног суђења, у смислу члана 6. Конвенције, да се терет доказивања пребаци на подносиоца представке, пошто је био осуђен за тешко кривично дело трговине дрогом, како би доказао да је извор новца или средстава за које се показало да их је посједовао током година прије извршења датог кривичног дјела, био легитиман. Терет доказивања није превазилазио разумне оквире. За суд је сасвим прихватљиво и позивање на релевантне међународне документе - Бечку конвенцију; Стразбуршку конвенцију (1990), у истој равни са домаћим законодавством.

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/Serbian/ Grayson I Banham](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/Serbian/Grayson I Banham).

истакао је да примјена законске претпоставке, у конкретним случајевима није имала за циљ осуду оптуженог за кривично дјело, већ је требало да омогући надлежном националном суду да утврди висину износа који ће бити предмет конфискације. Суд наглашава да је основна гаранција била садржана у чињеници да је оптужени имао могућност да побија спорну законску претпоставку, с тим да је било довољно да покаже, у складу са критеријумом равнотеже и вјероватноће, да је имовину стекао на други, легалан начин. У својим одлукама ЕСЈП истиче да је битна околност квалификација одузимања имовинске користи према домаћем законодавству. Ако је квалификација одузимања имовинске користи мјера (као што је у нашем кривичном законодавству) а не казна, дозвољена је ретроактивна примјена кривичног закона. У односу на класификацију поступка, према домаћем законодавству, Суд је навео да је одузимање незаконито стечене добити одвојено од главног кривичног поступка. Сврха поступка одузимања није осуда или ослобађање од кривице већ је више у смислу процјене да ли имовина за коју је доказано да је у посједу незаконита. Суд наводи да није неразумно очекивати од власника да објасни шта се десило са свим оним новцем за које је тужилаштво доказало да је у његовом посједу, и да због тога није неразумно очекивати од подносиоца захтјева да докаже легитимност извора своје имовине, а у циљу спречавања коришћења тог прихода у криминалне сврхе. Имовина може бити легална само ако је транспарентна, транспарентност је предуслов за заштиту својине.

Увођењем коришћења законских претпоставки и пребацивањем терета доказивања на учиниоца кривичног дјела у Закону о одузимању имовинске користи стечене извршењем кривичног дјела у Републици Српској, учињен је радикалан помак у односу на досадашњи систем одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом³⁷, јер је олакшано утврђивање поријекла цјелокупне имовине, будући да тужилац не мора доказивати постојање узрочно посљедичне везе између извршеног кривичног дјела и имовине која је предмет одузимања. Режим одузимања обухвата имовину која не проистиче директно из кривичног дјела за које је одређено лице оглашено кривим. Осуда за неко од кривичних дјела прописаних чл. 2. Закона о одузимању не значи да имовина проистиче баш из тог кривичног дјела, већ њено постојање представља претпоставку о криминалном поријеклу имовине, тј. да потиче од извршења било којег кривичног дјела чије постојање не мора бити доказано. Овим рјешењима отворен је пут ефикасној борби против организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дјела. Ради се о мјери одузимања имовине превентивног карактера а не казног, с обзиром да се иста односи на одузимање извора прихода од лица у циљу спречавања коришћења тог прихода у криминалне сврхе. Тачно је да коришћење ових института тражи посебан опрез и процјену

³⁷ Више о томе: Говедарица, М.: Одузимање имовинске користи и усаглашеност са међународним стандардима, Право и правда, Сарајево, бр. 1/2012.

услова за њихову примјену, али није ограничено временским интервалима извршења предметног кривичног дјела, а све сходно и одлукама ЕСЈП-а. Једно је извјесно у примјени овога института не можемо се више позивати на судску праксу из 70 и 80 година прошлог вијека.

Mr Milimir Govedarica
Spec. Dragan Vujic

COMPARATIVE LEGAL SYSTEMS OF UNLAWFUL TAKING OF PROPERTY OBSERVED DECISIONS ECHR

Summary

The contents of this paper is the analysis of comparative legal systems of some unlawful seizure of property, seen primarily through two systems of confiscation of property such as: criminal law and civil model. The authors emphasize the usefulness and necessity of applying procedures that are not "traditional" criminal and confiscation the offender and related persons, observed in studying the legal systems, does not depend on their criminal responsibility. The second part is devoted to the analysis of certain decisions of the ECHR in the context of making these decisions by national courts. The decisions of the ECHR, the court emphasized that the application procedures (which are not "classic" criminal) in which the seized illegal proceeds, are not violated basic human rights of the appellants. Viewed individually applied in these decisions is preventive seizure, confiscation extended to the legal requirements of subjective and factual circumstances, reversal of burden of proof, all with the use of retroactivity. Towards the end of the work are given in the concluding observations which the authors summarized the way to illustrate the appropriateness of the solution, they have found in the study of the problem, which should be the basis for the application of the jurisprudence in criminal law and the Serbian Republic of BiH, bearing in mind the existing legal solutions.

Keywords: *illegal profits, the criminal justice model, the civil law model, the European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, court decisions, national legal frameworks.*

UGROŽAVANJE BEZBJEDNOSTI VAZDUŠNOG SAOBRAĆAJA

Prof. dr Branko Vučković*

Apstrakt: *Ugrožavanje vazdušnog saobraćaja predstavlja primjenu terorističkih oblika nasilja kojima se vrši ugrožavanje bezbjednosti ljudi i imovine. Motivi izvršenja djela su različiti – kriminalni, politički, avanturistički. Karakteristika ovog oblika saobraćaja jeste, da je njegov razvoj doveo do radikalnih promjena u svim vrstama saobraćaja, kao i da su objekti napada često žrtve terorista, koji ih koriste kao sredstva za ostvarivanje svojih ciljeva. Govoriti o ugrožavanju bezbjednosti vazdušnog saobraćaja, a ne govoriti u isto vrijeme o aktima terorizma, gotovo je nemoguće. U radu će se dati osvrt na osnovne karakteristike ugrožavanja ove vrste saobraćaja, pravnu regulativu i preventivne mjere koje treba preduzeti da se spriječi izvršenje ovog krivičnog djela.*

Ključne riječi: *vazdušni saobraćaj, terorizam, posljedica ugrožavanja vazdušnog saobraćaja, preventivne mjere i radnje.*

1. Uvod

Vazdušni saobraćaj, njegovo bezbjedno i normalno odvijanje je od višestrukog društvenog značaja. Krivična djela kojima se ugrožava vazdušni saobraćaj imaju svoje specifičnosti, zbog načina izvršenja i samog izvršioca – njih, za razliku od drugih krivičnih djela protiv bezbjednosti javnog saobraćaja, ne vrše samo učesnici u saobraćaju, već ih mogu vršiti i druga lica.

Osvajanje vazdušnog prostora počelo je u XVIII vijeku (1783. godine), kada je prvi balon braće Mongolifija napunjen toplom vodom izvršio uspješan let. Samo godinu dana kasnije, policijskim dekretom u Parizu, zabranjeni su letovi balonom bez specijalnog odobrenja, zbog bezbjednosti letjenja, a sa namjerom da se regulišu prvi propisi o vazdušnoj plovidbi, koji su donijeti u Francuskoj 1819. godine i po kojima je posada balona morala biti opremljena padobranom, što je bila prva mjera

* Председник Основног суда у Котору, Председник Удружења за кривично право и криминалну политику Црне Горе, Професор Међународног кривичног права на Правном факултету Универзитета Медитеран у Подгорици, Професор Кривичног права и кривично процесног законодавства на Факултету за медитеранске пословне студије у Тивту.

bezbjednosti u vazдушnom prostoru. Od tada do danas, donijet je niz propisa, konvencija, počevši od Haške konvencije iz 1889. godine, preko Pariske konvencije iz 1919. godine, Čikaške iz 1924. godine, do Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplova donijetoj u Montrealu 23. septembra 1971. godine, koju je ratifikovala i naša država.¹

Prema međunarodnom vazduhoplovnom pravu, pod pojmom vazdušna plovidba podrazumijeva se letjenje ili kretanje vazduhoplova po manevarskim površinama aerodroma.

Pod ugrožavanjem bezbjednosti vazdušnog saobraćaja, podrazumijeva se primjena terorističkih oblika nasilja kojima se vrši ugrožavanje bezbjednosti ljudi i imovine. Upravo zbog toga, sa porastom i razvojem vazdušnog saobraćaja, došlo je do porasta terorističkih napada, koji su se ispoljavali uglavnom otmicama vazduhoplova, podmetanjem bombi, raznim oblicima sabotaza ne samo u vazduhoplovu, već i na aerodromskim objektima kao sastavnim dijelovima ove vrste javnog saobraćaja. To je razlog, da se na ovom mjestu ukaže na pojedine oblike terorizma i sabotaze kojima se ugrožava vazdušni saobraćaj, aerodromsko postrojenje, koje su njegove posljedice i kako je ovo krivično djelo regulisano u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore.

2. Terorizam u vazдушnom saobraćaju

Terorizam u vazдушnom saobraćaju predstavlja oblik nasilja koji sadrži prijetnju uz upotrebu oružja, a žrtva nasilja je avio kompanija, koja se najčešće, unaprijed isplanira kao što se planira i preduzimanje radnji u cilju izazivanja straha i panike. Razvoj civilnog vazdušnog saobraćaja uslovio je i povećan broj terorističkih napada, koji su se najviše ispoljavali u otmici aviona, podmetanju eksplozivnih naprava, uz upotrebu biološko-hemijskog oružja, do današnjih oblika koje karakteriše samoubilački akt.

Postoje različite definicije terorizma, ali nije sporno da je to svaki akt nasilja, kojim se ugrožava život ljudi (nevine žrtve) i nanosi materijalna šteta oštećenjem ili rušenjem objekata od javnog interesa građana s ciljem da se izazove strah i opšta nesigurnost ljudi.² Terorizam je specifičan, surov oblik nasilja, kojim se nanosi šteta državi ili međunarodnoj organizaciji, preduzet u cilju zastrašivanja stanovništva, primjeni prinude prema vladi ili međunarodnoj organizaciji, da se nešto učini ili ne učini u cilju ozbiljne destabilizacije ili uništavanja osnovnih političkih, ustavnih, ekonomskih ili društvenih struktura zemlje ili međunarodne organizacije.³

¹ „Sl. list SFRJ“, br. 33/72.

² M. Bošković, *Pretpostavke ostvarivanja uloge policije u sprečavanju i suzbijanju terorizma*, Policijska akademija, Zbornik radova, Beograd, 2002. g., str. 289.

³ D. Kolarić, *Terorizam (legitimnost i granice krivičnopravne zaštite i evropski standardi)*, XVII Savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zbornik radova, Zlatibor, 2010. g. str. 114.

Terorizam je jedan od čestih oblika nasilja u vazдушnom saobraćaju, a njegova savremena osnovna obilježja ogledaju se u samoubilačkim akcijama izraženim kao fanatizam, neočekivanost ili iznenađenje, odlučnost i nepokolebljivost, ofanzivnost, lukavost, pokretljivost, usklađenost akcija i dr.

1. Fanatizam, je izraz odanosti ili pretjerana zaslijepjenost u vjeru i ideju koju propovjeda Alah islamskom svijetu pomoću koje se samoubica odriče svog života da bi ostvario cilj ili zapovjest svog vođe u koga vjeruje da je ovlašćen da od Alaha i u čije ime se akt nasilja izvodi. Islamski teroristi, samoubice, izveli su akt nasilja u vazдушnom saobraćaju SAD, 11. 09. 2001. godine, motivisani idejom terorističke organizacije „Al Qaida“.

2. Neočekivanost kao iznenađenje, omogućuje da moderne terorističke organizacije iznenade bezbjednosne službe i izvode akt gdje se najmanje očekuje. Iznenađenje je jedna od odlika Al Qaide u napadu na vazduhoplove SAD-a, čije službe bezbjednosti su bile ubjeđene da su SAD nedodirive, kako aktom nasilja, tako i sredstvom napada.

3. Odlučnost i nepokolebljivost terorista, jedna je od odlika islamskih terorista koji polažu svoje živote za interes ideja i ostvarenja krajnjeg cilja, što su pokazali napadom na vazduhoplove i objekte SAD-a.

4. Ofanzivost se postiže neprekidnim nasiljem na unaprijed ciljane i planirane objekte sa više mjesta i različitih pravaca uz ostvarenje efekta i krajnjeg cilja.

5. Lukavost se postiže dovođenjem žrtve u zabludu i dovođenjem službi bezbjednosti na pogrešan pravac njihovog djelovanja, kako bi sa drugog pravca učinili iznenađenje i ostvarili uspjeh.

6. Pokretljivost je osobina i strategijsko-taktička zamisao kojom se otežava efikasna akcija organa bezbjednosti u spriječavanju terorističkih akcija, kako bi se akt nasilja uspješnije izveo.⁴

3. Sabotaža u vazдушnom saobraćaju

Sabotaža kao uzrok katastrofa u vazдушnom saobraćaju za posljedicu ima stradanje velikog broja putnika, članova posade, lica na opsluživanju i stanovništva na mjestu izvršene sabotaže. To je prikrivena, spontana djelatnost, kojom se, za kraće ili duže vrijeme, onemogućava ili ometa normalno funkcionisanje proizvodnih, upravnih ili drugih djelatnosti društva, posredno ili neposredno prouzrokuju određene materijalne i moralno političke posljedice. Sabotaža je akt preduzet u namjeri da se prouzrokuju smetnje koje rezultiraju nezakonitim ometanjem civilnog vazduhoplova i njegovih sredstava.⁵ Ove radnje mogu preduzeti i putnici u avionu i zaposleni u kompaniji, koji su najčešće plaćeni da izvedu takav akt, ali i članovi tajne terorističke organizacije u čijem interesu djeluju na svom radnom mjestu.⁶

⁴ Lj. Pejanović, *Ugrožavanje bezbednosti vazdušnog saobraćaja*, Kruševac, 2008., str. 28

⁵ *Vojna enciklopedija*, drugo izdanje – 8, Beograd, 1974, str. 300.

⁶ Lj. Pejanović, *op. cit.*, str. 43.

4. Posljedice ugrožavanja vazdušnog saobraćaja

Posljedice ugrožavanja vazdušnog saobraćaja su brojne, a odnose se kako na posadu u letu, aerodromske zgrade i objekte, tako i sabotажом i eksplozijom vazduhoplova u letu, na zemlji, sudarom u vazduhu i na zemlji, podmetanjem zapaljivih materija, samoubilačkim aktima nasilja, kidnapovanjem ljudi na zemlji, na aerodromima, ali i u letu, u avionima.

a) Posljedica napada na posadu u letu dešava se najčešće u slučaju odbijanja kapetana vazduhoplova da izvrši neki od zahtjeva terorista, skretanjem aviona sa putanje leta u drugom smjeru i usljed primoravanja da se izvrši takav nalog terorista, može doći do nezgode vazduhoplova, usljed nestanka goriva u avionu ali i zbog psihičkog rastrojstva terorista koji gube kontrolu i vrše nasilje nad posadom, čime onesposobljavaju pilote da upravljaju avionom.

b) Aerodromski objekti koji su od posebne važnosti za bezbjedno odvijanje vazdušnog saobraćaja su i od posebnog značaja i interesa samim teroristima i njihovim aktivnostima, s obzirom na veliki broj ljudi u njima, tako da može doći do gubitka života većeg broja lica, a što je cilj terorističkog akta.

v) Posljedice koje se izazivaju sabotажом i eksplozijom vazduhoplova u letu i na zemlji, teže se otkrivaju, s obzirom na izvršioce ovih akata, a to su najčešće zaposlena lica, koja namjernim izazivanjem kvara nanose materijalnu štetu avio kompaniji.

g) Sudar vazduhoplova na zemlji i u vazduhu, predstavlja udar jedne o drugu letjelicu, ili udarom letjelice u predmete koji su ostavljeni na aerodromskoj pisti, usljed čega dolazi do sudara pri polijetanju ili slijetanju vazduhoplova.

d) Podmetanje opasnih naprava i zapaljivih materija sabotажом, kao posljedica ugrožavanja vazdušnog saobraćaja može biti privremena ili trajna, što zavisi od njihove vrste i količine.

đ) Posljedica ugrožavanja vazdušnog saobraćaja može biti i radnja preduzeta kao samoubilački akt, u kome izvršilac izaziva smrt ili najveću moguću štetu odabranoj meti a sa namjerom da ni sam ne preživi.

e) Kidnapovanje ljudi na aerodromima i u avionima, kao posljedica ugrožavanja vazdušnog saobraćaja najčešće je motivisano kriminalno-političkim pobudama, ali može biti preduzeto i usljed psihičkih oboljenja izvršilaca. Samoubilački terorizam je samožrtvovanje života kao pokretne bombe usmjerene na unaprijed odabrani objekt za ostvarivanje zadatog cilja i ispunjenja tzv. „božije volje“.

5. Међународне конвенције у области безбједности ваздушног саобраћаја

Међународна заједница у другој половини XX вијека доnijela је низ међународних докумената у циљу побољшања и заштите ваздушне пловидне. Ваздуhopлов као средство превоза, може бити и средство за извршење кривичног djела и предмет извршења, што је било од uticaja да се ова djelatност посебно уреди, како на међународном, тако и у унутрашњем правном поретку. Ваздуhopловство има међународни карактер, с обзиrom на мјесто извршења кривичног djела и учиниоце, jer се приликом извршења овог кривичног djела појављује проблем предаје учинилаца кривичног djела (најчешће otmice ваздуhopлова) држави у коју је ваздуhopлов слетио, као и питање те државе да прими oтети ваздуhopлов и њено даље поступање у случају његовог пријема.⁷

О проблему otmice ваздуhopлова по први пут, расправљано је 1969. године пред Generalном скупштином Уједињених нација, када је ukazано да otmice авиона представљају акт насиља који доводи до угрожавања безбједности ваздушне пловидбе, а којима долази и до угрожавања људских живота и имовине. Међутим, не значи да и раније није било докумената који су регулисали ваздушни саобраћај. Међу њима најзначајније су:

a) *Pariska конвенција о праву држава у ваздушном простору* (1919), која не садржи одредбе о угрожавању ваздушне пловидбе, иако се криминални акт у ваздушном саобраћају desio прије donoшења овог документа.⁸

b) *Čikaška конвенција о међународном ваздуhopлову* (1944), први је правни акт којим је регулисан међународни ваздушни саобраћај у смислу контроле летјења и одређења коридора у ваздушном простору. Ова Конвенција у правном извору међународног ваздуhopловног права rangирана је као најважнији извор овог права.⁹

c) *Конвенција о кривичним и другим актима извршеним у ваздуhopловству*, усвојена у Токију (1963. г. која је stupила на снагу 1969. г.). Значај ове Конвенције је што нормативно уређује један број инкриминација које се појављују приликом извршења кривичних djела у ваздушном простору, без обзира против кога су upерена.

Конвенција о сузбијању незаконите otmice ваздуhopлова, donijeta је у Hагу 1970. године, а stupила је на снагу 1971. године, у Preamбули propиsuје да „незаконити акти заплијене или вршења контроле над ваздуhopловом у лету излажу opасности безбједност особа и dobara, озбиљно oметају коришћење ваздушног простора и услуга и подривају повјерење народа читавог svijeta у безбједности цивилног ваздуhopловства.“ Зато се smatra neodložним предвидјети одговарајуће мјере у погледу кањжаванја учиниоца оваквих понашања.

⁷ B. Filipović, *Otmica ваздуhopлова у светлу норми uporedног права и међународног права*, USUPJ, Beograd, 1973., str. 38.

⁸ R. Gaćinović, *Terorizam*, Daslar, Beograd, 2005, str. 229.

⁹ Lj. Pejanović, *op. cit.*, str. 69.

Konvencija koja predstavlja jedan od prvih međunarodnih dokumenata, koja je obuhvatila više različitih oblika napada na ljude i vazduhoplove, kojom se zahtijeva strogo kažnjavanje izvršilaca ovih krivičnih djela je, *Montrealska konvencija o protivzakonitim aktima usmjerenim protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva* usvojena u Montrealu 1971. godine. Ni ovom Konvencijom nije se u potpunosti regulisalo pravno pitanje suzbijanja i spriječavanja terorističkih akata u vazdušnom saobraćaju.

6. Pravna regulativa u oblasti vazdušnog saobraćaja

Zbog značaja vazdušnog saobraćaja, njegovog nesmetanog, bezbjednog odvijanja, donijeti su propisi u nacionalnom zakonodavstvu u koje su inkorporirane odredbe međunarodnih konvencija kojima se reguliše vazdušni saobraćaj.

6. 1. Zakon o vazdušnom saobraćaju

Zakon o vazdušnom saobraćaju¹⁰ određuje uslove za obavljanje vazdušnog saobraćaja u vazdušnom prostoru Crne Gore, uslove za sigurnost i bezbjednost vazdušnog saobraćaja, upravljanje vazdušnim saobraćajem i druga pitanja od značaja za vazdušni saobraćaj.

6. 2. Krivična djela ugrožavanja vazdušnog saobraćaja kod nas

Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva, zaključena u Montrealu 23. 09. 1971. godine, koju je ratifikovala i naša zemlja, kao međunarodna krivična djela predviđa mnoge djelatnosti kojima se ugrožava bezbjednost civilnog vazdušnog saobraćaja. Kao potpisnik ove Konvencije naša zemlja je preuzela obavezu da takve djelatnosti inkriminiše u svom zakonodavstvu. To je učinjeno određivanjem kažnjivosti za pojedina krivična djela.

U Krivičnom zakoniku Crne Gore¹¹ u članu 341. propisano je krivično djelo-ugrožavanje bezbjednosti vazdušnog saobraćaja, a odredba glasi:

„(1) Ko nepropisnim ili nepravilnim upravljanjem letom vazduhoplova, propuštanjem dužnosti ili nadzora u vezi sa bezbjednošću vazdušnog saobraćaja, davanjem netačnih obavještenja od značaja za bezbjedan let vazduhoplova ili na drugi način dovede u opasnost bezbjednost vazdušnog saobraćaja, kazniće se zatvorom od jedne do šest godina.

¹⁰ „Sl. list CG“, br. 30/12

¹¹ „Sl. list RCG“, br. 70/03 „Sl. list CG“, 32./11.

(2) Ako je djelo iz stava 1 ovog člana učinjeno iz nehata ili nehatnim uništenjem ili oštećenjem uređaja za navigaciju ili nehatnim nanošenjem druge štete na vazduhoplovu, učinilac će se kazniti zatvorom od tri mjeseca do tri godine.“

Iz zakonske definicije, utvrđuje se da postoji nekoliko oblika ovog djela, koji se međusobno razlikuju po radnji izvršenja.

a) *Nepropisno ili nepravilno upravljanje letom vazduhoplova*, je prvi oblik ovog djela. On postoji, prije svega, kad se let vazduhoplova odvija suprotno propisima koji to regulišu. Takav je, npr. slučaj kad se upotrebljava letjelica za koju se zna ili se osnovano moglo pretpostaviti da tehnički nije ispravna za let, zatim kad se za vrijeme leta krše propisi o vazdušnoj plovidbi, kao što je skretanje sa pravca leta (koridora), nepoštovanje propisa o slijetanju ili polijetanju, nepridržavanje propisa o upućivanju signala i sl. Djelo postoji i kad letom vazduhoplova upravlja lice koje za to nema stručne kvalifikacije ili koje je u takvom fizičkom ili psihičkom stanju da nije sposobno da upravlja vazduhoplovom. Do izvršenja djela može doći i u slučaju nepravilnog leta vazduhoplova. U takvom slučaju nije povrijeđen propis o vazdušnoj plovidbi, ali se let vazduhoplova nije odvijao u skladu sa postojećim tehničkim i drugim pravilima koja su se u konkretnoj situaciji morala poštovati.

b) *Propuštanje dužnosti ili nadzora*, je drugi oblik ovog djela. I u ovom slučaju radi se o jednom obliku postupanja koje je suprotno propisima o bezbjednosti vazdušnog saobraćaja. Razlika je, jer ovo djelo vrši lice koje je, prema propisima, dužno da vrši odgovarajući nadzor nad vazdušnim saobraćajem. Takav je npr. slučaj kad lice, čija je to obaveza, propusti da izvrši tehničku kontrolu vazduhoplova prije njegovog leta ili kad propusti da preduzme odgovarajuće mjere u vezi sa bezbjednošću piste, ili kad ne vrši svoju dužnost nadzora nad vazdušnim saobraćajem (nepraćenje leta vazduhoplova od službe kontrole letjenja) i sl.

v) *Davanje netačnih obavještenja*, je treći oblik ovog djela. Ova obavještenja mogu se odnositi na meteorološke uslove leta (pravac i brzina vjetrova, visina i gustina oblaka, vremenski uslovi za uzlijetanje i slijetanje i sl.), tehničko stanje vazduhoplova, položaj vazduhoplova dok je u letu. Za postojanje ovog oblika krivičnog djela bitno je da su obavještenja od značaja za bezbjedan let vazduhoplova i da su netačna. Pri tome nije značajno da li se prećutkuju izvjesne okolnosti koje bi morale biti saopštene posadi vazduhoplova ili se njihova sadržina netačno prikazuje, već je bitno da onaj koji daje obavještenja zna da su ona netačna.

g) *Dovođenje u opasnost na drugi način*, je četvrti oblik ovog djela. Ovom inkriminacijom obuhvaćeni su svi ostali slučajevi ugrožavanja bezbjednosti leta vazduhoplova koji se ne mogu podvesti pod neki od prethodno navedenih. Riječ je o obliku krivičnog djela čija radnja nije precizirana, tako da se pod njega mogu podvesti razni slučajevi, kao što su npr. oštećenje piste, oštećenje uređaja koji služe bezbjednosti vazdušne plovidbe, stavljanje prepreka na mjesta na kojima se odvija let vazduhoplova i sl.

U članu 342. propisano je krivično djelo ugrožavanje bezbjednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme, koje je posljedica krivičnoprav-

ne zaštite vazdušnog saobraćaja nastale nakon ratifikacije Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva iz 1971. godine.

Krivično djelo otmica vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva, propisano je u članu 343. KZ. Razlog inkriminacije je upravo što su sigurnost vazduhoplova, broda i drugih prevoznih sredstava vrijednosti zaštićene međunarodnim pravom. Najznačajniji međunarodnopravni akt koji se odnosi na zaštitu vazduhoplova je Haška konvencija o suzbijanju nezakonite otmice aviona od 1970. godine, koju je ratifikovala i naša zemlja 1972. godine, nezakonita otmica vazduhoplova proglašena je za delikt međunarodnog prava, a države potpisnice su se obavezale da u svom nacionalnom zakonodavstvu odrede kao krivično djelo svaku nasilnu otmicu vazduhoplova dok se on nalazi u letu.¹²

7. Organizacije u suzbijanju delikta ugrožavanja vazdušnog saobraćaja

Pored brojnih konvencija i zakonodavnih okvira kojima se utiče na suzbijanje ugrožavanja leta vazduhoplova, odnosno uopšte vazdušnog saobraćaja, postoje mnoge međunarodne organizacije:

1. *Međunarodna vazduhoplovna organizacija-ICAO* –koja propisuje pravila, mjere i preporuke o zaštiti vazdušnog saobraćaja od terorističkih aktivnosti.

2. *Međunarodna federacija udruženja saobraćajnih pilota- IFALPA* –koja se zalaže za preduzimanje mjera bezbjednosti na zemlji, uz prihvaćena mišljenja da se otmičarima u toku leta ne pruža otpor, ni od strane članova posade ni od strane putnika.

3. *Međunarodna organizacija udruženja kontrolora leta- IFATCA* –koja obezbjeđuje vazdušnu plovību, s obzirom da je ova organizacija posredno i neposredno „pogođena“ otmicama aviona.

4. *Međunarodna organizacija udruženja civilnih aerodroma- ICAA* –formirana je upravo zbog toga što izvršioc i svih delikata uperenih protiv bezbjednosti vazdušnog saobraćaja moraju prethodno proći ili preći aerodromom.¹³

5. *Međunarodna organizacija kriminalističke policije- INTERPOL* – angažovana je na suzbijanju i spriječavanju svih oblika ugrožavanja vazdušnog saobraćaja u civilnom vazduhoplovstvu, uz primjenu međunarodnih konvencija kojima se propisuju ova djela.

6. *Međunarodni sudovi-* imaju posebnu ulogu u procesu stvaranja međunarodnog vazduhoplovnog prava, imaju u nadležnost rješavanje sporova i njihove odluke predstavljaju izvor prava.

¹² Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat, 2010. g., str. 822-829.

¹³ B. Filipović, *op. cit.*, str. 92.

8. Preventivne mjere za bezbjednost vazdušnog saobraćaja

Pored zakonske regulative u spriječavanju i suzbijanju delikata u vazdušnom saobraćaju, posebno mjesto zauzimaju preventivne mjere, kao što su:

- adekvatno osposobljavanje, opremanje i obučavanje za slučaj terorističkih napada na objekte aerodromskih postrojenja i aviona, svih zaposlenih;
- obučavanje svih kadrova angažovanih na preventivnim aktivnostima zaštite;
- koordinacija svih bezbjedonosnih subjekata u međunarodnoj zajednici;
- osposobljavanje, obučavanje i opremanje posebnih timova u suzbijanju napada u vazduhu;
- detaljno istraživanje i provjeravanje planova, programa, snage i opreme organizacija koje djeluju u namjeri ugrožavanja vazdušnog saobraćaja;
- koordinacija i saradnja vazduhoplovnih organizacija sa agencijama i službama Evropske unije i Savjeta bezbjednosti;
- koordinacija i saradnja u okviru obavještajnih službi, carinskih, poštanskih i službi za kontrolu leta.

U cilju spriječavanja i preventivnog djelovanja, posebno su značajne službe zaštite na aerodromima i avio – kompanijama koje treba da preduzimaju aktivnosti, kao što su:

- periodično i dnevno procjenjivanje rizika uz pretpostavke vjerovatnoće o vrsti prijetnji, lokaciji izvršenja i snage koje mogu izvršiti akt nasilja;
- procjena potrebnih snaga i sredstava uz uspješno suprotstavljanje svim oblicima prijetnji;
- procjena rizika o ugroženosti letova na ratom i ekspanziji terorizma zahvaćenim područjima;
- procjena zaštite vazduhoplova sa posebnim putnicima tj. predstavnicima vlasti i planiranje potrebnih snaga i sredstava zaštite;
- procjena rizika i mogućnosti ulaska putnika saoubica u vazduhoplov;
- prepoznavanje i uočavanje opasnih i sumnjivih lica pri kupovini prevoznog dokumenta i ulaskom u aerodromski terminal;
- redovna kontrola i pregled pri ulasku i izlasku iz objekta, kao i kontrola pomoću tehničke opreme;
- redovna međusobna komunikacija između zaposlenih, što omogućava blagovremeno saznanje o kretanju nepoznatih i sumnjivih lica i njihovog prtljaga;
- uvođenje identifikacionih kartica, što omogućava blagovremeno uočavanje neobilježenih lica, a tim i povećano posmatranje njihovih aktivnosti i
- uvođenje posebne i česte obuke za rad u avio-kompaniji licima na poslovima zaštite.¹⁴

¹⁴ Lj. Pejanović, M. Bejatović, Avioterrorizam, Novi Sad, 2009, str. 279-280.

Pored ovih mjera od značaja su i preventivne mjere koje se preduzimaju dok se vazduhoplov nalazi na zemlji, na aerodromskom prostoru, kao i u vazdušnom prostoru. Bezbjednost vazdušnog saobraćaja podrazumijeva planiranje i preduzimanje mjera bezbjednosti u cilju spriječavanja, suzbijanja i zaštite vazdušne plovidbe i transporta od nezakonitih akata.

9. Zaključak

Vazdušni saobraćaj predstavlja globalni sistem i stoga se zahtijeva specifična pravna regulativa pri njegovom izvršenju, ali prije svega i preventivno djelovanje preduzimanjem i unapređenjem preventivnih mjera.

U sklopu Međunarodne vazduhoplovne organizacije (ICAO), pokrenuta je opšta globalna sigurnosna inicijativa koja je fokusirana prije svega, na unapređenje Čikaške konvencije kojom su uspostavljeni standardi i date preporuke za prevenciju leta vazduhoplova. Naročito je važno stalno praćenje uzroka ugrožavanja leta vazduhoplova, kao i postojanje stalne saradnje među državama u cilju poboljšanja razmjene informacija.

Gotovo sve zemlje, bilo da su u tranziciji ili razvijene, stalno u okviru sistema nacionalne bezbjednosti razvijaju poseban podsistem koji se bavi problematikom bezbjednosti vazdušnog saobraćaja. Posebno je važno naglasiti da ugrožavanje bezbjednosti vazduhoplova predstavlja teroristički akt, sa teškim posljedicama, posebno kod činjenice da se na jednom mjestu nalazi veliki broj ljudi, što direktno utiče na katastrofalne posljedice koje mogu nastati za ljude i imovinu.

U cilju postizanja većeg stepena bezbjednosti vazdušnog saobraćaja, potrebno je više razvijati preventivne mjere i koordinaciju među državama, ne samo u regionu, već i u svijetu, kako bi se na taj način spriječilo izvršenje krivičnih djela kojima se ugrožava vazduhoplov. Primjenom određenih mjera zaštite na aerodromima, njihovim podizanjem na viši stepen bezbjednosti, smanjuje se rizik od mogućih oblika ugrožavanja ove vrste saobraćaja.

Razvojem nauke i tehnike danas se sve više obezbjeđuje sigurnost leta u vazduhoplovu, međutim i pored toga, potrebno je stalno, kontinuirano preispitivanje mjera koje se preduzimaju u cilju njihovog spriječavanja, s obzirom da je više nego ikada vazdušni saobraćaj meta terorista, naročito pogodan zbog velikog broja ljudi koji koriste ovu vrstu prevoza, čime dolazi do stradanja većeg broja ljudi na jednom mjestu, u jednom trenutku.

Ugrožavanje bezbjednosti leta vazduhoplova predstavlja teroristički akt, delikt nasilja, zbog čega je i inkriminisan kao posebno krivično djelo u mnogim zakonodavstvima, a osnov za njihovu inkriminaciju bio je donošenje Konvencije o krivičnim djelima i nekim drugim aktima izvršenim u vazduhoplovu, u Tokiju 1963. godine. Ovim dokumentom, po prvi put, rješavaju se problemi otmice kao oblika ugrožavanja vazdušnog saobraćaja. Kasnije donijetom Konvencijom o suzbijanju

nezakonitih akata uperenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva, donijetoj u Montrealu 1971. godine, definisani su i drugi oblici ugrožavanja vazdušnog saobraćaja. Naša država ratifikovala je ovu Konvenciju, čime je preuzela obavezu da inkriminiše djelatnosti koje ugrožavaju vazdušni saobraćaj u svom krivičnom zakonodavstvu, što je prvi put učinjeno izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 1973. godine, a kasnije, proširena je inkriminacija iz Montrealske konvencije i na sve druge radnje kojima se dovodi u opasnost bezbjednost leta vazduhoplova.

Summary

Air traffic, its safe and normal development has multiple social significance. Criminal acts that endanger air traffic have their specificities, because of the way of performing and the executor - unlike other crimes against traffic security, they aren't made by participants in the traffic, but they could be performed also by other persons.

This work presents the specific forms of committing this offense, it is pointed out what preventive measures can be taken to contribute to safety in air flight, who undertakes them. For normal development of this kind of traffic, special significance has coordination and cooperation between the states, in the region and in the world in general, especially of security services.

Committing these offences leads to sufferance of great number of people, in one place and in one moment. Because of that it is necessary, first of all, constantly improve the preventive measures, educate people who directly participate in this kind of traffic, in order to react preventively, but also keep evaluating causes of some forms of threat of air traffic security.

The work in that context, deals statutory system, incrimination of this criminal act, with review what preventive measures should be taken.

СПОРАЗУМИ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И ОКРИВЉЕНОГ И НОВИ ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Академик проф. др Станко Бејатовић*

Апстракт: Предмет рада је стручно-критичка анализа питања споразума јавног тужιοца и окривљеног, као једног од репрезентативнијих форми поједностављеног поступања у кривичним стварима у новом ЗКП РС. Три су групе питања која чине садржину раду. Прва се тиче опитних напомена о процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије и ЗКП из 2011. године као резултату те реформе. Друга група питања посвећена је анализи места и улоге института споразума јавног тужιοца и окривљеног (схваћеног у ширем смислу речи) у процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије. Кључни закључак анализе ове групе питања је пуна криминално-политичка оправданост озакоњења института у процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије. Трећа (централна) група питања посвећена је стручно-критичкој анализи одредаба новог ЗКП РС о сваком од три могућа вида споразумевања јавног тужιοца и окривљеног. Ауторов закључак анализе ове групе питања је да су питања везана за нормативну разраду анализираних видова споразумевања ових двају процесних субјеката у новом ЗКП РС, начелно посматрано, у складу са већинским ставовима наше стручне јавности и да су као таква у складу и са њиховом суштином и криминално-политичким разлозима који су довели до њиховог општепознатог статуса у савременом кривичном процесном законодавству уопште. Међутим, за разлику од овако начелно дате оцене, одређени, не мали број питања нормативне разраде института, по ставу аутора, није на нивоу очекиваног. Међу не малим бројем питања овог карактера посебно се истичу она која се тичу могућег обима примене појединих видова споразумевања, садржаја текста споразума, врсте и износа кривичне санкције у закљученом споразуму, месту и улози лица оштећеног кривичним делом у процесу закључивања споразума, улоге браниоца у процесу преговарања и одлучивања суда о споразуму, тренутка процесног активирања суда, могућности и основа употребе правног лека у оваквом

* Академик проф. др Станко Бејатовић.

једном поступку и сл. Међутим, и поред овог став је аутора да се ни у ком случају не може довести под знак питања оправданост постојања института. Напротив. И поред примедби на начин нормативне разраде неких од његових питања треба очекивати да институт заузме још значајније место на пољу борбе против криминалитета и у Србији. Да и практично постане један од важнијих инструмената ефикасности борбе против криминалитета.

Кључне речи: Законик о кривичном поступку, Србија, споразум о признавању кривичног дела, јавни тужилац, поједностављене форме поступања, кривична ствар, главни претрес, реформа кривичног процесног законодавства, оштећени, окривљени сарадник, осуђени сарадник

1. Нови ЗКП и процес реформе кривичног процесног законодавства Србије (опште напомене)

Рад на изради Законика о кривичном поступку из 2001. године¹ означио је почетак процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије и његов досадашњи резултат је Законик о кривичном поступку из 2011. године.² Ценећи према ставу Министарства правде као предлагача овог законског текста његовим усвајањем окончан је рад на више од десет година дугом процесу реформе кривичног процесног законодавства Републике Србије. Сходно оваквом ставу потпуна примена овог законског текста требала би да почне 15. јануара 2013. год.³ Посматрано уопште бројне су карактеристике вишегодишњег рада на процесу реформе једног од најважнијих законских пројеката сваке државе, па и Србије. Међу њима посебну пажњу заслужују четири. Прва се огледа у веома честим интервенцијама у законским текстовима који чине кривично процесно законодавство Србије у овом временском интервалу. Посматрано са аспекта овог законодавства као целине интервенције, у појединим периодима, вршене су и по неколико пута годишње⁴. Оправданост овако честих интервенција подложна је, чини се сасвим оправдано, критици стручне јавности и озбиљно се може ставити под знак питања.⁵ Ово не само због тога што тако честе интервенције у овом законодавству нису у сагласности са његовом поприлично конзервативном природом, већ и зато

¹ „Сл. лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002 и „Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007, 20/2009 и 76/2010.

² „Сл. гласник РС”, бр. 72/2011.

³ Изузетак су постпци за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењима надлежног суда у којем случају се Законик примењује од 16. јануара 2012. год. (Чл. 608. новог ЗКП).

⁴ Случај нпр. са 2005. и 2009. год.

⁵ Види: Збор. “Законодавни поступак и казнено законодавство”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

што су у не малом броју случајева биле стручно неприпремљене - безмало брзо-плете. Најбољи пример негативности овакве једне праксе је Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2006. год.⁶ који је у изузетно кратком, за законске текстове оваквог карактера незабележено кратком, временском интервалу (за свега неколико месеци), не само написан већ и усвојен. Овај законски текст донео је, начелно посматрано, не мали број новина које су биле, преваходно у функцији ефикаснијег деловања надлежних државних органа на пољу борбе против криминалитета, и оне су као такве биле за поздравити. Међутим, њихова нормативна разрада, пре свега услед брзине у раду на овом законском пројекту и одсуства стручне расправе у процесу његовог доношења, није била ни приближно на жељеном нивоу. Законски текст карактерисали су не мали нормативни, правнотехнички 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 не мале пропусте у нормативној разради низа, начелно посматрано корисних-сасвим оправданих, решења овог законског текста⁷. Управо захваљујући оваквом његовом стању овај законски текст је дефинитивно, после неколико пролонгирања рока за почетак његове примене, стављен у кош и пре него што је и почео да се примењује. Чл. 149. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. престао је, сасвим оправдано,⁸ да важи. Друго, појава не малог броја нових законских текстова којима се на посебан начин регулише значајан број питања која су до почетка рада на реформи била регулисана у оквиру норми ЗКП као скоро јединог законског текста из корпуса кривичног процесног законодавства Србије схваћеног у ужем смислу речи. То су пре свега Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,⁹ Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима,¹⁰ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела,¹¹ Закон о сарадњи са међународним кривичним судом¹², Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних

⁶ "Сл. гласник РС", бр. 46/06, 49/07 и 122/08.

⁷ Види: Часопис "Ревиија за криминологију и кривично право", бр. 2/2006 (у целости посвећен овој проблематици).

⁸ Види: Грубач, М., Критика "Новог" Законика о кривичном поступку, Ревиија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006, стр. 7; Лазин, Ђ., 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; Ревиија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006 (у целости посвећен овој проблематици);

⁹ "Сл. гласник РС", 85/05.

¹⁰ "Сл. гласник РС", бр. 20/09.

¹¹ "Сл. гласник РС", бр. 97/08.

¹² "Сл. гласник РС", бр. 72/09.

дела¹³, Закон о надлежности државних органа у поступку за ратне злочине¹⁴, Закон о надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала¹⁵. Треће, у кривичном поступку, посматрано као целини, уведени си и посебни поступци и специјализовани органи за поједине врсте кривичних дела (случај пре свега са кривичним делима организованог криминала, ратних злочина и високотехнолошког криминала).¹⁶ Четврто, стални процес ширења озакоњења поједностављених форми поступања у кривичним стварима, као и ширење могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења с циљем стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка¹⁷. Наиме, један од два главна циља рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, с тим да то не иде на уштрб националном законодавству и релевентним међународним актима загарантованих слобода и права субјеката кривичног поступка¹⁸. У складу са овако пројектованим, сасвим исправним, циљем реформе, већ Законик о кривичном поступку из 2001. године уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак. Међу њима посебно место заузимају начело опортунитета кривичног гоњења и поједини видови поједностављених форми поступања у кривичним стварима (Увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса - у поступку за кажњавање пре главног претреса - и ширење могућности вођења скраћеног кривичног поступка).¹⁹ Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године увођењем нових форми поједностављеног поступања у кривичним стварима у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак настављен је његовим изменама и допунама из

¹³ “Сл. гласник РС”, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 60/03, 67/03, 29/04, 58/04, 45/05, 61/05, 72/09.

¹⁴ “Сл. гласник РС”, бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09.

¹⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 861/05, 104/09.

¹⁶ Види: Бејатовић, С., Кривично процесно законодавство и тешки облици криминалитета, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2000. год., Шкулић, М., Нацрт Закона о државним органима у поступку за кривична дела организованог криминала, Зборник “Ново кривично законодавство Србије”, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2005. год., стр. 217-256; Важић, С., Измене и допуне Закона о ратним злочинима, Зборник “Ново кривично законодавство Србије”, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2005. год., стр. 257-264.

¹⁷ Види: Примена начела опортунитета у пракси (Изазови и препоруке), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012. год.

¹⁸ Други кључни циљ рада на реформи је усклађивање кривичног процесног законодавства Србије са решењима присутним у савременом компаративном кривичном процесном законодавству и тенденцијама присутним у савременој кривичноправној науци уопште.

¹⁹ Види: Бејатовић, С., 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.

маја месеца 2004. године,²⁰ односно изменама и допунама из августа месеца 2009. године,²¹ које доносе најзначајније новине управо по питању стварања нормативне основе за још ефикасније деловање кривичног правосуђа, и то превасходно путем озакоњења института споразума о признању кривице као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима.²² Међутим, и поред свих ових новина које су карактерисале рад на реформи кривичног процесног законодавства Србије није се стало. На основу, чини се сасвим оправдане одлуке Мнистарства правде Републике Србије, приступило се раду на доношењу новог ЗКП²³. Циљеви рада на изради и овог законског пројекта били су идентични циљевима рада на дотадашњем току реформе. То су да се достигне такав степен нормативне основе који омогућава жељени степен ефикасности кривичног поступка. Односно, да се кривично процесно законодавство Србије усагласи, што је могуће у већем степену, са општеприсутним тенденцијама у савременој науци кривичног процесног права и решењима релевантних компаративних кривичнопроцесних законодавстава која прате ове тенденције и по овом питању.²⁴ У жељи да се реализују овако прокламовани циљеви реформе, а пре свега да се достигне такав степен нормативне основе који омогућава жељени степен ефикасности кривичног поступка, а имајући у виду неспоран значај законске норме за ефикасност кривичног поступка уопште новоусвојени ЗКП РС доноси не мали број новина.²⁵ Међу њима су и оне које се тичу поједностављених форми поступања у кривичним стварима, а у оквиру њих и института споразума јавног тужиоца и окривљеног.

2. Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и други поједностављени облици поступања у кривичним стварима и процес реформе кривичног процесног законодавства Србије

Једна од значајнијих новина процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије је не само озакоњење, већ и стално ширење поља примене

²⁰ „Сл. гласник РС”, бр. 58/2004.

²¹ „Сл. гласник РС”, бр. 72/09.

²² Бејатовић, С., *Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/09, стр. 21-40.

²³ Види: Илић, Г., *Кривично процесно законодавство Србије и стандарди Европске уније (Степен усаглашености, начин, путеви и разлози неопходности потпуног усаглашавања)*, Збор. “Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010. год., стр. 23-41.

²⁴ Види зборник „Законодавни поступак и казнено законодавство”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

²⁵ Види: Зборник “Нова решења у кривичном процесном законодавству - Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011. год.

поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Кључни разлог оваквог потеза српског законодавца је идентичан разлогу због којег се овакве интервенције врше, још од раније, у кривичном процесном законодавству највећег броја земаља континенталног правног система. То је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка. Наиме, полазећи од чињенице неефикасности кривичног поступка, што је случај са не малим бројем држава, последњих неколико деценија врше се не мале интервенције у кривичном процесном законодавству посматрано уопште и по питању поједностављених форми поступања. Њихов заједнички именитељ је стварање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак путем нормирања поједностављених форми поступања²⁶ 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 у неспорној чињеници да је, и поред тога што су главни узроци недовољне ефикасности кривичног поступка ван кривичног процесног законодавства,²⁷ и нормативна основа један од веома важних фактора ефикасности кривичног поступка посматрано уопште.²⁸ Управо имајући у виду ово, једно од важнијих обележја савременог кривичног процесног законодавства уопште је и истовремено - паралелно постојање једне опште – редовне форме кривичног поступка предвиђене као правила и све већа појава једноставнијих форми поступања у кривичним стварима.²⁹ Уз изнесено, оправданост оваквог једног 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 по правилу није подесан и рационалан за другу врсту. Поред овог, униформисани кривични поступак није у складу ни са релевантним међународним документима која гарантују право на суђење у разумном року.³⁰ Односно, није у складу ни са интересом окривљеног који има право на брз и адекватан поступак нити

²⁶ У теорији кривичног процесног права присутни су различити називи за кривичне поступке овог карактера (нпр. сумарни, убрзани, упрошћени и сл.).

²⁷ О томе види зборник “Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима”, Српско удружење за кривично-правну теорију и праксу, Београд, 2008. год.

²⁸ Lowe-Rosenberg-Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 23. , neuberbeitete Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1987. .seit. 68-92: Larguier, J., Procedure penale, Paris, 2001; Радуловић, Д., Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Збор. Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета, Београд, 1997. год.

²⁹ Види: Бркић, С., Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год.

³⁰ 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.

са општим интересом друштва као целине будући да је његов циљ ефикасна борба против криминалитета. У контексту овог и на овоме месту треба подсетити на Вессагија који је указивао на нужност брзог суђења, јер према њему, и не само њему, само хитна казна која стигне починиоца праведна је и корисна, док је још у Старом завету Библије уписано: „када нема брзе осуде за зло дело људско срце склоно је чинити зло“. Имајући у виду све ово, у савременом упоредном кривичном процесном законодавству могућности за повећање ефикасности кривичног поступка, посматрано са нормативног аспекта, траже се и у увођењу посебних, скраћених, поједностављених облика поступања за одређене категорије кривичних дела.³¹ Са сигурношћу се данас може констатовати да поједностављене - упрошћене форме поступања у кривичним стварима су један од изузетно важних инструмената ефикасности кривичног поступка. Као такве намењене су, по правилу, суђењу за једноставније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо ова група 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 примени - путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве, јер судовима остаје више простора за теже - компликованије кривичне предмете. С обзиром на све ово, не чуди чињеница да кривичнопроцесно законодавство као целину (а не само једне државе) већ дуги низ година карактерише и вишеструкост поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Данас када је нпр. реч о категорији окривљених пунолетних лица поред традиционалне и релативно добро познате две форме поједностављених кривичних поступака (скраћеног кривичног поступка и поступка за изрицање судске опомене), јавља се и не мали број других форми поједностављених кривичних поступака. Случај нпр. са споразумом о признању кривице, казним налогом, имунитетом сведока и сл.³² Као такве све оне су засноване на елементима везаним за кривичну

³¹ Vidi: Roxin, C., *Strafverfahrensrechth*, 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*, Groskomentar, 23.Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988., seit. 456-468; Бејатовић, С., Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, у збор. „Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр. 145; Ђурђић, В., Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, у збор. «Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима», Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 20.08 год., стр. 9-39.

³² Види: Schunemann, B., *Ein deutsches Reguinen auf Strafprozess des liberalen rechtssaats*, Zeitschrift fur ewchtpolitik, vol. 2009; Зборник “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

ствар, стање доказног материјала и понашање – држање процесних субјеката и карактерише их мањи степен сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања. Инструменти поједностављења процесне форме поступања су троструки и 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).³³

Тенденције савремене науке кривичног процесног права и решења савременог компаративног кривичног процесног законодавства по питању споразума кривичнопроцесних странака и других поједностављених форми поступања у кривичним стварима нашле су, сасвим оправдано, своје место и у кривичном процесном законодавству Србије. Разлози за тако нешто су исти они који су довели до оваквог једног тренда у компаративном кривичном процесном законодавству. Циљ им је такође исти. То је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка.³⁴ Полазећи од овог већ ЗКП из 2001. године³⁵, као први корак процеса реформе кривичног процесног законодавства Републике Србије, уводи нове поједностављене форме поступања у кривичним стварима. Долази нпр. до озакоњења поступка за кажњавање пре главног претреса. Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије, започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године, у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак путем поједностављених форми поступања у кривичним стварима, настављен је његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. године,³⁶ односно изменама и допунама из августа месеца 2009. године,³⁷ које доносе најзначајније новине

³³ О томе детаљније види: Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.; Николић, Д., Споразум о признању кривице, Београд, 2009. год.; Бејатовић, С., Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструмент нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник, „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе”, Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV; Бркић, С., Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, Збор. "Законодавни поступак и казнено законодавство", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.; Ђурђић, В., Пресуђење на основу споразума о признању кривице, Приступ правосуђу, Ниш, 2007. год.

³⁴ Види: Бркић, С., Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год.

³⁵ «Сл. лист СФРЈ», бр. 70/01 и 68/02, и «Сл. гласник РС», бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/2010

³⁶ «Сл. гласник РС», бр. 58/2004.

³⁷ «Сл. гласник РС», бр. 72/09.

управо по овом питању озаконењем споразума о признању кривице³⁸. Но, и поред учињеног напретка по овом питању, није се стало. Насупрот. Нови ЗКП РС доноси не мали број новина и по овом питању.³⁹ Њихов циљ идентичан је циљевима досадашњих подухвата по овим питањима у процесу реформе. То је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. Имајући све ово у виду, као и несумњиви значај норме за практичну ефикасност кривичног поступка, мора се поставити питање: У којој мери су захтеви наше стручне јавности, решења из компетентног компаративног кривичног процесног законодавства и најновије тенденције у савременој науци кривичног процесног права по питању споразума кривичнопроцесних странака и других поједностављених форми поступања у кривичним стварима уважени у њиховој нормативној разради у новом ЗКП РС? ⁴⁰ Своје виђење одговора на овако формулисано питање, посматрано са аспекта споразума јавног тужиоца и окривљеног, аутор даје у наставку излагања.

3. Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП

Као што је то већ истакнуто и у раду на изради новог ЗКП РС, посебна пажња била је посвећена нормирању споразума јавног тужиоца и окривљеног. Није мали број питања о којима се у стручној јавности водила дискусија око начина њиховог решавања. Међу не малим бројем питања посебно се истичу она која се тичу видова споразумевања ових процесних субјеката, могућег обима њихове примене (Да ли за сва или само за одређена – лакша кривична дела, дати могућност примене овог института?), садржаја текста споразума, врсте и износа кривичне санкције у закљученом споразуму, месту и улози лица оштећеног кривичним делом у процесу закључивања споразума, улоге браниоца у процесу преговарања и одлучивања суда о споразуму, тренутка процесног активирања суда и питање могућности, основа употребе правног лека у оваквом једном поступку и сл.).⁴¹ Међутим, пре приказа основних карактеристика

³⁸ Бејатовић, С., Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/09, стр. 21-40.

³⁹ Види: Зборник “Нова решења у кривичном процесном законодавству - Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011. год.

⁴⁰ О томе види: Зборник “Нова решења у кривичном процесном законодавству - Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011. год.

⁴¹ Види: Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.; Николић, Д., Споразум о признању кривице, Београд, 2009. год.; Бејатовић, С., Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструмент нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник, „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе”, Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV,

нових решења у ЗКП из 2011. године у овим општим напоменама треба истаћи три ствари. Прво, још једном подсетити да ниједна стручна расправа (а њих је било више) није доводила нити доводи под знак питања њихову криминално-политичку оправданост. Насупрот. За веома кратко време њиховог постојања показали су своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције и залагања иду у правцу изналажења решења за њихову што адекватнију примену уз предвиђање механизма који спречавају њихову евентуалну злоупотребу. Друго, залагања стручне јавности о оправданости споразума сваким даном све више прихвата и пракса. Најбољи пример за исправност овакве једне констатације су званични подаци о примени споразума о признању кривице. Наиме, према истим, споразум о признању кривице све је више прихваћен од стране јавних тужилаца, окривљених и њихових бранилаца. Према званичним статистичким подацима, виша и основна јавна тужилаштва, Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине током 2011. године закључила су споразум о признању кривице са укупно 441 окривљеним лицем, што у односу на претходни извештајни период износи повећање од 530%. Од укупног броја закључених споразума, суд је усвојио у првостепеном поступку 364 споразума, што представља повећање од 420% у односу на претходни извештајни период. На основу закључених споразума, на затворску казну осуђено је 191 лице, на новчану 37 лица, на условну осуду 144 лица, према 71 лицу је изречена мера безбедности, а 29 лица је обавезано на испуњење обавеза и члана 236. ст. 1. ЗКП, док је 11 лица обавезано на враћање имовинске користи. Према 21 лицу донете су друге одговарајуће одлуке. Суд је решењем одбацио 2 закључена споразума, а у 14 случајева одлуком суда је одбијен закључени споразум. На одлуке суда изјављено је 7 жалби, од којих је у извештајном периоду одбијено 5 жалби, а остале су нерешене 2 жалбе. На крају извештајног периода, остало је незавршених поступака према 144 лица. Ако се ови подаци упореде са подацима за 2010. годину, онда они још више добијају на свом значају. Према статистичким подацима, током 2010. године виша и основна јавна тужилаштва на територији Републике Србије закључила су споразум о признању кривице са укупно 70 окривљених лица. На подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду закључено је 25 споразума, Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду 24 споразума, Апелационог јавног тужилаштва у Нишу 12 споразума и Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу 9 споразума.⁴² Треће, нови ЗКП предвиђа три врсте споразума јавног тужиоца и

стр. 85-106; Ђурђић, В., Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 3/2009; Шкулић, М., Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд, 2009. год.

⁴² Републичко јавно тужилаштво, Рад јавних тужилаштава на сузбијању криминалитета и заштити уставности и законитости у 2011. и 2010. години (Цитирано: Киурски, Ј., Споразум о признању кривице (кривичног дела), Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. год.

окривљеног. То су: споразум о признању кривичног дела, споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног. Међутим, само на први поглед реч је о новим видовима споразумевања јавног тужиоца и окривљеног. Суштина је сасвим друга. У првом случају (споразум о признању кривичног дела) реч је о само другачијој варијанти споразума о признању кривице из још увек важећег ЗКП. Друга два споразума ових процесних субјеката су само варијанте “задобиања кооперативног сведока”. Представљају основ да се исказ окривљеног –осуђеног лица искористи као доказ оптужбе против других оптужених лица. Односно, представљају само другачије номотехничко регулисање института сведока сарадника⁴³.

3.1. Споразум о признању кривичног дела

Једна од важнијих особености коју је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије је озакоњење института споразума о признању кривичног дела. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. долази, и у српском кривичном процесном законодавству, до озакоњења института споразума о признању кривице као једне од доминантних форми поступања у кривичним стварима уопште.⁴⁴ Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Озакоњење института споразума о признању кривичног дела у ЗКП Србије резултат је, скоро јединственог става њене стручне јавности о споразуму као веома важном и нада све корисном инструменту повећања ефикасности борбе против криминалитета уопште⁴⁵. С обзиром на ово, сасвим је оправдано његово озакоњење и у српском кривичном процесном законодавству. Међутим, и још пре његовог озакоњења (одмах по усвајању ЗКП из 2006. год., чија је једна од особености била и озакоњење споразума⁴⁶) као и у каснијем процесу рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије критички је указивано, чини се не без основа, на нека питања

⁴³ Упореди одредбе чл. 504о - 504ћ ЗКП из 2009. год. и одредбе чл. 320-330. новог ЗКП.

⁴⁴ Николић, Д., Споразум о признању кривице, Београд, 2009. год.

⁴⁵ Види: Закључци XLVII редовног годишњег саветовања Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 26. септембра 2010. год.

⁴⁶ Бејатовић, С., Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструмент нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник, „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе”, Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV, стр. 85-106.

његове нормативне разраде⁴⁷. У раду на изради коначне верзије новог ЗКП овај институт, сасвим оправдано, је задржан. Међутим, у његовој нормативној разради, став је аутора рада, није се довољно водило рачуна о ставовима стручне јавности у вези са истим и решењима присутним у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству. У новоусвојеном ЗКП задржан је овај вид поједностављеног поступања, али не само са измењеним називом, већ и измењеном садржином његове нормативне разраде у односу на решења присутна у још увек важећем ЗКП,⁴⁸ и то по чини се круцијалним питањима његовог обележја. Посматрано с аспекта текста новог ЗКП основне карактеристике овог вида поједностављеног поступања у кривичним ствартима огледају се у следећем:

Прво, промењен је назив овог вида поједностављеног поступања. Уместо назива „Споразум о признању кривице” узет је назив „Споразум о признању кривичног дела”. Овакво решење је исправније и у складу је са концепцијом појма кривичног дела из чл.14.ст.1.КЗ РС према којој је кривица саставни – битан елемент кривичног дела⁴⁹.

Друго, уместо нормативно ограничене могућности примене (за кривично дело или кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до 12 година) предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела⁵⁰.

Треће, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тог прописано је само „да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом”.⁵¹

Четврто, када је реч о санкцији обавезан елемент споразума је и ”споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције”.

Пето, прецизирани су процесни тренуци могућности закључења споразума (Споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге, па до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу).

Шесто, право предлагања закључења споразума припада искључиво, само јавном тужиоцу и окривљеном, односно његовом браниоцу. Јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење

⁴⁷ Види: часопис “Ревизија за криминологију и кривично право”, бр. 2/2006 (у целости посвећен овој проблематици).

⁴⁸ Упореди одредбе чл. 282а-282д . важећег ЗКП и одредбе чл. 313- 319. новог ЗКП.

⁴⁹ Стојановић, З., Кривично право - Општи део, Београд, 2008. год.

⁵⁰ Упореди чл. 282а још увек важећег ЗКП и чл. 313. ст.1. новог ЗКП.

⁵¹ Чл. 317. ст. 1 тач. 4. новог ЗКП.

таквог споразума. Након упућивања предлога о закључењу споразума, странке и бранилац могу преговарати о условима признања кривичног дела које се окривљеном ставља на терет. Суд нема никаква права у погледу иницијативе, нити у погледу процеса преговарања и закључивања споразума.

Седмо, одлука о споразуму о признању кривичног дела доноси се на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.⁵² Функционална надлежност суда за одлучивање о споразуму зависна је од процесног тренутка подношења споразума суду. Сходно овом критеријуму „о споразуму о признању кривичног дела одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице - председник већа⁵³”.

Седмо, три су могуће одлуке суда о понуђеном тексту споразума. То су: одбацивање, прихватање или одбијање споразума. Рочиште на којем се одлучује о споразуму држи се без присуства јавности.

Осмо, пресуду о прихватању споразума о признању кривичног дела и оглашавању окривљеног кривим суд ће изрећи ако утврди: да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе; да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума; да постоје и други докази који нису у супротности са признањем окривљеног да је учинио кривично дело; да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом. Изречена пресуда мора да садржи разлоге којима се суд руководио приликом прихватања споразума. У случају да није испуњен један или више ових услова, као и у случају када постоје разлози за обуставу поступка суд ће донети образложено решење којим се споразум о признању кривичног дела одбија. У таквом случају признање окривљеног дато у споразуму не може бити доказ у кривичном поступку. По правноснажности овако донесеног решења споразум и сви списи који су са њим повезани, уништавају се пред судом, о чему се саставља записник, а судија који је донео решење не може учествовати у даљем поступку. Овоме додајмо и то да ће суд решењем одбацивати споразум у два случаја. Прво, ако утврди да он не садржи законом прописану садржину. Друго, ако на рочиште на којем се одлучује о споразуму не дође окривљени под даљним условом да је уредно позван и да није оправдао изостанак.⁵⁴

Девето, споразумом о признању кривичног дела окривљени се може обавезати на испуњење обавеза под којима јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под

⁵² Чл. 315. ст. 2. новог ЗКП.

⁵³ Чл. 315. ст. 1. новог ЗКП.

⁵⁴ Чл. 316, 317 и 318. новог ЗКП.

условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду;

Десето, одлука суда о споразуму о признању кривичног дела доставља се јавном тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу. Против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319. ст. 3. Законика против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак обуставља по испитивању оптужнице у смислу чл. 338. ст. 1.⁵⁵, као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела. Насупрот овом, против решења којим се споразум о признању кривичног дела одбацује или одбија, жалба није дозвољена.

Једанаесто, за разлику од још увек важећег Законика нови ЗКП изричито прописује обавезност одбране од почетка преговора са јавним тужиоцем о закључењу споразума, па до доношења одлуке суда о споразуму.

Не упуштајући се у приказ других одредаба Законика о споразуму чини се да се наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум озбиљно могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, у довољној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште.⁵⁶ Став аутора рада је пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања не мали број решења његове нормативне разраде у тексту новог ЗКП. Наводимо само најди-скутабилније:

Прво, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, преовлађујуће мишљење, да споразум о признавању кривичног дела треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и са другим формама

⁵⁵ Реч је о следећим разлозима: да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; да је кривично гоњење застарело, или да је обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио конкретно кривично дело.

⁵⁶ Види: Löffler, J., Die Absprache in strafprozess, Tübingen, 2010; Будимилић, М., Споразуми и потврда изјашњавања о кривичности – пракса пред Трибуналом за бившу Југославију и националним правосудјима, Криминалистичке теме, Сарајево, бр. 1-2/2004; Николић, Д., Споразум о признању кривичности, Ниш, 2006. год.; Бејатовић, С., Споразум о признању кривичности и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструменат нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе”, Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV, стр. 85-106.

поједностављеног поступања у кривичним стварима. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања у кривичним стварима 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, а посебно најтежим кривичним делима.⁵⁷ Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на све ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. Ако се овоме дода и чињеница да Законик, начелно посматрано, сасвим оправдано, превдвја и још две додатне форме споразумевања јавног тужиоца и окривљеног (споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног) као инструменте откривања и доказивања најтежих кривичних дела, онда изнесени став још више добија на својој оправданости.

Друго, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела, такође озбиљно може да се стави под знак питања. Поред предње изнесених аргумената који говоре и у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага, зашто не рећи и најблажа, кривична санкција, што је могуће претпоставити, а што би било у складу са чл. 321. ст. 1. тач. 3. Законика? Став је аутора да коментар није потребан.

Треће, уз изнесено мора се поставити и питање адекватности заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај, чак штавише и погоршан у односу на још увек важећи ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, Законик не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела.

⁵⁷ Види: Грубач, М., Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/84, стр. 290.

Четврто, обавезан елеменат текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције.⁵⁸ С обзиром на овакву формулацију може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр. казна од три до пет година затвора), а да се суду препусти да у оквиру „договореног распона“ изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква једна могућност пре свега није у складу са одредбом чл. 317. по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. С обзиром на ово, поставља се питање : Како суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне. Која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди? Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314. ст. 1. тач. 3. новог ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру „договореног распона“, онда се мора поставити питање: Како суд може изрећи било који казну, тј. одредити меру одређене врсте казне ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара мишљења аутора рада да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења⁵⁹ желела предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне, а да се суду препусти да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне.⁶⁰

Пето, једно од решења новог ЗКП када је реч о споразуму о признавању кривичног дела које се озбиљно може ставити под знак питања је и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен

⁵⁸ Чл. 314. ст. 1. тач. 3 новог ЗКП.

⁵⁹ Случај пре свега са САД где је такорећи правило да окривљени признаје кривично дело, а тужилац суду предлаже одговарајућу кривичну санкцију, с тим што суд таквим предлогом није формално везан. Казна коју изрекне може бити и већа, што се у пракси у не малом броју случајева и дешава. Међутим, овде треба имати у виду чињеницу да се у САД углавном, и то прилично прецизно унапред, може претпоставити која ће се казна узрећи у конкретном случају. Ово из разлога што се у САД суд руководи веома прецизним и скоро механички формулисаним смерницама о висини казне за одређено кривично дело и уз присуство одређених околности (поврат, тежина последице кривичног дела и др.). Уз то, у законодавству САД није уопште законски уређена обавеза извођења доказа од којих зависи врста кривичне санкције, односно мера казне. Насупрот овом, код нас је формално немогуће да суд изрекне одређену меру казне (ово ни у случају претходно утврђеног страначког распона), а да пре тога није извео и доказе из којих ће проистећи чињенице од значаја за одмеравање казне у смислу чл. 54-63. КЗ РС (Види: Бркић, С., Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву - Зборник радова Правног факултета у Новом Сад, XXXVII,1-2/2003; Дамашка, М., Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији, Хрватски летопис за казнено право и праксу, вол. 13. бр.1/2006, Загреб).

⁶⁰ Види: Реформа у стилу “Један корак напред - два корака назад”, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012. год., стр. 99-100.

споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог једног решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Насупрот, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање, већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму, пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези са овим мора се поставити питање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум, а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично делом, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324. Законика? Или, да ли се сме и замислити да тужилац са окривљеним понуди текст споразума, а да не зна да ли се ради о кривичним делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе за околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту, а зна у тако кратком временском интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових, ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума.

Шесто, један од елеманата текста споразума о признању кривичног дела може да буде и изјава окривљеног о прихватању испуњења обавезе, под којом јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду. И у вези са овим, иначе начелно посматрано сасвим оправданим, елементом мора се поставити питање: Које су последице неиспуњења преузетих обавеза од стране окривљеног? Овако постављено питање резултат је става законодавца да је за прихватање текста споразума од стране суда довољно да окривљени до подношења споразума о признању кривичног дела започне са испуњавањем обавеза. Ако се овоме дода и чињеница да у споразуму о признању кривичног дела чији је саставни део и овај елемент, не мора да буде прецизиран ни крајњи рок извршења преузете обавезе-обавеза – што је иначе обавеза у случају одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета⁶¹, онда постављено питање још више добија на својој актуелности.

⁶¹ Чл. 283. ст. 2. новог ЗКП.

3.2. Споразум о сведочењу окривљеног (окривљени сарадник)

Поред споразума о признању кривичног дела нови ЗКП предвиђа и два, на први поглед, нова вида споразумевања кривичнопроцесних странака. То су: Споразум о сведочењу окривљеног (*окривљени сарадник*) и Споразум о сведочењу осуђеног (*осуђени сарадник*). Међутим, и површна анализа ова два вида споразумевања кривичнопроцесних странака (јавног тужиоца са једне стране и окривљеног и осуђеног са друге стране) јасно говори да се не ради ни о каквим новим видовима споразумевања. Насупрот. Реч је само о другачијем номо-техничком регулисању института сведока сарданика из чл. 504о-504ђ ЗКП из 2009. године⁶², истина уз истовремено модификовање садржаја и појединих његових одредаба. С обзиром на ово, дајемо само осврт на одредбе које представљају новину када је реч о њиховом садржају.

Када је реч о споразуму о сведочењу окривљеног, пажњу заслужује следеће:

Прво, за разлику од статуса сведока сарадника који се могао стећи само у поступцима који се воде против учинилаца кривичних дела организованог криминала или ратних злочина, споразум о сведочењу окривљеног јавни тужилац може закључити не само у случајевима када се терети за неко од ових кривичних дела, већ и за било које кривично дело. Неопходно је да окривљени у потпуности призна да је учинио кривично дело и да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела, код којег се могу одредити посебне доказне радње, претежнији од последица кривичног дела које је учинио.

Друго, по угледу на споразум о признању кривичног дела предвиђена је форма и садржина и овог акта јавног тужиоца и окривљеног. И у овом случају закључује се споразум о сведочењу између јавног тужиоца и окривљеног и његов садржај је у великом степену сличан садржају споразума о признању кривичног дела. Истина, уз прилагођавање појединих његових одредби природи споразума. Случај пре свега са изјавом окривљеног „да ће дати исказ о свему што му је познато о кривичном делу из члана 162. став 1. тачка 1. овог законика и да ништа неће прећутати“.

Треће, дошло је до промене назива окривљеног с којим се закључује споразум. Уместо сведок сарадник, његов назив је „окривљени сарадник“.

Четврто, прецизирани су процесни тренуци могућности закључења споразума. Споразум о сведочењу окривљеног јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге, па до завршетка главног претреса.

⁶² Чл. 124. Закона о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. („Сл.гласник РС“, бр. 72/2009).

Пето, на другачији начин је решено питање кривичне одговорности окривљеног сарадника. Сходно чл. 321. ст. 1. тач. 3. новог Законика саставни део постигнутог споразума је „споразум о врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена, о ослобођењу од казне или о обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења окривљеног у случају давања исказа на главном претресу у складу са преузетим обавезама“.

Шесто, на другачији начин је решено питање функционалне надлежности суда о одлучивању о споразуму. О споразуму о сведочењу окривљеног одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице одлуку доноси председник већа.

Седмо, једна од три одлуке које стоје на располагању суду у поступку одлучивања о споразуму је и одбијање споразума. Основи доношења овакве одлуке су идентични основама одбијања споразума о признању кривичног дела⁶³.

Осмо, једно од обележја прихваћеног споразума о сведочењу окривљеног је и везаност суда за одлуку о прихваћеном споразуму. Решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења одлуке о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, под условом да је окривљени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума. У складу са овим, суд ће ставити ван снаге решење о прихватању споразума ако окривљени сарадник није испунио обавезе из споразума, као и случају да јавни тужилац покрене истрагу против окривљеног сарадника или сазна за ранију осуђиваност и поднесе предлог суду за стављање ван снаге споразума.

Девето, окривљени сарадник се испитује након саслушања оптужених и након испитивања се удаљава из суднице.⁶⁴

Не улазећи у приказ осталих одредаба споразума пре свега из разлога што су оне у знатном степену подударне са одредбама које регулишу статус сведока сарадника у ЗКП из 2009. године треба констатовати следеће: И у разради овог вида споразумевања кривичнопроцесних странака није се, у потребном степену, водило рачуна о ставовима који су изношени у нашој стручној јавности када је реч о истом. Примера за исправност овакве једне констатације има више. Наводимо само неке. Случај нпр. са одредбом чл. 321. ст. 1. тач. 3. која регулише питање елемента споразума који се тиче врсте и износа кривичне санкције („споразум о распону казне“). Исти они аргументи који су изнесени код овог елемента споразума о признању кривичног дела стоје и овде. Или, решење везано за основ одбијања споразума из чл. 324. ст. 1. тач. 1. које

⁶³ Упоред чл. 324 и чл. 318. новог ЗКП.

⁶⁴ Опширније види чл. 320-326. новог ЗКП.

је идентично већ коментарисаном основу из чл. 318. ст. 1. тач. 1 Законика. Ако се овоме дода и неспорна непрецизност садржаја појединих одредаба онда питање још више добија на актуелности. Случај нпр. са одредбом чл. 327. ст. 4. у којој је прописано да се „споразум о сведочењу сачињава у писменом облику и подноси се суду до завршетка главног претреса“. У вези са оваквим садржајем одредбе мора се поставити питање: Ког главног претреса - оног који се води против окривљеног сараданика или других саокривљених? Или, ту је и одредба чл. 318. ст. 2. која регулише питање правноснажности решења о одбијању споразума.

1.3. Споразум о сведочењу осуђеног (осуђени сарадник)

До закључења споразума о сведочењу осуђеног може доћи само у случају ако је значај исказа осуђеног за откривање, доказивање или спречавање кривичних дела код којег се могу одредити посебне доказне радње претежнији од последица кривичног дела за које је осуђен (осуђени сарадник). Сходно овом, и овај споразум може се закључити и са лицем осуђеним за неко друго кривично дело, а не само за кривична дела код којих се могу одредити посебне доказне радње. На овај начин, сасвим оправдано, проширен је круг лица која могу добити статус осуђеног сарадника, а тиме су проширене и могућности јавног тужиоца за прибављање доказног материјала неопходног за предузимање кривичног гоњења учинилаца тешких кривичних дела⁶⁵.

Када је реч о конкретним елементима и поступку одлучивања о овом споразуму онда треба пре свега констатовати да је не мали број његових питања разрађен по узору на споразум о сведочењу окривљеног. Свакако уз њихово прилагођавање статусу овог субјекта споразумевања. Услед овог, уместо анализе његових појединачних одредби истичемо само следеће: Решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног обавезује суд приликом доношења одлуке о кривичној санкцији у поновљеном поступку, под условом да је осуђени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума. О захтеву за ублажавања казне одлучује суд који је судио у првом степену осуђеном сараднику, а поступак за ублажавања казне покреће се на захтев јавног тужиоца посебне надлежности, ако је осуђени сарадник, у складу са закљученим споразумом дао исказ у поступку који је правноснажно окончан осуђујућом пресудом. Пре доношења одлуке суд ће узети изјаву од осуђеног сарадника и извршиће увид у решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног. У случају да утврди да осуђени сарадник није у потпуности испунио обавезе из споразума о сведочењу, суд ће пресудом одбити захтев за ублажавања казне. С друге стране, ус-

⁶⁵ Радисављевић, М., Посебне доказне радње у новом Законику о кривичном поступку, Зборник „Нова решења у кривичном процесном законодавству – Торетски и практични аспект, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011. год., стр. 34.

вајање захтева јавног тужиоца доводи до преиначења правноснажне осуђујуће пресуде у погледу одлуке о казни и осуђеном сараднику изриче се казна у складу са чл. 330. Законика.⁶⁶

Х Х Х

Извршена анализа питања везаних за споразуме јавног тужиоца и окривљеног у новом ЗКП РС показује да је, начелно посматрано, не мали број решења у функцији стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка и да су као таква у складу и са најновијим тенденцијама у савременој науци кривичног процесног права и са решењима присутним у компетентном компаративном кривичном процесном законодавству. Међутим, од овако дате опште оцене детаљна појединачна анализа не малог броја од посматраних питања говори да њихова нормативна разрада није на нивоу очекиваног. Један број решења споразума јавног тужиоца и окривљеног у новом ЗКП РС (без обзира о којем од три његова могућа вида је реч) није нормиран на начин и у складу са тенденцијама присутним у савременој науци кривичног процесног права и компетентном компаративном кривичном процесном законодавству и преовлађујућим ставовима наше стручне јавности. Случај нпр. са решењима питања која се тичу: могућег обима примене споразума, садржаја текста споразума, врсте и износа кривичне санкције у закљученом споразуму, месту и улози лица оштећеног кривичним делом у процесу закључивања споразума, улоге браниоца у процесу преговарања и одлучивања суда о споразуму, тренутка процесног активирања суда, односно питање могућности и основа употребе правног лека у оваквом једном поступку и сл.⁶⁷ Међутим, и поред

⁶⁶ Чл. 557-561. новог ЗКП.

⁶⁷ Види: Бејатовић, С., Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструмент нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе”, Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV, стр. 85-106; Ђурђић, В., Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2009; Шкулић, М., Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд, 2009. год.; Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.; Николић, Д., Споразум о признању кривице, Београд, 2009. год.; Бркић, С., Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву -Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVII,1-2/2003; Ђурђић, В., Пресуђење на основу споразума о признању кривице, Приступ правосуђу, Ниш, 2007. год.

свега овог оправданост постојања споразума ни у ком случају не сме бити доведена у питање. Насупрот. И у кратком времену свог постојања споразум је показао своје пуно криминално-политичко оправдање. Показао се једним од важнијих инструмената ефикасности борбе против криминалитета и на овим нашим просторима. Из ових разлога, треба предузети мере за његову примену у складу са њиховом суштином и криминално-политичким разлозима који су довели до његовог озакоњења уопште. И у Републици Србији споразум, скупа са другим поједностављеним формама поступања у кривичним стварима, треба да постане још значајнији инструмент борбе против криминалитета.

ЛИТЕРАТУРА

- Бркић, С.*, Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVII,1-2/2003
- Бркић, С.*, Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, Збор. "Законодавни поступак и казнено законодавство", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009
- 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.
- Бејатовић, С.*, Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструмент нормативне ефикасности кривичног поступка, Зборник, "Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе", Правни факултет Крагујевац, 2009. год., Књига IV, стр. 85-106.
- 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.*, 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*, Реформа кривичнопроцесног законодавства Србије и ефикасност кривичног правосуђа, Зборник “Реформа кривичног правосуђа”, Правни факултет Ниш, 2010.
- 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.*, Кривично процесно законодавство и тешки облици криминалитета, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2000.
- Beziz- Ayache, A.*, Dictionnaire de droit penal general et procedure penale, 2e edition, Paris, 2003.
- Будимилић, М.*, Споразуми и потврда изјашњавања о кривици –пракса пред Трибуналом за бившу Југославију и националним правосуђима, Криминалистичке теме, Сарајево, бр.1-2/2004.
- Дамашка, М.*, Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, вол.13. бр.1/2006, Загреб.
- Дамашка, М.*, О неким учинцима страначки обликованог припремног казног поступка, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, вол.14. бр.1/2007, Загреб.
- 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.
- 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.
- Loffler, J.*, Die Absprache in Strafprozess, Tubingen, 2010.

- Larguier, J.*, Procédure penale, paris, 2001.
- Николић Д.*, Споразум о признању кривице, ЈП „Сл.гласник” Београд, 2009.
- Радуловић, Д.*, Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- 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 Закона о кривичном поступку Црне Горе, Подгорица, 2009.
- Радуловић, Д.*, Нова решења у кривичном процесном законодавству Црне Горе, Зборник „Нова решења у кривичном процесном законодавству-Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011.
- Schunemann, B.*, Ein deutsches Regime auf Strafprozess des liberalen rechtsstaats, Zeitschrift für Rechtspolitik, 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.
- Стојановић, З.*, Кривично право - општи део, Београд, 2008.
- Симовић, М.*, Кривични поступци у Босни и Херцеговини, Друго измењено и допуњено издање, Сарајево, 2008.
- 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.
- *Симовић, М.*, Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, Збор. “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- 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, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.1/2010.
- Tiedemann, K.*, Die Europaisierung des Strafrechts, u : Kreuzer, Scheuing, Sieber; Die

- Europaisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 1977.
- 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 Законака о кривичном поступку из 2010. год., Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Ђурђић, В.*, Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2009.
- Ђурђић, В.*, Пресуђење на основу споразума о признању кривице, Приступ правосуђу, Ниш, 2007.
- 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.*, Погрешна концепција Нацрта ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
- Шкулић, М.*, Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд, 2009.
- Шешић, З.*, Споразум о признању кривице у новом ЗКП, Правни живот, бр. 10/2007.

РЕВИЗИЈА ОСНОВНИХ ПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА НА КОЈИМА ЈЕ УРЕЂЕН НОВИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ

Др Војислав Ђурђић*

***Апстракт:** У раду се расправља о редефинисању основних начела на којима је изграђен нови кривични поступак Србије, уређен Закоником о кривичном поступку из 2011. године. Аутор сматра да је начело истине хируршки одстрањено из кривичног поступка као нетипично за адверзијални модел пре-суђења кривичне ствари, који је установљен рецепцијом англоамеричког права. Због погрешног поимања кривичног поступка у коме је јавнотужилачка истрага његов структурални елемент, законописци су изнуђено оставили начело оптужбе без законске дефиниције, што је у дисхармонији с њиховом основном концепцијском идејом о обликовању чистог страначког (оптужног) поступка. Неизмењена законска дефиниција начела легалитета у новом уређењу истраге има за последицу да за јавног тужиоца, кад се стекну законски услови, гоњење постаје слободно уместо обавезно. Укидање судских доказа и доказна правила према којима су полицијски и јавнотужилачки докази изведени у истрази или предистрази, изједначени са доказима изведеним на главном претресу, разорили су начело непосредности и начело контрадикторности. Тиме је доведен у питање квалитет судских одлука, а због „неједнакости оружја“ странака, такав модел кривичног поступка не може се оцијенити као правичан.*

***Кључне речи:** кривични поступак, основна начела, начело истине, начело оптужбе, начело легалитета, начело непосредности, начело контрадикторности.*

1. О ПРОМЕНАМА ЗАКОНСКИХ ДЕФИНИЦИЈА ПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА

Основна начела кривичног поступка су дуго времена била „забрањена зона“ за интервенције законописаца ико су у бити променљиве правне категорије које се прилагођавају друштву датог времена, за које се кривични посту-

*Др Војислав Ђурђић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу.

пак изграђује и у коме се остварује. Пошто се свим тим реформама није мењао традиционални модел кривичног поступка, који иначе припада класичном мешовитом (континентално-европском) типу поступка, процесна начела су преузимана као нешто унапред дато, па се питање њиховог преиспитивања није ни постављало.¹ Стварност је, међутим, била сасвим другачија: уместо путем измена законских одредби, процесна начела су се сама од себе прилагођавала друштвеним условима и захтевима кривичног поступка у одређеном времену, доживљавајући тако фактичку трансформацију и нова значења. Тек у последњој деценији српски законодавац се одважио да интервенише и у основна начела кривичног поступка, подстакнут обавезом да усклади процесно законодавство са уставним променама и европским правним стандардима.²

И нацртом новеле процесног Законика из 2010. године такође се задире у основна начела кривичног поступка, овога пута радикално и посве из других разлога него приликом ранијих законодавних реформи. Главне узроке протеривања неких и редефинисања других процесних начела треба тражити у рецепцији англоамеричког права, замени судске истраге јавнотужилачком и новим законским дефиницијама³ кривичног поступка и класичних процесних појмова, до сада непознатим у процесној доктрини. Начело истине протерано је из кривичног поступка као нетипично за страначки обликован (оптужни) кривични поступак, реципиран из другог великог правног система а не из континентално-европског. Иако је главни поступак страначки обликован а тзв. „паралелна истрага“ бојажљиво уведена, конципирање истраге, начелно узет, као јавнотужилачке, била је сметња да се задржи досадашња законска дефиниција начела оптужбе па су га законописци једноставно избрисали, не успевши да изграде другу дефиницију која би важила за читав кривични поступак како

¹ Одржавање непроменљивости законског уређења основних начела кривичног поступка као да кореспондира са доктринарним схватањем процесних начела као „процесних правила, везаних за врхунске процесне појмове или бића (процесне субјекте и процесне радње), која одређују карактер (тип) [подвукао В.Ђ.] кривичног поступка“ (М. Грубач, *Начела кривичног поступка и њихова трансформација*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право 1-2/1995, стр. 72).

² За разлику од ранијег периода, у последњој деценији, од доношења Законика о кривичном поступку, законодавац је три пута интервенисао у основна начела кривичног поступка, уводећи нека нова и трансформишући постојећа процесна начела: установљено је начело заштите личне слободе и постављене су разумне границе његове примене; дограђено је начело правичног поступка (успостављањем нових гаранција права на одбрану и законским дефинисањем правила *in dubio pro reo*); начело јавности усклађено је са европским правним стандардима; начело непосредности разграђено је прагматичним и неосмишљеним захватима у процесне установе којима се оно обезбеђује и др. (Више о томе: В. Ђурђић, *Кохерентност реформских захвата као претпоставка за правилну примену процесног законика*, у: „Актуелна питања у примјени кривичног законодавства“, Бања Лука, 2011, стр. 117-140).

³ О новим законским дефиницијама класичних процесних појмова види: В. Ђурђић, *Редефинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010, стр. 3-22.

је сада законски дефинисан (што је, уистину, био тежак а вероватно и нерешив задатак).⁴ Насупрот начелу оптужбе, дефиниција начела легалитета остала је у закону, у бити непромењена, али у судару са регулативом истраге против непознатог учиниоца (што је ново, уистину не баш разумљиво решење), непромењена класична дефиниција начела легалитета постаје неприменљива и камелеонски се претвара у своју супротност – уместо да гоњење непознатог учиниоца за јавног тужиоца буде такође обавезно, кривично гоњење постаје слободно. За разлику од претходних, начело непосредности никада није имало законску дефиницију, а нема је ни у предлогу новог законског текста. Оно је разрушено путем процесних средстава којима се докази које су извели други државни органи у истрази и предистрази, уводе у кривични поступак и имају исту снагу као судски докази, о којима судије на главном претресу сазнају из записника тих државних органа а не непосредно.

У даљем излагању биће детаљније објашњена само трансформација поменутих начела, будући да су промене радикалне и типичне за концепцијски приступ законписаца. Разуме се, могле би се навести и протумачити и измене других основних начела, што је најпре условљено доктринарним схватањем шта се има сматрати основним начелима кривичног поступка а потом карактером и обимом тих промена, у шта се, полазећи од сврхе и ограниченог простора рада, овога пута нећемо упуштати. Уместо детаљне експликације, сматрамо умесним напоменути да под основним процесним начелима разумемо општа правна правила која настају синтезом процесних прописа међународног или унутрашњег права из којих извиру, усмерена ка неким постулираним друштвеним вредностима чијем остварењу уређење кривичног поступка треба да служи. Према нивоу генерализације, садржински и телеолошки тумаче као општа правна правила „највишег логичког, правног или правнополитичког ранга, која служе теоријској систематизацији или постулирању одређених правних вредности за потребе тумачења прописа кривичног процесног права“.⁵ Своју функцију процесна начела распростиру на правну науку, правну политику и правну праксу. Правна наука настоји да изгради теоријску систематизацију и да мноштво појединачних правних правила сведе на одређени број принципа, а та потреба извири из економије научног мишљења, која тражи свођење што

⁴ Законска дефиниција кривичног поступка дата је у одредбама о значењу израза – «поступак је предистражни поступак и кривични поступак» (чл. 2. ст. 1. тач. 14. ЗКП/20011) и одредбама о почетку кривичног поступка, према којима, између осталог, кривични поступак започиње доношењем наредбе о спровођењу истраге (и кад је учинилац непознат) или доношењем решења о одређивању притвора (чл. 7. ст. 1. и 3. ЗКП/2011), у којима је експлиците речено да је фаза истраге, коју сада спроводи јавни тужилац, етапа кривичног поступка, а да кривични поступак може започети и пре тога (одређивањем притвора!). Кад се овако одреди шта је кривични поступак у ужем смислу, посве је разумљиво да није могуће законском нормом прописати да се «кривични поступак покреће *по захтеву тужиоца*», што је уобичајена законска дефиниција начела оптужбе.

⁵ Д. Крапац, *Основна права човјека и грађанина и начела кривичног поступка*, Зборник радова Правног факултета у Загребу 5-6/1989, стр. 829.

већег броја објеката под исти објашњавајући појам.⁶ У односу на законодавца, начела се схватају као његов најбољи избор процесних институција у светлу криминалне политике, док се у односу на органе кривичног поступка схватају као помагала у тумачењу прописа кривичног процесног права, посебно онда кад они садрже правне стандарде или правне празнине које треба попунити.⁷

2. НАЧЕЛО ИСТИНЕ НЕПОЖЕЉНО У НОВОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Протеривање начела истине из кривичног поступка најрадикалнија је измена у процесном кодексу из 2011. године, коју консеквентно прати развлашћивање суда да се стара о доказивању правно релевантних чињеница. Суд је сада ослобођен одговорности за прикупљање и извођење доказа. То је била „цена“ да се у наш правни систем, уместо мешовитог, уведе англосаксонски, адверзијални тип кривичног поступка (можда је овај изречени однос средства и циља, био супротног смера по замисли законописаца: да би по сваку цену укинули начело истине, они су ископирали један типичан адверзијални модел поступка, у коме судија није одговоран за утврђивање чињеничног стања него порота). Због њихове чврсте међусобне повезаности, а зарад разумевања новине и практичних реперкусија које ће изазвати, потребно је објаснити сва ова три аспекта нове законске регулативе којом је укинута начело истине у новом кривичном поступку.

Главни претрес је уређен по америчком моделу акузаторског кривичног поступка и конципиран је као чисто адверзијални,⁸ страначки поступак: терет пружања доказа је на тужиоцу, на странкама је одговорност да прибаве и изведу доказе, док је суд растерећен обавезе да истражује истину о кривичном догађају. Суд има обавезу да истинито утврди чињенице само на основу доказа које изведу саме странке, али нема обавезу да истину истражује по службеној дужности. Ослобађањем суда да сноси одговорност за извођење доказа и за утврђивање истине, тј. потпуног и истинитог чињеничног стања, независно од активности странака, на чему традиционално почива европскоконтинентални тип кривичног поступка, толико је велико одступање од нашег правног наслеђа да је по значају испред увођења јавнотужилачке истраге (уместо судске), због толике радикалности и проблема које може изазвати у практичном функционисању кривичног правосуђа. Међутим, питање је да ли нам је потребан тако радикалан реформски захват. Страначки уређен главни поступак није карактеристичан за континентални тип кривичног поступка, какав је наш, и уопште

⁶ Др Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, 1951, стр. 265.

⁷ Др sc. Davor Крапас, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2003, стр. 78.

⁸ О начелу истине у кривичним поступцима БиХ, који су уређени као адверзијални, види: др Миодраг Симоновић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 213. и 214.

не одговара нашој правној традицији. Замишљен је као правни двобој двеју странака пред судом, чија је улога у утврђивању чињеница до крајности пасивизирана. Суд је сада стављен у положај да се стара само о законитости и континуитету главног претреса, могло би се рећи читавог главног стадијума, уз бројне установе које треба да осигурају брзо и ефикасно пресуђење кривичне ствари. Из такве замисли извире највећи недостатак нове концепције поступка пресуђења кривичне ствари – укидање начела истине.

Да би се то постигло, прво је укинута законска дефиниција начела истине у кривичном поступку. У процесној књижевности се сматра да је начело истине било дефинисано у члану 17. став 1. ЗКП/2001.⁹ Законска дефиниција је гласила „Суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да *истинито* и *потпуно* утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“. У одредбама наредног члана било је предвиђено, уистину застарелом, превазиђеном формулацијом, да суд утврђује чињенично стање на основу *слободног судијског уверења*¹⁰ и да је утврђивање истине ограничено доказним забранама. Насупрот досадашњем решењу, у новом процесном кодексу нема више законске дефиниције начела истине: у новом моделу кривичног поступка кривични суд ни други државни органи немају више обавезу да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, као што су имали по до сада важећим прописима. Уместо тога прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“ (чл. 16. ст. 4), пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе“ (чл. 16. ст. 2. ЗКП/2011). Међутим, обавеза суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не сме се поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само на доказима, а доказе на главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложе, по правилу¹¹, на при-

⁹ Законик о кривичном поступку (“Sl. list SRJ”, br. 70/2001 i 68/2002 i “Sl. glasnik RS”, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr. zakon, 49/2007 i 20/2009 - dr. zakon).

¹⁰ Формулација законске дефиниције принципа слободног судијског уверења настала је у периоду непосредно после укидања законске оцене доказа, па је било и разумљиво што је била везана за формална доказна правила. Таква дефиниција је остала у нашем законнику до данашњих дана: „Право суда и државних органа који учествују у кривичном поступку да оцењују постојање или непостојање чињеница није везано ни ограничено посебним формалним доказним правилима“ (чл. 18. ст. 1. ЗКП/2001). Међутим, утврђивање правно релевантних чињеница на основу *слободног судијског уверења* већ одавно је стандард савремених кривичних поступака, због чега је негативно дефинисање овог принципа данас мање разумљиво и недовољно прецизно одражава његову суштину. Зато је нова законска дефиниција далеко боља: „Изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке суд оцењује по слободном судијском уверењу“ (чл. 16. ст. 3. ЗКП/2011).

¹¹ Правило је да странке предлажу доказе на припремном рочишту (чл. 350. ЗКП/2011). Ако се поступак води за кривична дела за која је прописана казна затвора до дванаест година, председник судећег већа може одмах заказати главни претрес ако с обзиром на изведне доказе, спорна чињенична и правна питања или сложеност кривичне ствари, оцени да одржавање

премном рочишту). То значи да суд може стећи уверење тог степена само ако странке изведу све потребне доказе. У случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, па је нужна примена правила *in dubio pro reo*. Суд, дакле, у погледу сваке одлучне чињенице мора бити уверен да је извесна, али ако за неку од њих нема довољно страначких доказа да би се са извесношћу уверио у њено постојање, суд није овлашћен да истражује да ли та чињеница постоји нити да прикупља доказе да она постоји. Управо зато што степен уверења судије зависи искључиво од страначких доказа, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање. Омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину.

У погледу одговорности за проналажење и извођење доказа, предвиђено је да терет пружања доказа лежи на тужиоцу, а да „суд изводи доказе¹² на предлог странака“ (чл. 15. ст. 1. и 2. ЗКП/2011). Ова одредба је једна светла тачка у области законског уређења доказивања чињеница, али која, нажалост, нема ни једне додирне тачке са било којим правилом о доказним радњама. У даљим законским одредбама о доказним радњама или о току поступка суд није овлашћен да изведе ниједну доказну радњу, због чега та општа одредба остаје само прокламација, која је у колизији са свим другим одредбама о доказивању и пресуђењу кривичне ствари. Зато су строги критичари новог процесног кодекса имали разлога да утврде да је то „омашка творца новог законика“.¹³

Извођење доказа *pro et contra* омеђено је доказним предлозима и активношћу странака. Само изузетно, суд може по службеној дужности наредити да се изведу поједини допунски докази, али ни тада у циљу утврђивања истине већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. У тој ситуацији, правило је да „суд може дати налог странци да предложи допунске доказе“, а само изузетно и да сам одреди „да се такви докази изведу“. Издавање овог судског квази-налога допуштено је под следећим условима: (1) да је суд оценио да су изведени докази противречни или нејасни“ и (2) да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио“ (чл. 15. ст. 4. ЗКП/2011). Оваква законска регулатива је противречна сама себи а садржински

припремно рочишта није потребно (чл. 346. ст. 3. ЗКП/2011). У тим случајевима кад припремно рочиште није држано, странке, бранилац и оштећени предлажу доказе по заказивању главног претреса (чл. 356. ЗКП/2011). Изузетно је могуће предлагање доказа и на главном претресу, ако за те доказе странке нису сазнале раније, ни у време одржавања припремног рочишта ни након одређивања а пре почетка главног претреса (чл. 395. ст. 4. тач. 1. ЗКП/2011).

¹² Овој општој одредби, према којој суд изводи доказе, противречна је одредба о извођењу доказа на главном претресу, према којој сведоке и вештаке на главном претресу испитују странке (чл. 402. ст. 2. и 6. ЗКП/2011).

¹³ Др Милан Шкулић – др Горан Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад*, Београд, 2012, стр. 75.

је без икаквог рационалног циља. То је кључна одредба која „на малиган начин тешко 'инфицира' и 'труже' цео текст Законика из 2011. године“.¹⁴

Због противречности са другим одредбама ова одредба губи сваки сми-сао, па се поставља питање како је треба тумачити. Ако претпоставимо да и у овој ситуацији важи опште правило да доказе изводи суд, онда је бесмислено да суд издаје налог странци да она предложи суду извођење доказа које управо тај суд треба да изведе. Уместо стварања фикције да се и у тој ситуацији до-кази изводе по предлогу странке, како би се по сваку цену сачувао адверзијал-ни карактер поступка, намеће се као рационално решење да суд по службеној дужности одреди и изведе те допунске доказе. У супротном, ако се пође од тога да те доказе изводи странка, какво значење произлази из дикције правне норме, пошто се не каже да суд изузетно може извести те доказе него да сам може одредити „да се такви *докази изведу*“, то би такође било бесмислено јер странка треба да изведе доказ који није намеравала да предложи, чак то није учинила ни по налогу суда.

Протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда одговорности за прикупљање и извођење доказа, наш будући кривични поступак постаће сличан парничном поступку, у коме странке имају право диспозиције, па консеквентно томе и сnose одговорност за утврђивање чињеница у поступку. Такав поступак је у потпуној противречности са доминирајућим доктринарним схватањем у континенталној Европи о природи и циљу кри-вичног поступка. Због јавног интереса да се гоне учиниоци кривичних дела и јавног карактера кривичног поступка, у њему важи начело судског истражи-вања материјалне истине, те у односу на разјашњење предмета поступка није везан активношћу странака већ суд „истражује истину“ извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.¹⁵ И многа савремена законодавства експлиците прописују важење начела истине и одго-ворности суда за истраживање и утврђивање истине. У немачком процесном закону изричито је прописано да је у *циљу утврђивања истине* суд дужан да по службеној дужности изводи доказни поступак у погледу свих чињеница и доказа који су битни за доношење одлуке (§244 Abs 2 StPO). Црногорски зако-нодавац уређује начело истине у одредбама о основним правилима поступка: „Суд, државни тужилац и други државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важно-сти за доношење законите и правичне одлуке ...“ (чл. 16. ст. 1 ЗКП ЦГ).

Насилно избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење до-каза, па самим тим и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, као непотребног инквизиционог елемента на главном претресу, довело је и до неких концепцијских недоследности и дисхармоније законских решења. При-

¹⁴ *Ibidem*, str. 76.

¹⁵ C. Roxin und B. SCHünemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, „Verlag C.H. Beck“, München, 2009, str. 78 (цитирано према: М. Шкулић – Г. Илић, *op. cit.*, str. 38).

мера ради, ако суд нема одговорност за прибирање и извођење доказа и није у обавези да утврђује истину у кривичном поступку, концепцијски је сасвим неспојиво да се жалбом побија чињенично стање. Ако саме странке изводе доказе на главном претресу а суд нема обавезу да истражује и утврђује истину, странке су једино одговорне за потпуност чињеничног стања, па се поставља питање који је рацио њиховог права да побијају судску одлуку због недостатака за које су оне једино одговорне. Кад је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању, суд би могао погрешно утврдити постојање или непостојање одлучних чињеница из доказа које су предложиле и извеле саме странке. Тако гледано, имало би смисла да погрешно утврђено чињенично стање остане као основ жалбе. Међутим, није немогуће да суд погрешно закључи о постојању или непостојању неке одлучне чињенице управо зато што нису изведени сви потребни докази, у ком случају је узрок погрешно утврђеног чињеничног стања опет у понашању странака. Ни суд правног лека, било да одлучује у седници већа или на главном претресу, не може утврђивати одлучне чињенице изван доказа које су саме странке извеле на главном претресу пред првостепеним судом или на претресу пред жалбеном судском инстанцом. Из тих разлога, начелно узев, погрешно и непотпуно чињенично стање као основ жалбе неспојиво је са страначком одговорношћу за прибављање (и извођење) доказа.

На крају још треба рећи да је у континентално-европској доктрини и правним системима општеприхваћено гледиште да је циљ кривичног поступка утврђивање истине, али не једини циљ. На том темељу гради се право државе на кажњавање – тзв. *ius puniendi*. Те су поставке у потпуној хармонији - у држави „владавине права“ нико не може бити кажњен док се са сигурношћу не утврди да потпада под право државе на кажњавање. Ако се, пак, укине начело истине и суд у кривичном поступку ослободи одговорности за утврђивање свих правно релевантних чињеница, на чему ће држава заснивати своје право на кажњавање? То је фундаментално питање, правнотеоријско и правнополитичко, али и етичко и филозофско, на које законописци нису дали одговор. Може ли, у крајњем, држава поверити странкама утврђивање чињеница на којима се заснива јавни интерес кажњавања или је цивилизацијски да се ослони на самостални, независни, непристрасни и компетентни орган, какав је суд.

3. ИЗНУЂЕНО ИЗОСТАВЉАЊЕ ЗАКОНСКЕ ДЕФИНИЦИЈЕ НАЧЕЛА ОПТУЖБЕ

Начелом оптужбе решава се ко има иницијативу за покретање кривичног поступка. Оно претпоставља раздвајање основних кривичнопроцесних функција и њихову расподелу између трију засебних и међусобно независних процесних субјеката – тужиоца, окривљеног и суда. Начелом оптужбе успоставља се опште правило да се *судски кривични поступак покреће искључиво*

по захтеву тужиоца.¹⁶ Покретање и вођење кривичног поступка није могуће без казненог захтева тужиоца (*nemo iudex sine actore*), па суд никада не може започети кривични поступак на сопствену иницијативу.

На функционалну везаност судског поступка захтевом тужиоца наслања се и тематска, у теорији означена као *везаност пресуде оптужбом*. Осим што без тужиоца није могућ судски поступак, друго дејство начела оптужбе је да казнени захтев тужиоца одређује и предмет поступка: предмет суђења може бити само оно што је предмет оптужбе. Консеквентно оваквом значењу начела оптужбе, настају последице по поступак: (а) Ако тужилац одустане од свог захтева (тј. ако одустане од оптужбе), суд мора обуставити кривични поступак (кад је истрага судска) или донети пресуду којом се оптужба одбија после започетог главног претреса; (б) Суд може да води поступак само против лица означеног у захтеву тужиоца и за дело означено у захтеву, а пресуда се такође може односити само на лице и дело из оптужног акта тужиоца (између пресуде и оптужног акта мора постојати тзв. објективни и субјективни идентитет).

Уобичајено се у процесним законима начело оптужбе строго прописује, па се повреде овог начела санкционишу као апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка.

У хармонији са овим теоријским поставкама установљава се и законска дефиниција начела оптужбе: „Кривични поступак покреће се по *захтеву* овлашћеног тужиоца“ (чл. 19. ЗКП/01). Она је темељ да се (у маргинама официјелности гоњења) законом одреде овлашћени тужиоци: за официјелна кривична дела то је јавни тужилац или супсидијарни тужилац (који се под законом предвиђеним условима може супституисати на место јавног тужиоца кад он не предузме гоњење или од гоњења одустане), а за кривична дела за која је у материјалном кривичном праву прописано да се гони по приватној тужби, то је приватни тужилац.

Погрешно законско одређење кривичног поступка принудило је законписце да из новог закона изоставе одредбу о начелу оптужбе. Зато што се по замисли законописаца истрага сматра структуралним елементом кривичног поступка у ужем смислу, а покреће се *одлуком јавног тужиоца* у форми наредбе (чл. 7. ст. 1. тач. 1. ЗКП/2011), није било могуће задржати досадашњу, иначе у процесним кодексима уобичајену законску дефиницију начела оптужбе¹⁷, која је гласила: „Кривични поступак покреће се по захтеву овлашћеног тужиоца“.¹⁸

¹⁶ О доктринарним дефиницијама овог начела види: др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр. 105; др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 59.

¹⁷ Види: чл. 17. ЗКП Македоније, чл. 405. ЗКП Италије, чл. 2. ст. 1. ЗКП Хрватске, чл. 18. ст. 1. ЗКП Црне Горе и др.

¹⁸ Члан 19. Законика о кривичном поступку из 2001. (“Sl. list SRJ”, br. 70/2001 i 68/2002 i “Sl. glasnik RS”, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - dr. zakon, 49/2007, 20/2009 - dr. zakon, 72/2009 i 76/2010).

Уместо да траже решење у отклањању узрока који спречава да се начело оптужбе правилно и консеквентно законом регулише, законописци су прибегли једном прагматичном, нимало инвентивном захвату – избацили су дефиницију начела оптужбе из процесног законика. То, међутим, не значи да будући кривични поступак неће бити уређен на начелу оптужбе, јер оно посредно произлази из других одредаба, нпр. о овлашћеном тужиоцу, о предмету пресуде,¹⁹ о пресуди којом се оптужба одбија, о битним повредама одредаба кривичног поступка као основа за побијање пресуде и др. (чл. 5. ст. 1, чл. 420, ст. 1. и чл. 422. ст. 1. тач. 1, чл. 438. ст. 1. тач. 7. ЗКП/2011).

Да је могућа законска дефиниција начела оптужбе и кад је истрага уређена као јавнотужилачка, законописци су се могли уверити да су погледали каква су искуства у упоредном праву кад се појам кривичног поступка правилно дефинише. Законска дефиниција оптужбе постоји и у правним системима који су нам традиционално узор за изградњу кривичног процесног законодавства, па и правног система у целини гледано, као и кривичном процесном законодавству државе чија су решења законописци често преузимали или парафразирали. У немачком кривичном процесном праву, које нам традиционално служи као извор идеја за изградњу нашег законодавства, постоји законска дефиниција оптужбе: „Поступак пред судом се покреће подизањем оптужнице“ (§ 151. StPO). У хрватском правном систему начело оптужбе је подигнуто на ранг уставног начела (чл. 25. ст. 5. Устава РХ) и као такво преузето је у кривични процесни закон: „Казнени поступак се проводи на захтјев овлашћеног тужитеља“ (чл. 2. ЗКП Х). Такво решење постоји и у црногорском кривичном процесном праву, само што је у самој дефиницији прецизирано да је начело оптужбе потребно и у току кривичног поступка: „Кривични поступак покреће се и води по оптужби овлашћеног тужиоца“ (чл. 18. ст. 1. ЗКП ЦГ). Уместо да искористе искуства из упоредног права, законописци су остали доследни и верни свом оригиналном али погрешном поимању кривичног поступка, па макар својом упорношћу разрушили многе дефиниције класичних кривичнопроцесних појмова.

Начело оптужбе у садејству са начелом официјелности кривичног гоњења извориште је за законско одређивање ко може бити тужилац у кривичном поступку. И у новом кривичном поступку као овлашћени тужиоци номинално су одређени јавни тужилац и оштећени као супсидијарни тужилац, за кривична дела за која се гони по службеној дужности, и приватни тужилац (чл. 5. ЗКП/2011).

У односу на супсидијарног тужиоца уведена је једна значајна новина. Не може оштећени да постане супсидијарни тужилац у истрази, ни ако јавни тужилац одустане од кривичног гоњења, већ само кад јавни тужилац одустане од оптужбе након потврђивања оптужнице (чл. 52. ст. 1. ЗКП/2011), што значи да то ствојство може стећи само у главном стадијуму кривичног поступка. Дода

¹⁹ Мислимо да садржини чл. 425. Преднацрта више одговара назив „предмет пресуде“ него „однос пресуде и оптужбе“.

ли се томе чињеница да оштећени није овлашћен ни да затражи судску заштиту у случају кад јавни тужилац одлучи да не покрене истрагу, већ само да приговори вишем јавном тужиоцу, изгледа као да се потврђује већ добро позната критика да се са сваком реформом кривичног поступка погоршава процесни положај оштећеног. Ипак остаје питање да ли је са становишта гарантованих људских права допуштено да се искључи судска заштита оштећеног у кривичним стварима, у било којој фази поступка.

Да је приватни тужилац овлашћен да подигне приватну тужбу у општој форми кривичног поступка произлази из одредбе којом је предвиђено да ће се «одредбе о оптужници и испитивању оптужнице» сходно примењивати «и на приватну тужбу, осим ако се она подноси за кривично дело за које се спроводи скраћени поступак» (чл. 331. ст. 6. ЗКП/11). Одредба је преузета из до сада важећег кодекса (чл. 265. ст. 2. ЗКП/01) без икаквих суштинских измена, али су законописци изгледа изгубили из вида да су проширили примену сумарног кривичног поступка на сва кривична дела са запрећеном казном затвора до осам година (чл. 495. ЗКП/11), а да су запрећене казне за кривична дела која се гоне по приватној тужби остале непромењене. Због те унутрашње некохерентности и неусаглашености са кривичним материјалним правом, одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступка постале су сувишне, могло би се рећи и без икаквог смисла, јер у Кривичном законнику постоји само један облик једног кривичног дела за које је прописана казна преко осам година (превара из чл. 208. ст. 4. КЗ), и то под условом да је то дело извршено према лицу са којим учинилац живи у заједничком домаћинству.

Као што је већ речено, из круга овлашћених тужилаца који имају право да захтевају покретање редовног кривичног поступка искључен је оштећени а приватни тужилац сведен на овлашћеног тужиоца само за једно кривично дело. Зато се може рећи да је тиме јавни тужилац практично инаугурисан у јединог тужиоца овлашћеног да захтева покретање редовног кривичног поступка.

4. РЕВИЗИЈА НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА И НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА

Са увођењем јавнотужилачке истраге и снижењем услова за њено покретање, нужно се поставља питање да ли је потребно преуређење оних процесних начела која су у уској вези са покретањем кривичног поступка. Међутим, из понуђених законских решења не може се закључити да су она настала као резултат нових теоријских промишљања: уместо нове дефиниције, као што је већ речено, одредбе о *начелу оптужбе* су избачене из процесног кодекса, док је одредба о *начелу легалитета* у бити остала непромењена, само је *основана сумња* као услов за покретање истраге замењена *основима сумње*.

Снижавањем чињеничног супстрата за покретање тужилачке истраге са основане сумње на основе сумње омогућено је да се истрага води и против непознатог учиниоца кривичног дела. Међутим, у члану 6. ЗКП/2011 начело легалитета кривичног гоњења формулисано је тако да да важи само кад је учинилац познат: „Јавни тужилац је дужан да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је *одређено лице* учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности“. Пошто се сада допушта отварање истраге и против непознатог учиниоца, обавеза предузимања кривичног гоњења кад се стекну законом прописани услови (стварни и правни), што чини бит начела легалитета кривичног гоњења, мора се проширити и на ту процесну ситуацију. Јавни тужилац би морао имати обавезу да предузме кривично гоњење у свим случајевима кад се стекну услови за покретање истраге, па и у случају кад је учинилац непознат. У противном, ако се у основној законској одредби начело легалитета ограничи само на гоњење познатог учиниоца, какво значење произлази из дикције цитиране законске норме, теоријски али и практично гледано, јавни тужилац не би био у обавези да отвори истрагу против непознатог учиниоца. Из тих разлога, дефиницију начела легалитета кривичног гоњења требало је преформулисати и прилагодити природи и новом концепту истраге.

Иако је бит дефиниције начела легалитета остала иста, законска дефиниција је унеколико измењена и дупуњена:

- Најпре, законска одредба којом се начело дефинише добила је наслов: „законитост кривичног гоњења“, што представља допуну ранијег законског текста. Наслов је настао дословним преводом на српски језик стране речи „легалитет“ (lat. *legalitas*=*zakonitost*)²⁰, којом се у теорији означавало ово начело. Ако се већ приступило интервенцији зарад изналажења одговарајућег назива, онда је боље било назвати начело према његовој суштини. Будући да се њиме решава питање облигаторности кривичног гоњења за официјелна кривична дела, одговарајући назив би био „обавезност кривичног гоњења“.²¹

- Затим, из законске дефиниције начела легалитета изостављен је уводни део одредбе који је гласио: „ако овим закоником није другачије одређено“,²² што се не може сматрати редакцијским дотеривањем. Изостављени део синтагме имао је значење да се општом одредбом допуштају одступања²³ од начела легалитета. Ако би се приликом тумачења новог законског текста користио историјски метод, могло би се погрешно закључити да закон више не допушта никакве изузетке у погледу обавезности кривичног гоњења. Тако гледано,

²⁰ Ivan Klajn i Milan Šipka, *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Prometej, Novi Sad, 2008, str. 704.

²¹ О умесности преименовања начела легалитета види: др Загоргка Јекић, *Кривично процесно право*, Београд, 2001, стр. 88. и 89; Станко Пихлер, *Нека питања у вези са начелом легалитета у кривичном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом саду, бр. 1-3/1989, стр. 235;

²² Види члан 20. ЗКП/2001.

²³ О одступањима од начела легалитета види: др Војислав Ђурђић – Данило Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка*, 2010, стр. 38, 39 и 49-61.

законом предвиђени случајеви опортунитета кривичног гоњења,²⁴ као што су [условно] одлагање кривичног гоњења (чл. 283. ЗКП/2011) и одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности (чл. 284. ст. 3. ЗКП/2011), били би у супротности са општом одредбом о начелу легалитета кривичног гоњења. Будући да се ради о тзв. спољашњој противречности двеју правних норми, до правог значења могло би се доћи тумачењем да обе норме важе али је једна од њих изузетак у односу на другу општу правну норму.²⁵ Ипак, враћањем изостављене синтагме у законску норму о начелу легалитета, постигла би се пуна кохерентност законског текста.

И у новом кривичном поступку опстао је опортунитет²⁶ кривичног гоњења као основно одступање од начела легалитета и једна од најчешћих диверзионих форми у упоредном праву. У основи је је задржана ранија концепција опортунитета кривичног гоњења,²⁷ с тим што је проширено поље важења једног од два стандардна облика опортунитета, док је трећи облик опортунитета, везан за започети судски поступак, с правом укинут. Основни облик опортунитета је и даље условно одлагање кривичног гоњења, али је сада могућност његове примене нормативно проширена на сва кривична дела са запрећеном казном до пет година затвора. За ова дела јавни тужилац може одложити кривично гоњење, под условом да осумњичени прихвати да изврши неку од законом прописаних мера коју му јавни тужилац наредбом наложи, па ако то у остављеном року и учини, јавни тужилац је дужан да својим решењем одбаци кривичну пријаву (чл. 283. ЗКП/11). Још једном је пропуштена прилика да се, поред поља важења, пропишу законски услови за примену начела опортунитета, како би се јавни тужиоци охрабрили да у пракси још више примењују овај диверзионии модел решавања кривичних ствари. Други облик опортунитета је одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, прописан за кривична дела са запрећеном новчаном казном или казном затвора до три године (чл. 284. ст. 3. ЗКП/11). Овај облик опортунитета законописци су сакрили у одредбе о „одбацивању кривичне пријаве“ зато што не постоје услови за предузимање или даље кривично гоњење јер пријављено дело није кривично дело, или постоји застарелост, амнестија или помиловање, или нека друга околност која трајно искључује кривично гоњење, или не постоје основи сумње да је учиње-

²⁴ На потребу увођења у наш кривични поступак на основу правилног схватања значења начела опортунитета, указивано је у процесној књижевности пре више од деценију и по. Види *supra, fus nota* бр. 18, и др Војислав Ђурђић, *Начело опортунитета кривичног гоњења*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 446. и 447.

²⁵ Види: Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2010, стр. 346. и 347.

²⁶ Теоријске дефиниције начела опортунитета види код: др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр. 98; др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 56; и др Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр.100.

²⁷ О концепцији основног облика опортунитета кривичног гоњења, види: др Војислав Ђурђић, *Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије*, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 2-3/2011, стр. 213-215.

но кривично дело које се гони по службеној дужности (чл. 284. ст. 1. ЗКП/11). То је садржински и номотехнички погрешно, јер се код свих облика опортунитета одбацује кривична пријава, пре или касније, само из различитих разлога и у различите сврхе, али их законописци нису разврстали у исти законски члан о «одбацивању кривичне пријаве». Није, дакле, исправно одбацивање кривичне пријаве по начелу опортунитета, у шта неспорно спада одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, систематизовати у одредбе о одбацивању кривичне пријаве по начелу легалитета – у првом случају кривично дело постоји, али се учинилац не гони из разлога целисходности, док у другом случају кривичног дела нема, па зато и изостаје кривично гоњење. Опортунитет кривичног гоњења у већ започетом кривичном поступку, у теорији означен као *условно одустајање јавног тужиоца од оптужбе на главном претресу*, није имао дуг век, укинут је након две године. Томе су сигурно допринеле доктринарне критике али и чињеница да није у већем обиму примењиван у правосудној пракси.

5. ОГРАНИЧЕЊА НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ ФАВОРИЗУЈУ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Суштина је начела непосредности да судија све чињенице и све доказе сазнаје непосредно својим чулима,²⁸ а његова је сврха да повеже радње одлучивања и радње доказивања, без обзира да ли су ове друге по својој природи судске или страначке. Према овом начелу, о свим чињеницама важним за одлуку, судија стиче утисак непосредно. Сваки посредник у сазнавању чињеница и протек времена удаљава судију од истине.

Начело непосредности уобичајено нема законску дефиницију, већ се законским нормама уводе и уређују процесне установе које га граде, које омогућавају његово спровођење. Карактеристично је за главни претрес, али од тог правила сваки процесни закон, уобичајено, предвиђа одређени број изузетака у којим случајевима суд не пресуђује на основу својих непосредних опажања већ посредно, на основу списка предмета. Кад се посматра историјат новелирања нашег кривичног процесног права, стиче се утисак да је са сваком концепцијском новелом обим тих изузетака шири (нпр. оба нова процесна кодекса, онај из 2006. и овај из 2011. садрже измене које се директно или индиректно обрушавају на начело непосредности).

Специфичност Законика из 2011. године је у томе што је остваривање начела доведено у питање иако нису мењане одредбе којима се одступа од непосредног извођења доказа на главном претресу. Проблем је настао зато што је промењена природа истраге, уместо судске постала је јавнотужилачка, а тој

²⁸ За теоријске дефиниције начела непосредности види: др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр. 111; др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 70; и др Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 167.

радикалној промени није прилагођено посредно извођење доказа на главном претресу. Одредбе о одступању од начела непосредности извођења доказа на главном претресу остале су непромењене, па су помоћу њих изједначени несудски и судски докази. Да докази које је извео јавни тужилац, суд или полиција имају исту снагу као судски докази, види се из одредаба о „уознавању са садржином записника о исказима“, према којима се записници о доказима изведеним у истрази могу користити на главном претресу и бити основ пресуде, без обзира који орган је извео те доказе (чл. 406. ЗКП/2011). Докази изведени од несудских органа у истрази, према новој законској регулативи, ни по чему се не разликују од оних изведених у предистрази од истих тих органа. (Са тог становишта, исто би и једноставније било да су у важећем процесном закону само оснажени докази несудских органа у преткривичном поступку, уместо укидања судске истраге). Тиме што је у неким случајевима јавном тужиоцу наметнута обавеза да пре испитивања сведока и вештака прибави сагласност судије за претходни поступак (кад се испитују без присуства осумњиченог, било да није позван или се ради о истрази против непознатог учиниоца), не ојачава се доказна снага тужиочевих доказних радњи, нити се тако добијен исказ уопште може конвалидирати претходном одлуком суда.

Насупрот понуђеној концепцији да и судски и несудски докази из истраге имају исту правну снагу, скоро је општеприхваћено да судски докази изведени по строгим формалним правилима могу бити чињенична основа пресуде и кад су изведени у предпретресним фазама, и да су по доказној снази надмоћни у односу на несудске доказе (Од овог правила изузимају се материјални докази и докази до којих се дошло тзв. посебним доказним радњама спроведеним на основу одлуке суда). Међутим, то не значи да јавнотужилачка истрага има за последицу да се на главном претресу апсолутно искључује коришћење доказа из истраге. Тако ригидан концепт првобитно је био заступљен у радикалној реформи италијанског кривичног поступка када је уведен чист адверзијални модел, али се касније од тог концепта одустало пре свега због тзв. мафијашких кривичних дела. У упоредном праву је чешће да се и докази из јавнотужилачке истраге могу изузетно користити као чињенична основа пресуде, али под строгим условима, као што је то случај са немачким кривичним поступком.²⁹

Кад се нова концепција доказне снаге несудских доказа изведених у истрази доведе у везу са страначки уређеним главним претресом, закључак је да се у нашем новом поступку путем одредби о одступању од начела непосредности фаворизује једна странка – јавни тужилац, што такву концепцију чини дубиозном. Док окривљени на главном претресу мора доказивати сваку чињеницу која му иде у корист путем примене начела непосредности и контрадикторности, јавни тужилац доказе које је сам извео (па и оне без присуства осумњиченог) може посредно увести у поступак путем коришћења записника о изведеним доказима и ти докази могу бити основ пресуде. Зато што окривље-

²⁹ Види § 251. StPO.

ни не учествује у извођењу доказа и што није осигурана „једнакост оружја“, поступак у коме се пресуђење темељи на несудским доказима далеко је од правичног.

6. НАЧЕЛО КОНТРАДИКТОРНОСТИ У ФУНКЦИЈИ ФОРМАЛНЕ АЛИ НЕ И СТВАРНЕ РАВНОПРАВНОСТИ ПРОЦЕСНИХ СТРАНАКА

Један од правних стандарда на коме се темељи правично уређење кривичног поступка јесте право странака да *присуствују* процесним радњама у судском поступку и да буду *саслушане* пре доношења одлуке. То право подразумева да у поступку свака странка има могућност да се изјасни о свим захтевима, те чињеничним и правним наводима противне странке – *audiatur et altera pars* (начело *контрадикторности*). У вези с тим је и тзв. „једнакост оружја“ за коју Европски суд за људска права тумачи да у кривичним стварима има значење да оптужба и одбрана морају имати могућност да сазнају за предлоге, захтеве и друге процесне радње својега противника и моћи им супротставити сопствене.³⁰ Из реченог следи да је суштина начела контрадикторности да странке имају могућност да изнесу свој став о предмету расправљања и да се изјасне о ставу супротне странке (*audiatur et altera pars*).³¹ Поједностављено: да одбрана побија оптужбу а оптужба одбрану. Реализација контрадикторности може бити двојака – непосредна и посредна. Непосредна примена начела контрадикторности је кад странке присуствују процесној радњи или рочишту, па усмено и непосредно сучељавају своје ставове, што је одлика контрадикторности на главном претресу. Међутим, странка може побијати наводе супротне странке и посредним, по правилу писменим путем (на пример, путем одговора на жалбу и сл.), што је карактерично за контрадикторност изван главног претреса или изван јавних седница већа. Осим што осигурава равноправност странака, начело служи непосредном и свестраном претресању доказног материјала и тиме доприноси бољем квалитету судских одлука.

Начело контрадикторности се не дефинише неком експлицитном законском нормом већ произлази из самог уређења поступка. Једино у оном моделу кривичног поступка који је изграђен, у мањој или већој мери, као спор равноправних странака пред судом, може бити речи о начелу контрадикторности.

У законској регулативи иначе, контрадикторност поступка се постиже гарантовањем *физичког присуства странака*, установљавањем обавезе органима поступка да *благовремено упознају странке* са временом извођења про-

³⁰ *Случај Brandstetter v. Austria, (Пресуда од 28. августа 1991, Серија А бр. 211). За „једнакост оружја“ пред судовима правног лека види: случај Ruiz-Mateos v. Spain, Пресуда од 23. јуна 1993; случај Werner v. Austria, Пресуда од 24. новембра 1994;*

³¹ О дефиницији и значењу начела контрадикторности види: др Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 95.

цесних радњи и материјалом поступка, као и правилима којима се омогућава давање изјава и предлога.³²

Ограничења начела контрадикторности типична су за претхони поступак, али су могућа и на главном претресу. Нека одступања од начела непосредности истовремено су и одступања од начела контрадикторности. На пример, посредно извођење доказа на главном претресу разара и непосредност и контрадикторност поступка, на штету квалитета судских одлука, а негативно се оцењује и са становишта заштите људских права.

У том погледу, и са становишта контрадикторности, под највећим знаком питања је компатибилност са Уставом и Европском конвенцијом оних одредаба најновијег српског кодекса о једнакој правној снази доказа непосредно изведених на главном претресу и посредних доказа, изведених у некој од ранијих фаза претходног поступка, па чак и у предистражном поступку. У тим случајевима, кад се ради о исказу сведока и вештака или испитивању стручног саветника, осумњичени нема могућност да им поставља питања као код контрадикторног саслушања, чиме му је ускраћено право „на једнакост оружја“ и доводи се у процесно неравноправан положај. Изјаве дате у некој од претходних фаза поступка могу се користити као доказ, и то није неконзистентно са ставом 1. и 3(д) члана 6. Европске конвенције, под условом да је оптуженом пружена адекватна и прописана могућност да оспори и испита сведока против њега, било у време кад сведок даје изјаву или у некој каснијој фази поступка.³³

Одступања од начела непосредности, дакле, остала су иста као да судска истрага није замењена јавнотужилачком. То значи да докази које су извели други државни органи у предистрази и истрази исто вреде као да их је извео суд уз поштовање строге законске форме и процесних принципа непосредности, контрадикторности и јавности, који доминирају главним претресом. Међутим, недопустиво је да у погледу доказне снаге буду изједначени судски и несудски докази јер се тиме поступак удаљава од свог основног задатка – правилне примене материјалног кривичног права на конкретан догађај, а због неравноправног положаја окривљеног у погледу извођења доказа такав поступак не може се означити правичним.

Начело контрадикторности претпоставља да поступак мора у одређеној мери бити уређен на „страначки начин“, тј. као адверзијални поступак, па је стога најзаступљеније на главном претресу. Ту идеју су законописци максимално развили: на главном претресу доказе изводе искључиво странке, док је улога суда у потпуности пасивизирана. Најпре се изводе докази које је предложио тужилац, потом докази одбране и на крају докази чије је извођење наредио суд по службеној сдужности. У закону је одређен редослед и саслушања окривљеног и испитивања сведока, вештака и стручног саветника. Испитивање може бити

³² Види: проф. др Момчило Грубач, *Кривично процесно право, Увод и општи део*, Београд, 2004, стр. 145.

³³ Случај *Костовски*, Пресуда од 20. новембра 1989, А.166.

основно, кад сведока или вештака испитује странка која их је и предложила, *унакрсно*, кад их испитује супротна странка, и поновно, кад их поново испитује странка која их је и предложила (чл. 396. и 402. ЗКП/2011). На основу реченог, изгледа као да су створени услови за правнички двобој двеју равноправних странака. Међутим, за највећи број кривичних дела, за која је прописана казна затвора мања од осам година, бранилац није обавезан. У тим случајевима, ако окривљени не узме браниоца, начин извођења доказа и процена правне важности чињеница, препуштени су лаичком поимању, а тада о равноправности странака не може бити ни речи. У чисто адверзијалном главном претресу, разлози правичности налажу да стручна одбрана буде обавезна у свим случајевима, независно од врсте и тежине кривичног дела, очитованих у запрећеној казни, али су тај захтев, законописци превидели, заслепљени сјајем новог модела главног претреса изграђеног на формалној равноправности странака. И у случајевима кад окривљени има браниоца, без обзира да ли је стручна одбрана обавезна или факултативна, питање је у колико случајева ће она бити компетентна и делотворна, од чега искључиво зависи стварна а не формална равноправност.

Vojislav Đurđić, SJD

Full Professor at the University of Niš Faculty of Law

REVISION OF THE BASIC PROCEDURAL PRINCIPLES ON WHICH NEW SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE IS GROUNDED

The paper deals with redefining the basic procedural principles of the new Serbian criminal procedure, regulated by the 2011 Criminal Procedure Code. The author holds that the principle of truthfulness has been surgically removed from the criminal procedure, as untypical for the adversarial criminal justice model, taken from the Anglo-American Law. Due to wrongful understanding of the criminal proceedings, with public prosecutor's investigation as its' structural element, the creators of this legislation were forced to leave the indictment principle without legal definition, which is in disharmony with their basic conceptual idea of shaping a purely party adversarial procedure. The unchanged legal definition of the legality principle in the new legislation on investigation results in the fact that prosecution, under legal terms, for the public prosecutor becomes discretionary, instead of mandatory. Abolishment of court evidence and introduction of the rules of evidence by which the police or public prosecutor's evidence from the investigation or preinvestigation, are equalized with those presented before the court, have destroys the directness and contradiction principles. That brings under suspicion the quality of court decisions. Likewise, due to the „inequality of arms“ of the parties, such model of criminal procedure cannot be deemed just.

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ВЕЛИКИХ УПОРЕДНИХ КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ МОДЕЛА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА РЕФОРМУ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ

Др Милан Шкулић*

***Апстракт:** У раду се објашњавају основе упоредног кривичног процесног права као научне дисциплине чији је значај изразито порастао последњих година, у контексту реформи кривичних поступака у многим државама, када је веома корисно упознавање са компаративним искуствима. Аутор анализира основне црте два велика светска кривичнопроцесна система – европско-континенталног и англоаксонског, тј. адверзијалног модела. На упоредноправно оријентисан део рада, надовезује се део који је посвећен критичкој анализи новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године. У раду се закључује да се ради о веома лошем тексту, чије су основне слабости, не само истинско обиље изузетно некавалитетних нормативних решења у правно-техничком смислу, већ изразито наопако и штетно промовисање једне потпуно промењене основне концепције нашег будућег кривичног поступка, што се своди на стриктно елиминисање деловања начела истине у кривичном поступку, увођење јавно-тужилачке истраге на погрешним основама и уз елементе тзв. паралелне истраге, као и потпуно адверзијалну конструкцију будуће кривичне процедуре. У раду се износе основне поставке од којих ће се поћи приликом „реформисања реформе“, тј. у изменама новог Законика о кривичном поступку.*

***Кључне речи:** кривично процесно право, упоредно право, Законик о кривичном поступку Србије, измене и допуне.*

1. Уводна разматрања

Констатација о савременом свету као „глобалном селу“, је већ скоро постала испразна флоскула али је чињеница да је данас свет на неки начин заиста „смањен“, што се огледа и у извесној „хармонизацији“ нормативних решења

*Др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Удружења правника Србије

у бројним правним областима. Када је реч о кривичном поступку, још увек се у упоредноправном смислу много разликују основна кривичнопроцесна решења, која су присутна у различитим државама, али је ипак неспорно да многи законски механизми показују и одређене мање или више изражене сличности, што се заснива како на утицају једних кривичнопроцесних система на друге, тако и на прихваћеној традицији у конкретним правним системима, одређеним историјским разлозима и бројним другим факторима.

Савремене државе које се могу сматрати *правним државама*, данас прихватају одређене стандарде који се тичу заштите основних људских права у кривичном поступку, тако да су ти највиши стандарди, попуни оних који су прописани у неколико важних одредби Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, присутни у свим кривичнопроцесним законодавствима европских, тј. држава када су у питању државе чланице Савета Европе, али наравно, не увек у истим правно-техничким модалитетима. Без обзира на бројне разлике између различитих упоредноправних кривичнопроцесних система, могуће је да се они групишу на одређени начин, као и да се издвоје неки од основних параметара за упоредноправну анализу појединих кривичнопроцесних механизма и института у различитим државама.

У теорији се истиче да се два елемента могу идентификовати као основни када се ради о компаративној правној науци: прво, тиме се омогућава „поглед преко границе на сопствени правни систем и друго, на тај се начин могу поредити два или више правних система, а поред тога, значајну функцију инострано право има и у интерпретацији сопствених закона, што је посебно значајно, када се ради о државама које су своје законе о кривичном поступку креирале одговарајућим преузимањем модела других држава, као што је то на пример, случај са Турском, која је преузела ЗКП Немачке или Албанијом, чији је ЗКП преузет од Италије.¹

2. Основне црте упоредног кривичног процесног права

У два велика позитивноправна кривичнопроцесна система спадају: 1) континентално-европски кривичнопроцесни систем и 2) англосаксонски или адверзијални кривичнопроцесни систем.

Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво терминолошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један ме-

¹ Више о томе: Г. Лажетић-Бужаровска, Г. Калајџијев, Б. Мисоски и Д. Илић, Компаративно казнено право, «Академик доел», Скопље, 2011, стр. 13.

шовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа.

Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступка, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства, кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама,² а у релативно новије време тако је поступљено у неколико држава насталих на територији некадашње Југославије. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.³

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје прилично јаки инквизиторски елементи, али уз доследно поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који прозилази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш кривични поступак, слично као и на пример, кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка је карактеристично да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у «доказном двобоју» пред њим била успешнија.⁴

² Више о томе: Н. Н. Kühne, *Strafprozessrecht – eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 2003, стр. 612–629. Цитирани аутор (стр. 612), констатује: «Италијански ЗКП (*Codice Procedura Penale* - CPP) од 1889. године је након две реформе спроведене 1913. године и 1930, захваљујући једном потпуно новом издању из 1989. године, добио потпуно другачију структуру, тако што је инквизициони процес романистичке оријентације, замењен страначким поступком, уз приближавање земљама common law система.»

³ Више о томе: Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 8–9.

⁴ Израз доказни *двобој* овде има пуно оправдање, јер не само да се ради о илустративној метафори примарне доказне улоге странака, већ он одлично одражава и одређене историјске конотације настанка адверзијалног поступка, па се тако на пример, у америчкој теорији износи: „Наш правосудни систем се назива адверзијалним, јер се две стране (оптужба и одбрана), отворено супростављају пред судом, слично као што су то практиковали витезови у суђењу кроз борбу у средњовековној Енглеској.“ Више о томе: Е.Е. Peoples, *Basic Criminal Procedures*, 3rd Edition,

Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом, изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање, односно испитивање сведока, као и вештака, односно тзв. стручних сведока (*witness experts*), током суђења је страначког карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*). У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.⁵

Савремено кривичнопроцесно право се иначе, карактерише и све изразитијом конвергенцијом елемената из два велика светска кривичнопроцесна система, што је последица како општих глобалистичких тенденција, тако и свести о потреби уграђивања у поједине правне системе оних елемената који су потенцијално ефикасни и корисни, независно од тога да ли потичу из једног или другог великог кривичнопроцесног система. Тако на пример, данас многи континентално-европски кривични поступци садрже и неке елементе адверзијалних поступака, за шта је свакако најтипичнији институт окончања поступка на темељу споразума тужиоца и окривљеног о признању кривице (*plea bargaining*, односно *deal*), што је довело и до тврдњи неких аутора о постојању својеврсне заразе овим кривичнопроцесним институтом у европским земљама (*plea bargaining infection*).

Обрнуто и многи адверзијални кривични поступци прихватају нека решења из континентално-европских процедура, а посебно у вези давања већих овлашћења јавном (државном) тужиоцу. Оваква конвергенција, иако свакако оправдана, ипак има своје границе, које се у битној мери морају заснивати и на присутној *правној традицији* одређене државе. Није једноставно, а по правилу, није ни оправдано, да се једном правном систему који већ устаљено припада одређеном великом типу кривичног поступка, вештачки калеме доминирајући елементи из другог таквог типа, јер то може довести до огромних практичних

Pearson – Prentice Hall, Nex Jersey, 2007, стр. 92. Ради се о ономе што се код нас, тј. у оквиру правноисторијских разматрања, често означава као једна варијанта „Божјијег суда“, јер би право добијао онај ко би снагом свог оружја (што подразумева и да је у прилог његовој победи деловала и „Божјија промисао“), обезбедио тријумф својих аргумената у одређеној правној ствари, која се могла тицати и оптужбе за кривично дело.

⁵ Овде треба имати у виду да се и неки парнични поступци (нарочито у Европи), воде тако да је њихов циљ утврђивање истине, што онда значи да је суд у таквим парницама доказно веома активан, те се официјелно и без предлога странака, односно независно од (не)постојања конкретне страначке доказне иницијативе, бави утврђивањем чињеница које су од значаја за потпуно и тачно утврђивање чињеничног стања, односно другим речима, чињеница које доприносе установљавању истине. То је на пример, случај са парничним споровима који се тичу старатељског права над малолетном децом, односно оних парничних поступака чији је предмет уопште, заштита одређених права малолетних лица.

проблема, а пре свега, до несналажења субјеката поступка у новом кривично-процесном амбијенту, а што онда, по логици ствари, доводи до неефикасног или неправичног, односно и неефикасног и неправичног кривичног поступка.

Код нас се понекад, *сасвим погрешно закључује* да је једно од битних обележја англосаксонских кривичних поступака тужилачки карактер истраге, јер се (државно)тужилачка истрага потпуно погрешно поистовећује са несудском истрагом.

Истрага је у већини англосаксонских поступака, поверена полицији. Наиме, у адверзијалним системима истрага није судског карактера, али она по правилу, није ни у надлежности државног тужиоца, већ њу води полиција и сасвим је неформална, осим што изузетно, неке радње (на пример, саслушање осумњиченог од стране полиције, посебне доказне радње), имају и одређену форму.

Целовитим кривичним поступком се у САД практично сматра једино суђење, било да се ради о поротном суђењу које је у пракси сада већ веома ретко, било да је у питању само поступак сведен на изрицање казне, када постоји признање окривљеног, до кога може доћи како на основу споразума, односно „нагодбе“ са државним тужиоцем, тако и без споразума.

Све радње које у САД претходе кривичном суђењу се не сматрају саставним и суштинским делом кривичног поступка, иако је велики број тих радњи законски регулисан или у односу на њих постоје прецедентне одлуке судова, а ту је од највећег значаја регулатива која се односи на: хапшење, багателна кривична дела, случај када жртва не жели кривични прогон, учешће и саме жртве у извршењу кривичног дела, појављивање пред судом, учешће велике пороте у прелиминарном саслушању итд.⁶

Криминалистичка истрага је у већини држава англосаксонског правног система *неформалног карактера* и углавном се своди на прикупљање материјалних доказа, првенствено на месту догађаја, што врши полиција, односно форензички стручњаци.⁷ Државни тужилац нема скоро никакву улогу у таквој полицијској истрази, а једино у неким ситуацијама може да даје одређене савете полицији. Такође, државни тужилац може одлучити да се примене одређене специјалне истражне технике, а у неким ситуацијама је за то потребна одлука судије.

У ствари, у САД, а посебно у Канади, се начелно сматра да ако би државни тужилац узео било какво активно учешће у истрази, то би га дезавуисало када је у питању његова улога у евентуално касније покренутом кривичном поступку пред судом, тј. онда када државни тужилац има својство странке и активно изводи доказе пред судом, односно поротом. Улога суда пре самог суђења је такође минимална, осим што једино суд може издати налог за претрес, а када

⁶ G.Clack (Edt), Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs, Washington, 2004, стр. 96–99, стр. 96–99.

⁷ J. Bennet (Edt.), Crime Investigation, Parragon, London, 2007, стр. 9.

се ради о одлучивању у вези јемства, тада је истрага практично по правилу, већ завршена или је већ увелико прикупљен расположиви доказни материјал.

Поред овога, заговорници претходно објашњеног погрешног става да је државно-тужилачка истрага обележје адверзијалних кривичнопроцесних система, превиђају да и многи европски кривични поступци, односно кривичнопроцесни извори права, с једне стране, регулишу истрагу која није судског карактера, док с друге стране, уопште немају адверзијалну конструкцију кривичног поступка,⁸ већ је организација главног претреса у принципу слична оној коју установљава наш позитивни ЗКП. То значи да у тим кривичним поступцима, иако је истрага поверена државном тужиоцу, главну улогу у самом суђењу до којег долази након што је истрага завршена, има суд, који се при том, у вођењу кривичног поступка традиционално руководи начелом истине, као основним циљем кривичне процедуре, који је нужно повезан са потребом правичног решавања кривичног предмета поводом којег се води кривичних поступак. Типичан је пример Немачка.⁹

Истражни поступак у Немачкој треба да омогући одлучивање државног тужиоца о томе да ли ће подићи оптужницу, а његова је сврха да се избегне вођење главног претреса онда када се ради о недовољно утемељеној сумњи.¹⁰ У поступку истраге „господари“ државни тужилац, а полиција има „право првог захвата“, али и поред тога, државни тужилац остаје „господар поступка“.¹¹

Судија за истрагу у Немачкој има у истрази следеће надлежности:¹² 1) одлучује притвору и неким посебним истражним мерама, као што је на пример, ангажовање прикривеног иследника итд.; 2) државни тужилац може ангажовати судију за истрагу када он то сматра потребним, при чему је независност судије овде ограничена, тако да он једино може проверити да ли је државни тужилац овлашћен да га ангажује, али не и да ли је то сврсисходно, што значи

⁸ То значи да у тим кривичним поступцима (као на пример, у Немачкој), извођење доказа није страначка, или није само страначка активност.

⁹ Код нас се током неких јавних расправа о новом Законику о кривичном поступку из 2006. године, чак понекад потпуно погрешно износило да је истрага у Немачкој била до релативно скоријег датума (друга половина 20. века) судска (водио је наводно истражни судија), а да је потом, постала државно-тужилачка, те се чак на неким скуповима наводило да у Немачкој постоје истраживања која доводе у питање ефикасност државно-тужилачке истраге у односу на судску. Такве констатације *никако не могу бити тачне*, јер је у **Немачкој истрагу води државни тужилац од последњих деценија 19. века**.

¹⁰ C.Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 1998., стр. 305 – 306.

¹¹ K.Volk, Grundkurs StPO, 4. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2005, стр. 33.

¹² Израз «судија за истрагу» је превод немачке речи „Ermittlungsrichter“, док би термин „Untersuchungsrichter“, могао да се prevede као „истражни судија“, јер тај судија заиста нешто истражује, тј. води истрагу. Међутим, у чисто језичком смислу (а пре свега, са становишта нашег језика), потпуно је свеједно да ли се каже „судија за истрагу“ или „истражни судија“, што је уосталом, уз разлоге поштовања наше кривичнопроцесне традиције и био основни разлог да се у ЗКП-у из 2006. године користи израз „истражни судија“, иако истрага по том Законику спада у надлежност јавног тужиоца.

да је у таквом случају (хитне судске радње),¹³ судија за истрагу везан сопственом компетенцијом државног тужиоца;¹⁴ 3) надлежност судије за истрагу се завршава са подизањем оптужнице, када о кривичној ствари одлучује стварно надлежни суд.¹⁵

Када је реч о тзв. радњама првог захвата у немачком кривичном поступку, односно у истрази, према одредбама § 161a StPO, полиција не само да може предузети такве раде, већ је дужна да увек када постоји одређена већ «почетна сумња» да је учињено кривично дело, самостално, дакле без захтева државног тужиоца истражи ствари и предузме све одговарајуће мере које су потребне да се кривично дело разјасни.¹⁶ Ово овлашћење и дужност криминалистичке полиције се у немачкој теорији доводи у везу са начелом легалитета, сходно коме сви државни органи, као полицијски службеници, нису само помоћни службеници државно тужилаштва, па тако, криминалистичка полиција има задатак да самостално и на своју иницијативу предузима мере у односу на кривично гоњење.¹⁷

Дакле, истрага у Немачкој је поверена државном тужиоцу, а главни претрес није адверзијалног карактера, већ он у великој мери личи на главни претрес какав у Србији постоји већ деценијама и како је он устројен и према позитивном Законику о кривичном поступку Србије. За главни претрес се у Немачкој истиче да је «највиша тачка целокупног кривичног поступка», а његово увођење је било суштина укидања инквизиторског поступка приликом реформе кривичног поступка у првој половини 19. века, с тим што је то данас у извесној мери релативизовано, «јер се један велики део кривичног поступка

¹³ Цитирани аутор (K. Volk), наводи следећи пример: „Државни тужилац захтева да судија саслуша одређеног сведока, а судија не може то одбити са образложењем да је за такво саслушање и сам судија надлежан (§ 161a StPO). Често је сврсисходно имати у рукама на главном претресу записник о саслушању сведока које је обавио судија, јер је теже да се у складу са § 251 став 1 читају записници састављени од других државних органа, што значи и од стране самог државног тужиоца.»

¹⁴ Овде треба подсетити да се понекад у паушалним критикама Законика о кривичном поступку из 2006. године, истицало и да концепција истраге која је у њему заступљена није довољно „тужилачка“, не само зато што се његовим одредбама омогућавало подношење жалбе против решења о спровођењу истраге које је донео јавни тужилац, а о којој би решавао истражни судија, већ и стога што је било омогућено да и истражни судија на захтев јавног тужиоца, врши одређене доказне радње у истрази коју води јавни тужилац. Међутим, према одредбама ЗКП-а из 2006. године, истражни судија није био дужан да априорно поступи по захтеву јавног тужиоца, већ је имао могућност да изрази своје неслагање, а што би онда довело до одлучивања ванрасправног већа. С друге стране, никоме у Немачкој не пада на памет да истрагу која се води у тој држави означава као мешовиту, само зато што судија за истрагу не може да одбије захтев државног тужиоца у погледу саслушања одређених сведока, већ је *дужан* да поступи по њему.

¹⁵ K. Volk, op.cit., стр. 33.

¹⁶ G.Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2003, стр. 998.

¹⁷ Ibidem.

одвија без главног претреса», исто као што истрага и потврђивање оптужнице у одређеној мери делују прејудицирајуће на исход главног претреса.¹⁸ Не само да истрага може бити државно-тужилачка, а да главни претрес није конструисан адверзијално, већ да напротив, основну доказну улогу на главном претресу има суд (као што је то случај у Немачкој), већ би то у ствари, у складу са европско-континенталном традицијом било и најлогичније, а нарочито у контексту претходног објашњења да одређене нове сумарне процесне форме све чешће доводе до изостављања главног претреса. Наиме и онда када се предмет кривичног поступка решава без одржавања главног претреса (попут на пример, поступка за издавање казненог налога у Немачкој), важно је да и у тој претходној фази, истрага државног тужиоца буде максимално непристрасна (што је примарно могуће када у поступку важи начело истине, а државни тужилац официјелно у обавези да током истраге с једнаком пажњом прикупља, како оне доказе који иду у прилог оптужби, тако и оне који користе одбрани), што је посебно важно и због могућег «прејудицирајућег» деловања исхода истраге на даљи ток поступка, те да при том, суд има довољно активну улогу, јер само суду припада «право кажњавања» (*ius puniendi*), односно право кривичног санкционисања. Сличне су карактеристике главног претреса и у Аустрији, у складу са новим Законом о кривичном поступку ове државе, а и у Немачкој и у Аустрији се кривични поступак одвија у складу са начелом истине,¹⁹ или како се то уобичајено констатује – «начелом материјалне истине».

Из свега претходно изложеног, те илустрованог примерима из упоредног кривичног процесно права, јасно произлази да нема никаквих објективних разлога да се концепција истраге, априорно доводи у везу са нормативном организацијом главног претреса, тако да поверавање истраге државном тужиоцу, ни у ком случају не подразумева да се тада главни претрес мора конструисати на адверзијалним основама.

4. Елиминисање суштинских разлика између парничног и кривичног поступка као основ организације главног претреса у новом Законику о кривичном поступку Србије

У већини земаља континенталне Европе, нарочито када се ради о класичним правним системима држава тзв. старе Европе, односно оних земаља које представљају својеврсно «језгро» Европске уније и чији су правни системи традиционално важили као својеврсни узор за низ других европских земаља, међу којима су и некадашња Југославија, па самим тим и државе настале на њеном тлу, постоје веома значајне разлике између парничног и кривичног поступ-

¹⁸ C. Roxin und B.Schüneman, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 313.

¹⁹ Више о томе: S. Seiler, Strafprozessrecht, 10. überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 31- 32.

ка. Те се разлике првенствено огледају у правилима доказивања и утврђивања чињеничног стања, односно примарно се односе на домет и дејство одређених доказних начела, односно начела која се односе на циљ и сврху процедуре. Та процесна начела су суштински различита у поступку чији је предмет одређено грађанскоправно питање спорног карактера, као што је то у парничном поступку и процедуре чији је предмет тзв. *causa criminalis*, односно кривично дело, односно дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, а што се решава у кривичном поступку.

На пример, у немачкој кривичнопроцесној теорији се традиционално истиче да у «цивилном», тј. парничном поступку, у којем се пре свега, одлучује о «приватним интересима», важи принцип диспозиције, што се огледа у томе да парничне странке саме сnose одговорност за утврђивање чињеница које би биле подлога за одлуку суда. То се своди и на постојање одговарајућег терета доказивања, па тако суд сходно принципима парничног поступка, своју пресуду може засновати само на ономе што су странке тврдиле, подвеле под одређене доказе, односно доказале, при чему оно што је за странке неспорно, обавезује и самог судију, у вези чега се истиче да генерално у парничном поступку важи *начело формалне истине*.²⁰

Обрнуто, у немачкој теорији кривичног процесног права се наглашава да супротно парничном поступку, у кривичном поступку важи *начело материјалне истине*, као и принцип истраживања од стране суда, што означава да сам суд истражује садржински аспект предмета кривичног поступка («сам од себе инструксан»), те при том, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење ствари, није везан активностима процесних странака,²¹ а што се посебно огледа у томе да суд «истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда».²²

За разлику од овог претходно описаног класичног континентално-европског погледа на циљ кривичног поступка и правила извођења доказа, односно официјелног судског утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку, у САД се на ово питање гледа сасвим другачије, тако да је амерички кривични поступак веома сличан парничном поступку, што се своди на конструисање «адверзијалног поступка», чија је основна особеност да свака странка сноси терет доказивања својих тврдњи, а одлуку о томе «ко је био бољи у доказивању», доноси порота.²³

²⁰ C. Roxin und B.Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 78.

²¹ Ово се посебно илуструје карактеристичним примером *немогућности доношења пресуде због изостанка у кривичном поступку*, тј. правилом по којем за разлику од парничног поступка, где недолазак једне уредно позване странке на суђење, доводи до пресуде због изостанка, односно ако се ради о тужиоцу, сматра се да је самим недоласком на главну расправу, он прећутно одустао од оптужбе, таквих правила нема у класичном континентално-европском кривичном поступку.

²² C. Roxin und B.Schünemann, *op. cit.*, стр. 78.

²³ *Ibid.*, стр. 79–80.

За класичне континентално-европске кривичне поступке је типично да суд тежи утврђивању истине, која је декларисани циљ кривичне процедуре, али при том, узима у обзир и одговарајућу доказну иницијативу странака, што се не чини безусловно, већ само када суд оцени да се ради о адекватним доказним предлозима странака. Тако на пример, у немачком кривичном поступку суд у *циљу утврђивања истине*, по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке (§ 244 Abs. 2 StPO).²⁴

Потпуно супротно претходно наведеном примеру, односно цитираном законском правилу из једног класичног европског кривичнопроцесног система, које јасно осликава «класичну континентално-европску концепцију», нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године, веома консеквентно елиминише дејство начела истине у кривичном поступку, те нову српску кривичну процедуру чини изразито сличном класичном парничном поступку, слично као што је то у САД. Овде треба имати у виду да је ова концепција у Србији још и додатно изузетно парадоксална, када се узме у обзир да у неким типовима парничних поступака, супротно општем правилу тог типа судске процедуре, важи начело истине, тј. од суда се на темељу стриктних законских прописа захтева да и мимо процесне иницијативе странака, односно невезан страначким доказним предлозима, по службеној дужности утврђује истину, као што је то на пример, случај у парничним поступцима у којима се решава о правима деце, односно онда када су предмет парничног поступка брачни и породични односи.

5. Потпуно адверзијална организација главног претреса уз промовисање изразите доказне пасивности суда и девалвацију начела истине

Сваки савремени кривични поступак се заснива на начелу расправности, што је пре свега, карактеристично за основну кривичнопроцесну фазу – главни претрес, односно *суђење у ужем смислу*. Зависно од улоге коју на главном претресу има кривични суд, што се своди на степен његове процесне, а пре свега, доказне активности, постоје два основна типа кривичних поступака у упоредноправном смислу: 1) европско-континентални и 2) адверзијални, који се традиционално, најчешће означава као «англосаксонски». У теоријском смислу се овде говори и о два основна модела извођења доказа. То су: 1) унилатерални метод, код којег суд изводи доказе и 2) билатерални метод, који се одликује тиме да је препуштено тужиоцу и окривљеном, тј. странкама да изводе доказе, при чему су могуће и комбинације тих метода.²⁵

²⁴ Више о томе: L. Meyer-Göbner und J. Cierniak, Strafprozessordnung – Kommentar, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 958–959.

²⁵ Више о томе: М. Дамашка, Доказно право у казненом поступку: опис нових тенденција,

Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво термилошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа.

Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступка, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства, кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произилази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш досадашњи кривични поступак, односно кривични поступак Србије устројен у Законику о кривичном поступку из 2001. године, слично као и на пример, кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка је карактеристично да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у „доказном двобоју“ пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом, изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења је страначког карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслу-

шања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*).²⁶ У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

Начело расправности, или принцип контрадикторности, почива на познатом и већ пословичном правилу – *audiatur et altera pars*. Ово правило, које потиче још из античких времена, је карактеристично не само за кривични поступак, те друге судске поступке, већ и за читав низ веома разноврсних ситуација у којима је могуће, потребно или пожељно да се манифестују различита мишљења, различити погледи у односу на неки спорни предмет или ситуацију. Такво правило је у основи и по својој дефиницији иманентно једном либералном и демократском друштвеном амбијенту.

Кроз могућност да се у свим фазама поступка „чује“ и реч друге стране, односно да свака кривичнопроцесна странка има могућност да у одговарајућим процесним формама износи своје ставове како у односу на кривични предмет, тако и у односу на сва друга питања у кривичном поступку, те посебно у погледу формално изражених ставова супротне странке, из чега истовремено произилази и обавеза за суд да омогући такво расправљање кривичне ствари, остварује се и суштинска сврха кривичне процедуре – да се кроз свестрано расправљање о кривичном предмету, кроз његово претресање, утврде све неопходне релевантне чињенице на темељу којих се кривични предмет у кривичном поступку и решава. Контрадикторност (од лат. *contra dicere* = противречити) представља могућност и право странака и обавезу суда да свакој странци обезбеди да се изјасни о сваком доказу, чињеници и сваком предлогу супротне странке (теза – антитеза), те да изложи свој став и понуди закључак, иако коначан закључак даје суд.²⁷

По логици ствари је начело контрадикторности израженије у адверзијалном, него у типичном континентално-европском кривичном поступку, али је то са становишта уобичајеног типичног «европског» погледа на циљ кривичног поступка сасвим оправдано, јер се странкама омогућава да суду дају доказне предлоге, а данас је тенденција и да им се у великој мери препушта и само извођење доказа који иду њима у прилог, али се истовремено од суда захтева да и сам по својој сопственој иницијативи и без предлога странке, изводи све доказе који су потребни за потпуно и исправно утврђивање чињеничног стања. Другим речима, типичне европско-континенталне кривичне процедуре доводе у склад начело расправности и доказну ангажованост странака и начело истине у кривичном поступку, што је по нашем мишљењу изузетно добро са становишта остваривања интереса елементарне правичности. Од овога се потпуно одступа у Законику о кривичном поступку из 2011. године, којим се главни претрес конструише на стриктно адверзијалним основама, уз изразито минимизирање доказне улоге суда.

²⁶ Више о томе: Е.Е. Peoples, *Basic Criminal Procedures*, „Pearson – Prentice Hall“, New Jersey, 2007, стр. 169–170.

²⁷ Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, „НО Пословна политика“, Београд, 1985, стр. 14.

Према члану 15 Законика о кривичном поступку из 2011. године, терет доказивања оптужбе је на тужиоцу,²⁸ а суд изводи доказе на предлог странака. Претходно је већ објашњено, а у ствари, *суд скоро да уопште ни не изводи доказе*, тако да се чини да је одредбе члана 15 став 3 ЗКП/11, по којој суд „изводи доказе“ на предлог странака, по свему судећи, омашка творца новог Законика.

Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, уколико оцени да је то неопходно да би се о важним чињеницама отклониле противречности или нејасноће у доказима који су изведени. Суд може по изузетку изводити доказе и онда када њих нису предложиле странке, али зашто би суд то чинио, када нема дужност утврђивања истине ?

У члану 15 став 4 ЗКП/11, се чак ни не одређује да ће суд, онда када се ради о битном допунском доказу, у погледу којег је он странци дао налог да га предложи, а странка то није учинила, сам суд тада извести такав доказ, већ се наводи да суд тада „изузетно“ може одредити да се такви докази изведу, што значи да би и тада те доказе у ствари, по правилу изводиле саме странке, што је поприлично бесмислено, јер зашто би странка изводила доказ, који уопште није намеравала да предложи, те се чак и оглушила о „налог“ суда да предложи његово извођење ?!

Чудно је да суд примарно може дати налог странци да предложи допунске доказе, уместо да увек када сматра да су такви докази потребни, такве доказе сам суд изведе, што би било брже, једноставније и процесно знатно логичније, али би истовремено, такво логично и разумно решење, било дубоко противно извитопереној концепцији по којој суд мора бити максимално доказно пасивизиран. Ради се о потпуно бесмисленом решењу, јер се у истом том Законнику у којем се форсира слобода странака у доказивању и главни претрес конструираше адверзијално, сада суду даје улога неке врсте „саветника“ странке, јер он странци „налаже“ да она изведе допунске доказе и ако се та странка „тврдоглаво“ оглуши о *налог* суда,²⁹ онда суд *може, али не мора* такве доказе сам извести. Ради се о бесмисленом нормативном решењу.

²⁸ Током јавне расправе о Нацрту ЗКП-а, неки од чланова радне групе која је учествовала у писању тог текста су у више наврата истицали да се решењима из Нацрта превазилази некакав садашњи «**проблем**», који се своди на **дужност суда да «подржава» или «подупире», оптужницу**, јер се сада то коначно, «пребацује» на тужиоца. Заиста, *невероватна констатација*. Ван памети је да било који судија у кривичном поступку «подржава» или «подупире» оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија према садашњем Законнику о кривичном поступку има дужност утврђивања истине, он не само да нема дужност било каквог «стајања на страну тужиоца», већ судија то никако не би ни смео чинити, а онај судија који у јавној расправи признаје да је до сада «подржавао» оптужницу у кривичном поступку, тиме практично, **сам себе оптужује за озбиљно кршење закона**, односно то чак признаје.

²⁹ Какав је то *налог који није обавезујући*. Ради се у ствари, о *предлогу суда*, јер странка такав судски «налог», може али не мора услишити, па је стога то што је формално означено као «налог», односно «налагање», у ствари, само *предлог*, тј. *предлагање*, што је потпуно бесмислено, јер тако суд странци само предлаже да она предложи допунске доказе, а ако странка то одбије, суд може изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

Сам законодавац, не само да као правило уводи страначко извођење доказа, већ суд начелно битно ограничава, да и онда када он сам изводи одређене доказе које странке нису предложиле, то чини само када је потребно отклонити противречности или нејасноће у доказима који су изведени, а не и ради утврђивања других чињеница, односно покушаја бољег разјашњења предмета кривичног поступка, или у крајњој линији, у циљу трагања за истином. Ово је кључна одредба Законика о кривичном поступку,³⁰ којом се практично, крајње лимитира активна улога суда на главном претресу. Ова одредба на један малиган начин тешко „инфицира“ и „трује“ цео текст Законика о кривичном поступку из 2011. године, а нарочито, доказни поступак на главном претресу. Тиме се такође, потпуно *девалвира формално постојећа могућност побијања пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, јер како странка може нападати чињенично стање, када је с једне стране, у првој линији, баш она одговорана за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док с друге стране, суд уопште и нема дужност, не само утврђивања истине, већ чак ни тежње да се истини макар приближи. Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности ?

6. Потенцијално противуставни карактер одредби новог Законика које промовишу доказну пасивност суда и како реформисати реформу кривичног поступка Србије ?

Реформисање кривичног поступка Србије све више добија гротескну форму отужних „игара без граница“. У СФРЈ се примењивао веома солидан ЗКП, који је више пута мењан, али без модификације основних концептуалних механизма, а на темељу тог законског текста, који је према основном концепту утемељен на Законнику о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, устројен је и Законик о кривичном поступку из 2001. године, који је више пута новелиран, а последњи пут прилично обимно у септембру 2009. године.

У Србији је 2006. године био усвојен и потпуно нови Законик о кривичном поступку, чија је основна одлика била увођење јавно-тужилачке истраге, као и низа процесних механизма усмерених у правцу креирања услова за брже одвијање кривичног поступка, стварање већег броја алтернативна одређивању притвора итд., а након што је у два наврата одлагана примена тог Законика, у погледу којег је његов већ стартни *vacatio legis*, осим у односу на неколико важних одредби, био утврђен на годину дана, тај модерни Законик је потпуно

³⁰ Из овога се и види суштински проблем садржан у новом Законнику, а то је његово *утемељење на погрешној концепцији*, која не само да је потпуно страна нашој кривичнопроцесној традицији и схватањима овог питања у класичној континенталној Европи, већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична. Када је сама концепција Законика суштински погрешна, онда таква *дубинска грешка* подмукло квари и остало „ткиво“ законског текста, које и када само по себи није лоше, или је чак, сасвим адекватно, објективно не може остварити позитиван ефекат.

стављен ван снаге, са образложењем да нису створени услови за његову примену.

Није спорно да је Законик о кривичном поступку из 2006. године, поред читавог низа добрих решења, садржавао и нека не сасвим адекватна или недовољно добра нормативна решења, због чега је већ био припремљен и један законски предлог о његовом новелирању, који би га знатно побољшао. Међутим, тај ЗКП је концептуално био веома добар и што је посебно важно, он је постигао одличан баланс између захтева за иновацијом типа истраге и уопште променама у кривичној процедури којима се омогућава брже и ефикасније вођење кривичног поступка и потребе да се очувају већ традиционална и проверено добра решења наше кривичне процедуре, као што је то посебно случај, са организацијом главног претреса, те формулисањем утврђивања истине као циља кривичног поступка.

Закоником о кривичном поступку из 2006. године је први пут у Србији уведена јавно-тужилачка истрага и то на један веома разуман начин, без штетних претеривања, каквим се већ *prima facie* одликују наопаки приступ овоме у Законик о кривичном поступку из 2011. године. Истрага се у Законик о кривичном поступку из 2006. године одликовала давањем значајних овлашћења и истражном судији у тој истрази коју он иначе, није водио и која се покретала одлуком јавног тужиоца, а пре свега у односу на могућност одлучивања о жалби против решења о спровођењу истраге које доноси јавни тужилац, те у погледу доношења одлука о мерама процесне принуде као што је притвор, као и у односу на одређене доказне радње (тзв. хитне судске радње, које би се вршиле у случају постојања опасности да доказне радње не би могле да се понове на главном претресу, због на пример, смрти сведока или оштећеног и сл.), у погледу којих је јавни тужилац могао захтевати ангажман истражног судије.

Међутим, ипак не треба много жалити што ЗКП из 2006. године није у целости примењен, јер заиста нису створени сви потребни услови за његову адекватну примену, пре свега зато што јавна тужилаштва нису ни кадровски ни технички била спремна да на себе преузму терет вођења истраге, док је с друге стране, тај Законик био изложен тешким нападима од стране дела стручне јавности и посебно адвокатуре, што је по правилу, чињено без јаких аргумената и више у виду примитивне пропаганде и паушалних необразложених или веома слабо образложених критика. Таква атмосфера једноставно није била погодна за примену овог Законика, па и због тога није лоше што до његове потпуне примене никада није дошло.

Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у из 2001. године, које се, што аргументовано, што неаргументовано критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законик о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог Законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограни-

чења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд. С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006., постојала *три ванредна правна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена), били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде, *сам својом пресудом одлучио о предмету кривичног поступка*.³¹

Одређени утицај је ЗКП из 2006. године остварио и на ЗКП из 2011. године, попут на пример увођења термина „доказне радње“, односно „посебне доказне радње“, као и у односу на садржај неких од тих радњи, у односу на мере за обезбеђење присуства окривљеног, у погледу неких елемената споразума о признању кривице итд., али је генерално разлика између ова два текста веома велика, а нарочито у концептуалном смислу, у погледу којих ЗКП из 2011. године садржи две капиталне аномалије, које жестоко контаминирају и потпуно упропашћују целокупан законски текст, а то су: 1) **девалвација начела истине** и 2) **потпуно адверзијална конструкција главног претреса** уз драстично минимизирање улоге кривичног суда.³²

Према одредби члана 32 став 1 Устава Републике Србије (*право на правично суђење*), *свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега*.

Дакле, уставно је право грађанина, тј. окривљеног против којег се води кривични поступак да суд **расправи** о основаности сумње, односно о оптужби против њега, а *не да се о томе пред судом расправља*, као што је то у основи решено у новом Законнику о кривичном поступку Србије. Стога су потенцијално **неуставне** све кључне одредбе овог Законика којима је конструисан стриктно адверзијални кривични поступак, односно доказивање примарно пренесено на странке, а суд максимално искључен из њега.

Претходно објашњена неуставност се односи на стриктно адверзијалну конструкцију главног претреса, уз максимално лимитирање доказне улоге суда, који тако супротно одредби члана 32 став 1 Устава Србије, нема прилику да расправи о оптужби, али се чини да је противуставна и концепција истраге

³¹ Жалба против пресуде другостепеног суда је новелама из 2009. године и драстичним, те суштински углавном неоправданим, жестоким редуковањем жалбених разлога, практично «осакаћена», а исто веома лоше решење садржи и ЗКП-а из 2011. године.

³² Више о томе: М. Шкулић, Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку, «Правни живот», број 9, Том I, Београд, 2010, стр. 587–611.

у новом Законнику о кривичном поступку. Наиме, истрага је сада јавно-тужилачка, те се покреће наредбом, али без могућности да суд у одређеном функционалном облику (то би у контексту новог ЗКП-а, мога бити судија за претходни поступак), одлучи о *основаности сумње* која је била разлог за покретање кривичног поступка, а одредбом члана 32 став 1 Устава Републике Србије, се између осталог *сваком* гарантује да суд *расправи* и о *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*. Ово је посебно упадљиво у контексту нове законске регулативе која се односи на формално одређивање тренутка како започињања кривичног поступка, тако и отпочинања кривичног гоњења, што не само да се утврђује на погрешан начин, већ се што је веома чудно и тешко се може логички објаснити, разликују моменат када започиње кривичног гоњење, од тренутка када почиње кривични поступак.³³ Иначе, у нашој теорији је већ закључено да начин утврђивања тренутка започињања кривичног поступка у новом Законнику о кривичном поступку, у супротности са теоријском дефиницијом кривичног поступка, па стога, „истрага не може бити фаза кривичног поступка у ужем смислу, зато што без суда и странака не може бити процесног односа, па самим тим, ни кривичног поступка.“³⁴

Према члану 6 став 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама *свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.*

У Европској конвенцији се инсистира на **расправи пред судом**, што се практично своди на промовисање начела доказне непосредности, које се може испољити у два основна облика, зависно од законских решења конкретне државе: 1) адверзијално – када доказе пред судом изводе странке, односно други субјекти који имају то право или 2) са доминантном улогом суда, који тада сам непосредно изводи доказе. У оба случаја постоји *расправа пред судом*, а наравно, могуће су и одређене *комбинације*, као што је то и иначе, случај у многим упоредно-правним системима, као када на пример, доказе изводе странке, али се суду даје могућности, па и дужност онда када је то потребно ради утврђивања истине, да и сам изведе потребне доказе, потпуно независно од евентуалне страначке иницијативе.

³³ Посебно је упадљиво да се у новом Законнику на другачији начин одређује моменат започињања кривичног поступка, што значи да наш законодавац сада разликује *почетак кривичног гоњења*, од *почетка кривичног поступка*, што истовремено значи да је могуће да постоји кривично гоњење, а да се не води кривични поступак. Основно је питање; **како може започети кривично гоњење, а да самим почетком кривичног гоњења, није започео кривични поступак ?** Из овог основног питања, које би неко могао схватити и као чувену дилему која се тиче „старости кокошке и јајета“, произилазе и друга питања, у погледу којих је веома тешко пронаћи разуман одговор тумачењем нејасних, нелогичних, а често и изразито противречних одредби новог Законика о кривичном поступку.

³⁴ В. Ђурђић, Редифинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србијиз из 2010, Ревизија за кривично право и криминологију, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 5–6.

Дакле, релевантна одредба ЕКЉП, која се тиче основног елемента права на правично суђење, је битно другачија него претходно наведена и цитирана одредба Устава Србије (члан 32 став 1). За разлику од Европске конвенције која допушта и адверзијални тип доказног поступка на главном претресу, Устав Србије стриктно уређује *доминантно расправљање предмета поступка од стране суда, а не странака*. То значи да у нашем кривичном поступку, а у складу са чланом 32 став 1 Устава Србије, доказе треба примарно да изводи суд, а не странке пред судом.

7. Закључак

Основна питања реформе кривичног поступка Србије су сведена на проблематику *типа истраге и конструкције главног претреса*, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског извођења доказа, али и на веома важно питање *(не)постојања начела истине у кривичном поступку*.

Решењем министра правде у септембру 2012. године формирана је Радна група са задатком да припреми радни текст Нацрта Закона о изменама потпуно новог Законика о кривичном поступку Србије из 2012. године.³⁵ Иако је тај Законик од стране највећег дела српске кривичнопроцесне теорије жестоко критикован, а критике је упућивао и велики део праксе,³⁶ сматра се да ипак, а нарочито након „случаја“ са Закоником из 2006. године, не би било добро да се потпуно нови Законик са чијом се применом (у погледу кривичних дела из делокруга тужилаштва посебне надлежности већ започело), сада ставља ван снаге, јер би то била својеврсна „бламажа“ државе. Стога је сада потребно да се поправи, што се објективно поправити може, при чему ће се поћи од следећих основних поставки:

1) истрага остаје јавно-тужилачка, али уз смањивање елемената тзв. паралелне истраге и исправљање других грешака;

2) суд постоје доказно активнији у јавно-тужилачкој истрази, посебно онда када се ради о окривљеном који је у кривичном поступку без браниоца, као и када су у питању радње за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу;

³⁵ У саставу Радне групе су: проф. др Момчило Грубач, проф. др Војислав Ђурђић, проф. др Станко Бејатовић, проф. др Татјана Лукић, др Данило Николић, државни секретар у Министарству правде, др Горан Илић, заменик Републичког јавног тужиоца, Бага Цветковић, судија Врховног касационог суда, Миљко Радисављевић, тужилац за организовани криминал, мр Јасна Кијурски, заменик Апелационог тужиоца, Соња Манојловић, судија Апелационог суда у Београду и проф. др Милан Шкулић, који је председник ове Радне групе.

³⁶ Овде свакако треба узети у обзир да већина српских судија и јавних тужилаца у турбулентно време тзв. општег избора, тј. реизбора, реално није била баш јако мотивисана за критиковање потеза „власти“, па и оних који су се тицале правосудних и других важних закона.

3) сужава се могућност коришћења несудских доказа из предистражног поступка и истраге на главном претресу, на чему се и темељи *ratio legis* омогућавања да у истрази која ја јавно-тужилачка по изузетку одређене доказне радње, на предлог странака или браниоца, може извести суд;

4) главни претрес остаје у основи адверзијално конструисан, али уз јачање улоге суда у доказном поступку;

5) остаје споразум о признању кривице уз евентуалне модификације;

6) исправљају се одређене поприлично бројне правно-техничке грешке и омашке.³⁷

³⁷ Тако се на пример, у табели уз књигу *Нови Законик о кривичном поступку Србије – реформа у стилу један корак напред, два корака назад*, наводи неколико десетина што правно-техничких, што суштинских грешака у новом ЗКП-у, што свакако може бити од користи у покушају да се у том Законнику поправи што се поправити може. Више о томе: М. Шкулић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – реформа у стилу један корак напред, два корака назад*, Правни факултет у Београду, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 176–186.

Dr. Milan Škulić
Professor at the Faculty of Law,
University of Belgrade and
the President of the Associations of the Lawyers of Serbia

**THE BASIC CHARACTERISTICS OF THE GREAT COMPARATIVE
CRIMINAL PROCEDURE MODELS AND THEIR INFLUENCES ON THE
REFORM OF SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE**

Summary

The main problems of the reform of Serbian criminal procedure are the type of investigation and the construction of the main trial, especially in connection with the role of the court. The vital questions are the evidential procedures during the main trial, if the main role has court or parties and the existence or non existence of the principle of truth in the criminal procedure.

The Ministry of Justice formed in September 2012 the Working Group with the task to prepare the Working version of the Draft Code of Amendments the Criminal Procedure Code. Although the new Criminal Procedure Code was from the theory and practice heavy criticized, it is good that the state decided not to put it completely out of force, especially after bad example with the Code from 2006. The idea is to improve the new Criminal Procedure Code and the main principle in connection with that are:

The investigation remains in the jurisdiction of the public prosecutor, but without elements of so called parallel investigation and with the elimination some other mistakes,

The court will be more active during the investigation of the public prosecutor in connection with the evidences in favor of the defense and when exists danger that these evidences can not be repeat in the main trial,

It will be minimized the possibilities for using non courts evidences from the investigation during the main trial, and because that, it will be possible that some evidences in the investigation of the public prosecutor; exceptionally secure the judge, whet it would be possible that these evidences would not be available in the future main trial,

The main trial remains adversatorial constructed, but with the strengthen the role of the judge during the evidential procedure,

The agreement of plead guilty remains, eventually with some slight modifications,

It will be repaired some large technical mistakes in the provisions of the new Criminal Procedure Code of Serbia.

**PREKRŠAJNI POSTUPAK U ODLUKAMA USTAVNOG SUDA
BOSNE I HERCEGOVINE, SA POSEBNIM OSVRTOM NA PITANJE
KRIVIČNE OPTUŽBE I PRINCIP *NE BIS IN IDEM***

Miodrag N. Simović*

***Sažetak:** Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Optužba za prekršaj, prema domaćim zakonima, ne rezultira krivičnom tužbom. Međutim, određeni broj apelacija pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine takva pitanja kvalifikuje kao krivična radi potreba člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naime, Evropski sud za ljudska prava smatra da je „krivična optužba“ autonomni koncept, pa stoga neko djelo koje je u domaćem zakonu kvalifikovano kao prekršaj može, ipak, pokrenuti pitanje krivične optužbe u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ako je suštinski karakter legislativne sheme prema svojoj prirodi krivični, a ne građanski. Ustavni sud Bosne i Hercegovine u okviru ovog pitanja prati praksu Evropskog suda za ljudska prava. U zaključnim razmatranjima se ocjenjuje se postojeće stanje u Bosni i Hercegovini i predlažu daljnje mjere radi usklađivanja kaznenopravnog sistema sa zahtjevima koji proizlaze iz načela *ne bis in idem*, onako kako ga u svojoj praksi tumače Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud Bosne i Hercegovine.*

***Ključne riječi:** krivična optužba, prekršaj, krivično djelo, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

*Академик проф. др Миодраг Н. Симовић, потпредседник Уставног суда Босне и Херцеговине и редовни професор Правног факултета у Бањој Луци.

Uvodne napomene

Ocjena da li je neka optužba „krivična“ u smislu značenja iz člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹ daje se na osnovu kriterija: klasifikovanje prema zakonodavstvu, priroda prekršaja i strogost kazne.² Ovi kriteriji su uopšteno alternativne prirode i ne moraju biti kumulativno ispunjeni. Da bi se primijenio član 6 Evropske konvencije u pogledu „krivične“ optužbe, dovoljno je da prekršaj u konkretnom slučaju bude po svojoj prirodi „krivični“ sa stanovišta Evropske konvencije ili da se radi o prekršajno odgovornom licu kome se može izreći sankcija, koja po svojoj prirodi i visini spada uopšte u „krivičnu“ sferu. Međutim, to ne sprečava upotrebu kumulativnog pristupa, gdje zasebna analiza svakog kriterija ne omogućava donošenje jasnog zaključka u pogledu postojanja „krivične“ optužbe. Ovim se želi omogućiti da država ne može izbjeći obavezu da osigura pravično saslušanje jednostavnim kvalifikovanjem nekog djela nekrivičnim u svom zakonodavstvu.³

Priroda prekršaja uključuje dva potkriterija: obim prekršene norme i svrhu kazne, koji moraju biti kumulativno ispunjeni da bi se radilo o „krivičnoj optužbi“. Da bi se odredilo da li je suštinski karakter legislativne sheme krivični, sudovi moraju razmotriti niz faktora, uključujući posebno: a) da li je cilj ili jedan od ciljeva relevantnih zakona sprečavanje ili kažnjavanje određenog ponašanja, b) ako postoji cilj sprečavanja ili kažnjavanja, da li ponašanje koje treba biti spriječeno ili kažnjeno implicira krivicu (na primjer, nepoštenje ili nebriga) i c) koja visina kazne se može nametnuti za prekršaj.⁴

U predmetu *Öztürk*⁵ za prekršaj koji se sastojao od uzrokovanja saobraćajne nesreće za koju je kazna bila 60 DM, nađeno je da je taj slučaj krivični, prema članu 6 stav 1 Evropske konvencije, i to na osnovu generalnog karaktera pravila i svrhe kazne koje su obje bile “zastrašujuće i kaznene”.

U predmetu *Lauko protiv Slovačke*⁶ Evropski sud za ljudska prava⁷ je razmatrao slučaj izricanja kazne prema zakonu o prekršajima od strane lokalnog admin-

¹ U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.

² Vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Engel i dr. protiv Holandije*, presuda od 8. juna 1976. godine.

³ Vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Engel protiv Holandije* (broj 1), presuda od 8. juna 1976. godine, serija A broj 22; *Öztürk*, presuda od 27. maja 1984. godine, serija A broj 73, st. 46-50; *A. P., M. P. i T. P. protiv Švajcarske*, presuda od 19. avgusta 1997. godine, Izvještaji 1997-V; *Lauko protiv Slovačke*, presuda od 23. septembra 1998. godine, Izvještaji 1998-VI, str. 2492, stav 56 i *Janosevic protiv Švedske*, presuda od 23. jula 2002. godine, stav 65.

⁴ Vidi Ustavni sud BiH, odluka broj AP 2255/05 od 16. januara 2007. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 38/07, tač. 21 i 22.

⁵ Vidi, Evropski sud, *Öztürk protiv Savezne Republike Njemačke*, presuda od 21. februara 1984. godine.

⁶ *Case of Lauko v. Slovakia*, application no. 26138/95 od 7. januara 1998. godine.

⁷ U daljnjem tekstu: Evropski sud.

istrativnog ureda tužiocu radi optužbi svojih susjeda zbog uznemiravanja. Evropski sud je našao da je činjenica da je taj počinjeni akt određen kao prekršaj, a ne krivično djelo, prema domaćem zakonu, relativne vrijednosti. Sud je zatim ispitaio drugi, od tri ranije spomenuta kriterija i istakao opšti karakter pravila koje je u pitanju, kao i činjenicu da je tužiocu naređeno da plati novčanu kaznu, kao i troškove sudskog postupka. Naređena novčana kazna koja je određena tužiocu imala je za svrhu zastrašivanje, odvratanje od ponovnog činjenja istog djela, dakle ima karakter kazne, što je uobičajeno razlikuje od oblika krivičnih kazni. Evropski sud je naglasio da iako nadležnost upravnih organa u odlučivanju o prekršajima sama po sebi nije protivna Konvenciji, pojedinci moraju imati pravo da ovu odluku ispita nezavisan sud koji pruža garancije u skladu sa članom 6. U konkretnom slučaju Lauko nije imao ovu mogućnost i stoga je Evropski sud zaključio da je član 6 Konvencije povrijeđen.

Iz prekršajnih procesa u predmetima Lauko i Öztürk proizlazi da prekršajni sudski procesi trebaju ispunjavati uslove za fer suđenje, koji su određeni u članu 6 Evropske konvencije. Polazeći od navedene prakse i kriterija, Ustavni sud Bosne i Hercegovine⁸ je u nekoliko predmetima razmatrao obim prekršene norme i svrhu sankcije u kontekstu pitanja „krivične optužbe“.

ZAŠTITNA MJERA ODUZIMANJA ROBE (ODLUKA USTAVNOG SUDA, BROJ AP 2746/08 OD 12. OKTOBRA 2011. GODINE)

U ovom predmetu u kojem je apelantu izrečena zaštitna mjera oduzimanja robe (predmetnog vozila) koja je i bila predmet prekršaja iz člana 17 u vezi s članom 8 st. 1 i 3 tačka a) Zakona o carinskim prekršajima BiH⁹, Ustavni sud je zaključio da se s obzirom na obim prekršene norme i svrhu sankcije radilo o „krivičnoj optužbi“, te da se odlučivalo i o apelantovim imovinskim pravima, odnosno da se ishod postupka odnosio na apelantova građanska prava. Ustavni sud je zaključio da je član 6 stav 1 Evropske konvencije primjenjiv u ovom predmetu.

Ustavni sud podsjeća da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata tri različita pravila. Prvo pravilo, navedeno u prvom stavu, je opšte prirode i iziskuje princip mirnog uživanja imovine. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, obuhvata lišavanje imovine i čini ga podložnim određenim uslovima. Treće pravilo, koje se nalazi u drugom stavu, priznaje da države članice imaju pravo, između ostalog, da nadziru korištenje imovine u skladu s javnim interesom. Ova tri pravila nisu “različita” u smislu da su nepovezana: drugo i treće pravilo se odnose na pojedinačne slučajeve ometanja prava na mirno uživanje, te ih stoga treba tumačiti u svjetlu opšteg principa iskazanog u prvom pravilu. Ustavni sud smatra da je os-

⁸ U daljnjem tekstu: Ustavni sud.

⁹ “Službeni glasnik BiH” broj 88/05.

porenim odlukama došlo do miješanja u apelantovo pravo koje se ogleda u tome što izrečena zaštitna mjera obuhvata "lišavanje" apelanta od predmetnog vozila koje je njegovo vlasništvo, a koje je predmet prekršaja.

Da bi lišavanje imovine bilo u skladu sa drugom rečenicom stava 1 člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ono mora biti: (a) predviđeno zakonom, (b) u javnom interesu i (c) u skladu sa principom proporcionalnosti.¹⁰ U pogledu zakonitosti, miješanje u imovinu je zakonito samo ako je zakon koji je osnov za takvo miješanje (a) pristupačan građanima, (b) formulisan s odgovarajućom tačnošću i preciznošću da bi se građanima omogućilo da mu prilagode svoje postupke i (c) kompatibilan s vladavinom prava, što znači da pravna sloboda odlučivanja koju uživaju izvršni organi ne smije biti neograničena, odnosno zakon mora građanima osigurati odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.¹¹ U pogledu javnog interesa mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja kojem se teži. Drugim riječima, nadležan organ mora utvrditi je li uspostavljena pravična ravnoteža između potreba javnog interesa i interesa pojedinca.¹² Prilikom utvrđivanja postojanja pravične ravnoteže, država ima široku slobodu odlučivanja u pogledu odabira sredstava primjene i utvrđivanja opravdanosti posljedica takve primjene u javnom interesu radi ostvarivanja svrhe predmetnog zakona.

U konkretnom slučaju, izrečena je zaštitna mjera na osnovu člana 19 st. 1 i 2 Zakona o carinskim prekršajima BiH, koja se odnosi na oduzimanja robe koja je bila predmet prekršaja koji je propisan istim zakonom. Navedene zakonske odredbe su primjenjive i na pravna i na fizička lica, a roba koja je bila predmet prekršaja može se oduzeti i kada nije vlasništvo učinioca prekršaja. Navedeni zakon je objavljen u "Službenom glasniku BiH". Tekst zakonskih odredbi na koje se pozivaju prvostepeni organ i Kantonalni sud je jezički jasan. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da je apelant mogao predvidjeti suštinu zaštitne mjere "ako carinskim organima ne prijavi robu koju unosi preko carinske linije" i tu robu da na držanje, radi prodaje, drugom fizičkom licu. Dalje, Ustavni sud smatra da je zakonsko uređenje oblasti carinskih prekršaja na carinskom području Bosne i Hercegovine nesumnjivo u javnom interesu. Država Bosna i Hercegovina ima određenu slobodu odlučivanja prilikom određivanja carinskih prekršaja, između ostalog, i pravo na izricanje zaštitnih mjera za učinjene prekršaje, kako bi se osiguralo poštivanje zakonom propisanih uslova vezanih za uvoz robe i njeno korištenje. Stoga, Ustavni sud smatra da je sprečavanje kršenja zakonom propisanih uslova u vezi s uvozom robe, kojim se, između ostalog, zahtijeva i prijavljivanje carinskim organima robe koja se unosi preko carinske linije, legitiman cilj koji je u javnom interesu.¹³

¹⁰ Vidi Ustavni sud, odluku AP 2078/05 od 12. aprila 2006. godine.

¹¹ Vidi Dom za ljudska prava za BiH, odluka broj CH/02/8202 od 4. aprila 2003. godine, stav 144.

¹² Vidi Evropski sud, odluku u predmetu *Sporrong i Lönnroth* od 23. septembra 1982. godine, serija A, broj 52, st. 69 i 73.

¹³ Vidi, *mutatis mutandis*, presuda Evropskog suda u predmetu *Hentrich protiv Francuske*, od 3. jula 1995. godine, serija A, br. 296-A, stav 39 i dalje.

Konačno, izricanje zaštitnih mjera za nepoštovanje propisanih uslova i ponašanja prilikom uvoza robe na carinsko područje Bosne i Hercegovine je prikladan način, koji stoji na raspolaganju organima vlasti da destimuliše takve aktivnosti i utiče na suzbijanje krijumčarenja. U konkretnom slučaju, nadležni organi su činjenično stanje utvrdili, a apelant je saslušan u svojstvu svjedoka, te je kao uvoznik robe u svojoj izjavi potvrdio da se predmetno vozilo nalazilo kod okrivljenog i da se na njemu nalazila obavijest "Prodaje se", a da prethodno nije prijavljeno kao roba namijenjena prodaji prilikom unosa preko carinske linije. Takođe, apelant je koristio pravni lijek protiv prvostepene odluke, budući da je navedenom odlukom izrečena zaštitna mjera oduzimanja predmeta čiji vlasnik nije okrivljeni (vlasnik je apelant). Kantonalni sud je u vijeću odlučio o navedenoj apelantovoj žalbi isključivo u dijelu odluke o izrečenoj zaštitnoj mjeri, imajući u vidu relevantnu odredbu Zakona o prekršajima kojima se povređuju federalni propisi¹⁴.

S obzirom na to da je utvrđeno da je apelant zakonito lišen imovine u javnom interesu, Ustavni sud je još trebao odgovoriti na pitanje da li je to lišavanje apelanta imovine proporcionalno cilju koji se želi postići, tj. da li je uspostavljena pravična ravnoteža između apelantovog prava i opšteg javnog interesa. Ustavni sud smatra da je lišavanje apelanta njegove imovine, odnosno vozila za koje nije izmirio carinsku obavezu, a koje je dalje predao okrivljenom, u skladu sa zakonom i javnim interesom, te da je proporcionalno cilju uvođenja carinske discipline i prevencije pojava prometovanja robom koja je predmet carinskog prekršaja, te u konkretnom slučaju ne predstavlja prevelik teret za apelanta u poređenju s ostalim učesnicima u prometu robom koja se uvozi na domaće carinsko područje. S obzirom na to, Ustavni sud smatra da je izrečena zaštitna mjera, tj. oduzimanje apelantovog vozila koje je bilo predmet prekršaja, proporcionalna legitimnom cilju koji se želi postići Zakonom o carinskim prekršajima BiH, u smislu uspostave carinske discipline koja je uslov normalnog funkcionisanja svake moderne države.

Slijedi da su neosnovani apelantovi navodi o povredi prava na imovinu iz člana II/3.k)

Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju u predmetnom postupku, te je apelacija u odnosu na ove navode neosnovana.

¹⁴ „Službene novine Federacije BiH“ br. 9/96 i 29/00.

PREVENTIVNI TEHNIČKI PREGLED VOZILA (ODLUKA USTAVNOG SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 1323/08 OD 21. DECEMBRA 2010. GODINE)

U ovoj odluci Ustavni sud je zaključio da je član 6 Evropske konvencije primjenjiv s obzirom na to da je apelantima izrečena sankcija prema relevantnim odredbama Zakona o cestovnom prevozu Federacije BiH¹⁵, čijim su odredbama za počinjene prekršaje predviđene visoke novčane kazne (od 500 do 5.000 KM). Ustavni sud smatra da postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada su Federalno ministarstvo saobraćaja i komunikacija, Ured za prekršaje Mostar i Kantonalni sud u Bihaću pogrešnim i proizvoljnim tumačenjem Zakona o prekršajima Federacije BiH¹⁶ zaključili da su nadležni za postupanje u pravnim stvarima iz sudske nadležnosti.

Prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava.¹⁷ Naime, Ustavni sud nije nadležan supstituirati redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je, uopšteno, zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli.¹⁸ Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li su, eventualno, povrijeđena ili zanemarena ustavna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska. Dakle, u okviru apelacione nadležnosti Ustavni sud se bavi isključivo pitanjem eventualne povrede ustavnih prava ili prava iz Evropske konvencije u postupku pred redovnim sudovima, pa će u konkretnom slučaju Ustavni sud ispitati da li je postupak u cjelini bio pravičan u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije.¹⁹

Ustavni sud zapaža da Ured za prekršaje nije imao stvarnu nadležnost za odlučivanje u konkretnoj pravnoj stvari, jer na osnovu odredbi člana 83 st. 4 i 5 Zakona o prekršajima Federacije BiH proizlazi da su nastali zakonski uslovi da se konkretan predmet dostavi nadležnom opštinskom sudu na rješavanje s obzirom na to da predmetni postupak nije bio završen a stupio je na snagu novi Zakon o prekršajima Federacije BiH kojim je propisano da, u ovoj situaciji, nadležnost od organa uprave preuzimaju redovni sudovi. Prema mišljenju Ustavnog suda, Kantonalni sud je bio

¹⁵ „Službene novine Federacije BiH broj 28/06.

¹⁶ „Službene novine Federacije BiH“ br. 31/06 i 33/06.

¹⁷ Vidi Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01.

¹⁸ Vidi Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02.

¹⁹ Vidi Ustavni sud, odluka broj AP 20/05 od 18. maja 2005. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 58/05.

dužan (po službenoj dužnosti) da pazi da li je prvostepeno rješenje donio nadležni organ, te da ispravi očigledan propust Ureda za prekršaje koji je donio prvostepenu odluku iako, u trenutku njenog donošenja, više nije bio nadležan za rješavanje iz navedene pravne oblasti. Na ovaj način ostala je na snazi arbitrarna odluka organa uprave, te su apelanti tako lišeni prava da nadležan sud odluči o njihovim građanskim pravima i obavezama, čime je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3. e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije. S tim u vezi, Ustavni sud se poziva na svoju raniju praksu koja u relevantnom dijelu glasi: „Pravo na jednakost pred zakonom podrazumijeva [...] pravo da o građanskim pravima tih lica rješava [...] nadležan sud u postupku koji je predviđen zakonom [...]“.²⁰

ZAŠTITA STANOVNIŠTVA OD ZARAZNIH BOLESTI (ODLUKA USTAVNOG SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 2877/06 OD 7. JULA 2008. GODINE)

Ustavni sud se u ovom predmetu bavio prekršajem iz člana 3 stav 1 Odluke o vođenju jedinstvenog registra lica koja podliježu sanitarno-zdravstvenom nadzoru na području Srednjobosanskog kantona.²¹ Članom 3 ove odluke propisano je da su sve zdravstvene ustanove, javne i privatne, koje izdaju sanitarne knjižice licima koja podliježu sanitarno-zdravstvenom nadzoru na području Srednjobosanskog kantona dužne dostaviti nalaze o urađenim pretragama Zavodu na arhiviranje, koji, u skladu sa članom 4 Odluke, svojim pečatom ovjerava ispravnost obavljenih sanitarno-zdravstvenih pretraga. Članom 10 Odluke kao prekršajna sankcija propisana je novčana kazna za zdravstvenu ustanovu i odgovorno lice u toj ustanovi. U kontekstu utvrđivanja „krivične optužbe“ Ustavni sud je, gledano sa stanovišta sudske prakse u vezi sa članom 6 Evropske konvencije, zaključio da je legislativna regulativa u vezi sa ovim predmetom, u suštini, krivična prema svojoj prirodi. Njen jasan cilj je zaštita stanovništva od zaraznih bolesti. Ustanovljavanje krivice u ovom slučaju je zasnovano na odluci da su apelanti počinili prekršaje za koje su proglašeni odgovornim, jer su izvršili djelo prekršaja propisano članom 3 Odluke. Uzimajući u obzir sve relevantne faktore, Ustavni sud je zaključuje da apelanti imaju pravo na ukupnu proceduralnu zaštitu koja je na raspolaganju pri utvrđivanju krivične optužbe iz člana 6 Evropske konvencije.

Svrha člana 6 Evropske konvencije je, između ostalog, da „tribunalu“ dodijeli dužnost da provede propisanu provjeru podneska, argumenata i dokaza koje mu dostave strane, bez prejudiciranja njihove procjene i njihove relevantnosti u pogledu

²⁰ Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 402/04 od 23. marta 2005. godine, stav 24, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 32/05.

²¹ „Službene novine Srednjobosanskog kantona“ broj 4/03.

sudske odluke.²² U svakom pojedinom slučaju mora da se procijeni tok postupka kako bi se odlučilo da li je konkretno saslušanje, odnosno postupak suđenja bio pravičan.

Član 6 st. 1 i 3d) Evropske konvencije zahtijeva „pravično suđenje“, pravo da se bude saslušano u razumnom roku, pravo da saslušanje bude javno, pred nezavisnim i nepristranim, zakonom ustanovljenim sudom. Osim toga, ovaj član sadrži spisak minimalnih prava koje ima svako ko je optužen za krivično djelo. Među ova prava ubraja se i pravo optuženog da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe. Ova odredba tijesno je povezana sa principom „jednakosti oružja“, odnosno „jednake dostupnosti pravnih sredstava“ kao elementa pravičnog suđenja.²³

Ustavni sud zapaža da je osnovni prigovor apelanata da im u postupku nije omogućeno neposredno i usmeno saslušanje pred sudom koji je odlučivao o njihovoj odgovornosti, neposredno predlaganje i izvođenje dokaza, nije im bilo omogućeno da budu prisutni pri izvođenju dokaza, a posebno im nije omogućeno da budu prisutni pri saslušanju sanitarnog inspektora kao podnosioca prekršajne prijave. Zbog toga što nisu prisustvovali usmenom pretresu pred sudom pred kojim se vodio postupak, apelanti navode da su uskraćeni za pravo da se neposredno obrate sudu i predoče mu dokaze u pogledu optužbe protiv njih, čime su dovedeni u neravnotežan položaj u odnosu na podnosioca prekršajne prijave. U vezi sa ovim prigovorima Ustavni sud zapaža da su relevantni u odnosu na standarde koji se tiču ustavnog prava na pravično suđenje i ukazuju da je povrijeđeno pravo na pravično suđenje načinom na koji su sudovi za prekršaje postupili prilikom saslušanja predstavnika apelanata u vezi sa okolnostima činjenja djela prekršaja. Ustavni sud, dalje, zapaža da iz spisa predmeta proizlazi da su putem zamolnice za pravnu pomoć apelanti, posredstvom svog zastupnika, usmeno saslušani pred Opštinskim sudom za prekršaje Novo Sarajevo i Centar, gdje je zastupnik apelanata dao izjavu o činjeničnim i pravnim okolnostima prekršaja koji im se stavlja na teret, a o čemu su navedeni sudovi sačinili zapisnik. Međutim, apelanti u apelaciji ističu, a što nije osporeno u odgovorima na apelaciju, da su od prvostepenih sudova tražili da se njihovo ispitivanje i dokazni postupak provode pred tim, a ne zamolbenim sudovima. S obzirom na to da je učešće stranaka u postupku putem zamolbenih sudova omogućeno, prvenstveno, radi zaštite interesa i omogućavanja pogodnosti u postupku istim tim strankama, Ustavni sud smatra da su u konkretnom slučaju sudovi morali da udovolje zahtjevima apelanata i samostalno vode postupak kako bi im pružili potpune garancije koje su tražili u postupku, a koje pruža i garantuje član 6 Evropske konvencije.

Dakle, nesporna je činjenica da apelanti nisu bili prisutni tokom saslušanja podnosioca prekršajne prijave i neposrednog izvođenja drugih dokaza. Prema mišljenju Ustavnog suda, prigovor apelanata pokreće opšta pitanja koja se tiču prava na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije, kao i posebne garancije

²² Vidi, Evropski sud, predmet *Kraska*, presuda od 19. aprila 1993. godine, A. 254-B.

²³ Presuda Evropskog suda od 19. decembra 1990, *Delta*, A. 191-A, presuda od 19. februara 1991, *Isgio*, A. 194-A, str. 12.

koje daje član 6 Evropske konvencije u stavu 3 tačka d) koje se tiču prava apelantata na ispitivanje svjedoka optužbe. Prema konstantnoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, svi dokazi, u principu, moraju biti izvedeni u prisustvu optuženog, kome se mora dati mogućnost da tokom suđenja pokuša da ospori navode optužbe, kao i dokaze kojima se optužba potkrepljuje. Ovdje je nesporno da se saslušanjem podnosioca prekršajne prijave i izvođenjem drugih dokaza potkrepljuje „optužnica“ protiv apelantata. Nesporno je da apelanti u toku postupka pred prvostepenim sudom nisu prisustvovali saslušanju podnosioca prekršajne prijave i neposrednom izvođenju drugih dokaza, kao i da im je zbog toga onemogućeno da eventualno prigovore iskazima podnosioca prekršajne prijave, odnosno da se izjasne o drugim dokazima. Činjenica da je predstavnik apelantata usmeno saslušan pred zamolbenim sudom za prekršaje u vezi sa okolnostima učinjenog prekršaja i da je pri tome ostavljeno ovlaštenje zamolbenom sudu da po potrebi izvede i druge dokaze, ne opravdava ponašanje Kantonalnog suda i prvostepenih sudova za prekršaje koji su donijeli osporena rješenja i koji su morali da ispoštuju garancije koje daje član 6 Evropske konvencije koje se tiču prava optuženog.

Navedenim postupanjima Kantonalnog suda i suda za prekršaje apelantima nije data prilika da pokušaju osporiti dokaze „optužbe“ i iznijeti navode koji im idu u korist, zbog čega je, prema mišljenju Ustavnog suda, narušen standard pravičnog suđenja koje propisuje član 6 st. 1 i 3 tačka d Evropske konvencije.

Ustavni sud nije mogao prihvatiti stav Opštinskog suda u Travniku čija se suština svodi na tvrdnje da su osporena rješenja donesena u skladu s procesnim i materijalnim zakonima i propisima. Naime, prvostepeni sudovi za prekršaje su imali obavezu da održe usmeni pretres i, prema odredbama Zakona o prekršajima²⁴ koje predviđaju obavezan kontradiktorni postupak, provedu ga, što nije učinjeno u konkretnom slučaju.

Zadatak Ustavnog suda je da ukaže na obavezu poštovanja principa koje propisuje Ustav BiH kao najviši pravni akt u državi. Prema tome, čl. II/1 i II/2 Ustava BiH utvrđuju obavezu Bosne i Hercegovine da svojim građanima osigura najviši stepen poštovanja međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, te da odredbe Evropske konvencije imaju supremaciju nad svim ostalim zakonima. Pravo na pravično suđenje utvrđeno je Ustavom BiH i Evropskom konvencijom, ono se primjenjuje na sve slučajeve u kojim se „utvrđuje osnovanost krivične optužbe“ kao što je bilo u konkretnom predmetu. Pravo na pravično suđenje sadrži i obavezu da se provede kontradiktorni postupak, koja se mora poštovati kada se radi o redovnom prekršajnom postupku, jer se i u tom postupku utvrđuje „osnovanost krivične optužbe“.

Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da je u ovom slučaju prekršeno pravo apelantata na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 st. 1 i 3 d) Evropske konvencije.

²⁴ „Službene novine Federacije BiH“ broj 31/06.

PREKRŠAJI IZ OBLASTI PORESKIH OBAVEZA (ODLUKA USTAVNOG SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 2348/06 OD 26. FEBRUARA 2009. GODINE)

Rješenjem Poreske uprave apelant je, kao vlasnik javnog prevoza i porezni obveznik, proglašen krivim zato što nije podnio prijavu za registraciju nadležnoj organizacionoj jedinici Poreske uprave, po proteku pet radnih dana od dana registracije kod organa uprave, čime je počinio prekršaj iz člana 11 Pravilnika o identifikaciji i registraciji poreskih obveznika²⁵ a u vezi sa članom 38 stav 5 Zakona o poreskoj upravi²⁶. Na osnovu člana 101 Zakona o poreskoj upravi apelantu je utvrđena novčana kazna u iznosu od 1.000 KM. Ustavni sud je utvrdio da je ustanovljavanje krivice u ovom slučaju zasnovano na odluci da je apelant počinio prekršaj za koji je proglašen odgovornim, jer nije podnio prijavu za registraciju nadležnoj organizacionoj jedinici poreske uprave u roku propisanom zakonom. U konkretnom slučaju svrha kazne je, prema Zakonu o poreskoj upravi, osiguranje registracije poreskih obveznika u određenom roku, što je u javnom interesu. Ustavni sud smatra značajnom i činjenicu da su u konkretnom slučaju propisane novčane kazne u znatnom iznosu, kao i da se izrečene novčane kazne pod okolnostima određenim zakonom mogu zamijeniti kaznom zatvora, što, takođe, upućuje na zaključak da se radi o „krivičnoj“ optužbi u smislu Evropske konvencije. Uzimajući u obzir sve relevantne faktore, Ustavni sud zaključuje da apelant ima pravo na ukupnu proceduralnu zaštitu koja je na raspolaganju pri utvrđivanju krivične optužbe iz člana 6 Evropske konvencije.

Ustavni sud smatra da zahtjev za pravično saslušanje, u principu, podrazumijeva pravo strana da budu lično prisutne na suđenju. To pravo je tijesno povezano s pravom na usmeno saslušanje²⁷ i pravom da se može pratiti postupak.²⁸ U predmetu *Colozza* Evropski sud je smatrao da, mada to nije izričito spomenuto u članu 6 stav 1 Evropske konvencije, cilj navedenog člana kao cjeline pokazuje da lice „optuženo za krivično djelo“ ima pravo da učestvuje na saslušanju.²⁹ Izuzetaka od ovog principa može biti kada se radi o drugostepenom i trećestepenom suđenju. Odgovor na pitanje da li je takav izuzetak dopušten zavisi od okolnosti slučaja, ali, u principu, izuzetak je dopustiv ako je optuženi bio prisutan na saslušanju pred prvostepenim organom.³⁰

²⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 11/03.

²⁶ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 51/01.

²⁷ Vidi, Evropski sud, *Fredin protiv Švedske*, presuda od 23. februara 1994. godine, serija A broj 283-A, str. 10 i 11.

²⁸ Vidi, Evropski sud, *Stanford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 23. februara 1994. godine, serija A broj 282-A, str. 10 i 11.

²⁹ Vidi, Evropski sud, *Colozza protiv Italije*, presuda od 12. februara 1985. godine, serija A broj 89, str. 14.

³⁰ Vidi, Evropski sud, *Jan-Ake Andersson protiv Švedske*, presuda od 29. oktobra 1991. godine, serija

Ustavni sud zapaža da je apelantov osnovni prigovor što u postupku nije saslušan i što u njegovom slučaju nisu bili ispunjeni uslovi iz člana 143 stav 2 Zakona o prekršajima³¹. U vezi sa ovim prigovorom Ustavni sud iz dokaza u spisima zapaža da je poziv apelantu upućivan na nepotpunu adresu, jer je pored apelantovog imena i prezimena označavan samo naziv ulice, ali bez navođenja broja. Potpuna adresa je označena tek na pozivu koji je istaknut na oglasnoj tabli Poreske uprave. Ustavni sud, dalje, zapaža da apelant u predmetnom prekršajnom postupku nije imao priliku da se svojim navodima suprotstavi argumentima druge strane. Naime, Poreska uprava je kao prvostepeni organ činjenično stanje u postupku utvrdila samo na osnovu zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka i uvida u službenu evidenciju.

Dakle, proizlazi da je Poreska uprava osporeno rješenje donijela u apelantovom odsustvu, primjenjujući član 215 Zakona o prekršajima, a Okružni sud je ocijenio da nisu učinjene povrede prekršajnog postupka na koje sud pazi po službenoj dužnosti, u smislu člana 236 stav 3 Zakona o prekršajima. Međutim, kako je već navedeno, apelant nije bio ni uredno pozvan na zakazano ročište, pa samim tim nije mu objektivno pružena prilika da ospori dokaze protiv njega ili iznese navode koji mu idu u korist. Zbog činjenice da apelant nije uredno pozvan greškom organa koji je vodio prvostepeni postupak, nije bilo uslova da se primijeni odredba člana 215 Zakona o prekršajima. Ta odredba može da se primijeni samo na onog optuženog koji je uredno pozvan, a nije došao ili svoj izostanak opravdao, pa organ zaključí i obrazloži zašto njegovo ispitivanje nije nužno radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja. Na ovaj način, u prekršajnom postupku prema apelantu je učinjena procesna greška kojom je apelant onemogućen da prisustvuje postupku koji se protiv njega vodio, čime je prekršen i princip kontradiktornosti i ravnopravnosti strana u postupku koji su neodvojivi elementi prava na pravično suđenje. Na ovaj način je, prema mišljenju Ustavnog suda, narušen standard pravičnog suđenja koji propisuje član 6 stav 1 u vezi sa stavom 3 tačka c) Evropske konvencije.

Još jednim „poreskim pitanjem“ Ustavni sud se bavio u predmetu broj AP 530/04 od 18. januara 2005. godine. Ustanovljavanje krivice u ovom slučaju je zasnovano na odluci da apelant nije redovno uplaćivao akontaciju poreza na promet usluga i pripadajući porez za redovno i sigurno odvijanje željezničkog saobraćaja, kako to zakon nalaže, za šta mu je izrečena novčana kazna. Ustavni sud je i u ovom predmetu zaključio da apelant ima pravo na ukupnu proceduralnu zaštitu koja je na raspolaganju pri utvrđivanju krivične optužbe iz člana 6 Evropske konvencije.

Pravičnost postupka se ocjenjuje na osnovu postupka kao cjeline.³² S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da je apelantov osnovni prigovor da je nastupila relativna zastara pokretanja i vođenja postupka, te da je stoga pobijano rješenje nezakonito

A broj 212-B, str. 44-46.

³¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 12/94, 16/95, 21/96, 40/98, 4/01, 96/03 i 32/04.

³² Vidi presudu Evropskog suda, *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije* od 6. decembra 1988. godine, serija A, broj 146, stav 68 i odluku Ustavnog suda, broj U 63/01 od 27. juna 2003. godine, objavljenu u „Službenom glasniku BiH“ broj 38/03.

i suprotno principu pravičnog suđenja iz člana 6 Evropske konvencije. Međutim, Ustavni sud takođe zapaža da je pitanje eventualne zastarjelosti Okružni sud detaljno razmotrio i, usvojivši apelantove navode u vezi s tim pitanjem, dio postupka obustavio zbog apsolutne zastare. Što se tiče dijela postupka za koji je Okružni sud utvrdio da nije nastupila zastara, u pobijanom rješenju su data detaljna obrazloženja i razlozi i primijenjene su relevantne zakonske odredbe. Osim toga, način na koji je Okružni sud tumačio pozitivno-pravne propise ne može se smatrati proizvoljnim i ne predstavlja kršenje apelantovih ustavnih prava. Takođe, ne postoje drugi elementi koji bi ukazivali da je postupak bio nepravičan, a apelant nije osporio nijednu procesnu radnju u postupku donošenja pobijane odluke.

Ustavni sud, takođe, ukazuje da ukoliko apelant tvrdi da je sud bio pristrasan, mora konkretno navesti u čemu se sastoji ta pristranost, te u tom pravcu priložiti valjane dokaze.³³ U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da apelant ne nudi nikakve konkretne dokaze u tom pravcu, već samo paušalno navodi da je sud dao nezakonit prioritet ovom predmetu u odnosu na druge predmete.

Na osnovu svega izloženog, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom predmetu nije došlo do povrede člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

ZAKON O PREDUZEĆIMA (ODLUKA USTAVNOG SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 1480/06 OD 18. OKTOBRA 2007. GODINE)

U ovoj odluci Ustavni sud je istakao da, kad je riječ o svrsi kazne, ona je, uopšteno, u prekršajnom postupku sprečavanje djelatnosti kojima se povređuje javni poredak, sprečavanje učinioca da čini prekršaje i njegovo prevaspitanje, vaspitni utjecaj na druge da ne čine prekršaje, jačanje morala i uticaj na razvijanje odgovornosti i discipline građana. U konkretnom slučaju svrha kazne, prema Zakonu o preduzećima³⁴, jeste uspostavljanje i jačanje discipline preduzeća u pogledu ispunjavanja propisanih uslova za obavljanje djelatnosti, što je u javnom interesu. U konkretnom slučaju norma kojom je propisan prekršaj odnosi se na sva preduzeća i odgovorna lica u preduzećima, ona ima opšti karakter i ne primjenjuje se samo na neku specifičnu grupu, profesiju ili slično. S druge strane, disciplinske sankcije uglavnom se ustanovljavaju kako bi se osiguralo da pripadnici određenih grupa poštuju određena pravila.³⁵ S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje da sve ovo upućuje da je riječ o „krivičnoj“ optužbi prije nego o disciplinskoj sankciji, te je, dakle, član

³³ Vidi odluku Ustavnog suda, broj U 45/01 od 25. februara 2002. godine, objavljenu u „Službenom glasniku BiH“ broj 24/02.

³⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03, 97/04 i 34/06.

³⁵ Vidi, Evropski sud, *Weber protiv Švajcarske*, presuda od 22. maja 1990. godine.

6 Evropske konvencije primjenjiv na konkretni slučaj. S obzirom na to da je Ustavni sud utvrdio, na osnovu kriterija prirode prekršaja, da je riječ o „krivičnoj“ optužbi, priroda i strogost kazne nisu više relevantni.³⁶ Ipak, Ustavni sud smatra značajnom i činjenicu da su u konkretnom slučaju propisane znatne novčane kazne, kao i da se novčana kazna izrečena apelantu pod okolnostima određenim zakonom može zamijeniti za kaznu zatvora, što, takođe, upućuje na zaključak da je riječ o „krivičnoj“ optužbi.

Strane u postupku imaju pravo lično biti na suđenju, a navedeno pravo je tijesno vezano za pravo na usmeno saslušanje i pravo da se može pratiti postupak. Stoga, cilj člana 6 st. 1 i 3 tačka c) podrazumijeva prisustvo okrivljenog na suđenju.³⁷ U krivičnim predmetima suđenje u odsustvu okrivljenog ili jedne strane dopušta se samo u izuzetnim okolnostima, ukoliko su sudske vlasti postupile sa dužnom revnošću, ali nisu mogle obavijestiti relevantno lice o ročištu i može biti dopušteno u interesu provođenja pravde u nekim slučajevima bolesti. Dalje, pravo na odbranu iz člana 6 stav 3 tačka c) podrazumijeva pravo da se optuženi brani sâm, pravo na pravnu pomoć, uključujući i besplatnu pravnu pomoć, kao i pravo da optuženi ima pravo prisustvovati svim radnjama u postupku.

Uvidom u priloženu dokumentaciju u konkretnom predmetu Ustavni sud je utvrdio da je Sud za prekršaje apelante proglasio krivim zbog prekršaja iz člana 18 Zakona o preduzećima i za učinjeni prekršaj kaznio ih novčanom kaznom od 4.500 i od 300 KM. Apelanti nisu učestvovali u prvostepenom postupku, jer je Sud za prekršaje apelantima poslao pozive za ispitivanje na adresu sjedišta pravnog lica, te je iz dostavnica utvrdio da su u sjedištu preduzeća one potpisane i tako zaključio da se apelanti nisu odazvali urednim pozivima i svoj izostanak opravdali. Pri tome je Sud primijenio odredbu člana 143 stav 1 Zakona o parničnom postupku kojom je propisano da se urednim dostavljanjem smatra i dostavljanje koje se vrši na radnom mjestu. Okružni sud, odlučujući o žalbama apelanata, smatrao je da je dostavljanje poziva za ispitivanje apelanata bilo uredno, te da je Sud za prekršaje pravilno postupio kada je, u smislu člana 215 Zakona o prekršajima, donio prvostepeno rješenje bez ispitivanja apelanata.

U vezi s navedenim, Ustavni sud konstatuje da je Sud za prekršaje, kao i Okružni sud, prilikom odlučivanja o žalbi apelanata, potpuno zanemario odredbu člana 141 stav 2. Zakona o prekršajima kojom je propisano da se pozivi radi saslušanja ili ispitivanja dostavljaju okrivljenom lično, što je bio konkretan slučaj. Takođe, sudovi su zanemarili činjenicu da su upravo odredbom člana 143 stav 1 Zakona o prekršajima, koja je primijenjena u predmetnom postupku, eksplicitno izuzeta od posrednog dostavljanja pismena iz člana 141 stav 2 navedenog zakona. Dakle, proizlazi da se odredba člana 143 Zakona o prekršajima, u pogledu dostavljanja poziva

³⁶ Vidi, Evropski sud, *Özturk protiv Savezne Republike Njemačke*, presuda od 21. februara 1984. godine.

³⁷ Vidi, Evropski sud, *Ekbatani protiv Švedske*, presuda od 26. maja 1988. godine, serija A, broj 134, stav 25.

za ispitivanje apelanata, nije mogla primijeniti u konkretnom slučaju. Na osnovu navedenog Ustavni sud smatra da su u konkretnom predmetu, u pogledu dostavljanja poziva za ispitivanje apelanata, redovni sudovi proizvoljno primijenili procesno pravo, zbog čega je apelantima bilo onemogućeno da učestvuju u postupku, te predlože svoje dokaze, kao i da se svojim argumentima suprotstave argumentima suprotne strane.

U vezi sa navedenim, Ustavni sud konstatuje da važan element zahtjeva za pravično suđenje predstavlja princip ravnopravnosti pred sudom („jednakost oružja“). Taj princip podrazumijeva, kako je Evropski sud naveo u predmetu *Dombo Beheer B.V. protiv Holandije*, u kontekstu građanskog postupka, da objema stranama mora biti data razumna mogućnost da izlože svoj predmet - uključujući i iznošenje dokazne građe - pod uslovima koji ih ne stavljaju u znatno podređen položaj u odnosu na protivnika.³⁸ Za krivične predmete, u kojima sâm karakter postupka podrazumijeva fundamentalnu nejednakost strana, ovaj princip „jednakosti pred sudom“ čak je važniji, a primjenjuje se, mada u manjoj mjeri, i na upravne postupke.³⁹ Ovaj princip može imati važnu ulogu u svakoj fazi postupka i u vezi sa mnogim pitanjima. Princip jednakosti pred sudom podrazumijeva da strane moraju imati isti pristup spisima i drugim dokumentima predmeta, barem u mjeri u kojoj oni imaju ulogu u formiranju mišljenja suda.⁴⁰ Svakoј strani mora se dati prilika da se suprotstavi argumentima koje je izložila druga strana.

Upravo u konkretnom slučaju se radilo o pozivima za ispitivanje apelanata, kao okrivljenih, odnosno pozivima za raspravu za koje je Ustavni sud utvrdio da apelantima nisu dostavljeni u smislu odredbe člana 141 stav 2. Zakona o prekršajima, s obzirom na to da su sudovi u pogledu dostavljanja navedenih poziva proizvoljno primijenili odredbu člana 143 stav 1 Zakona o prekršajima. Prema mišljenju Ustavnog suda, dostavljanje poziva za ispitivanje, u smislu odredbe člana 141 stav 2 Zakona o prekršajima, apelantima bi omogućilo da učestvuju u postupku u kojem bi bili saslušani, te imali mogućnost da sudu ponude svoje dokaze, kao i da se svojim argumentima suprotstave argumentima druge strane, što bi uticalo na potpuno i pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja. Stoga proizlazi da je u konkretnom prekršajnom postupku činjenično stanje utvrđeno na osnovu dokaza koje je sudu ponudio podnosilac zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka. Ustavni sud smatra da, zbog proizvoljnosti u primjeni procesnog prava, apelantima u predmetnom prekršajnom postupku nije data prilika da pokušaju osporiti dokaze „optužbe“ i iznesu navode koje im idu u korist, čime je, prema mišljenju Ustavnog suda, narušen standard pravičnog suđenja koje propisuje član 6 Evropske konvencije.

³⁸ Vidi, Evropski sud, *Dombo B.V. protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1993. godine, serija A, broj 274, str. 19.

³⁹ Vidi, Evropski sud, *Feldbrugge protiv Holandije*, presuda od 29. maja 1986. godine, serija A, broj 99, str. 17.

⁴⁰ Vidi, Evropska komisija za ljudska prava, *Lynas protiv Švajcarske*, odluka od 6. oktobra 1976. godine, broj 7317/75, Yearbook XX, 1977. godine, str. 412, st. 444-446.

PREKRŠAJI PREDVIĐENI ZAKONOM O PREKRŠAJIMA KOJIMA SE POVREĐUJU FEDERALNI PROPISI (ODLUKA USTAVNOG SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 1376/06 OD 17. NOVEMBRA 2008. GODINE)

Apelanti su proglašeni krivim i kažnjeni zbog djela koja su klasifikovana kao prekršaji prema Zakonu o prekršajima kojima se povređuju federalni propisi. Ustavni sud je zaključio da je svrha kazne u konkretnom prekršajnom postupku, prema članu 2 ovog zakona, sprečavanje djelatnosti kojima se „vrše povrede javnog poretka propisane federalnim zakonima i drugim federalnim propisima za koje se predviđaju prekršajne kazne i zaštitne mjere“. Ustavni sud smatra da sve ovo upućuje da se radi o „krivičnoj“ optužbi, prije nego o disciplinskoj sankciji. Ipak, Ustavni sud smatra bitnim i činjenicu da su u konkretnom slučaju propisane novčane kazne u znatnom iznosu, tačnije od 500 do 50.000 KM, kao i da se izrečene novčane kazne, pod određenim okolnostima iz člana 29 Zakona o prekršajima, mogu zamijeniti kaznom zatvora, što, takođe, upućuje da se radi o „krivičnoj“ optužbi. Prema navedenom, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju član 6 Evropske konvencije primjenjiv.

U tom smislu, Ustavni sud podsjeća da se prema praksi Evropskog suda, kao i vlastitoj praksi, razumnost trajanja postupka ocjenjuje u okviru svih okolnosti predmeta, uzimajući u obzir posebno složenost predmeta, ponašanje strana u postupku, s jedne strane, i suda i javnih vlasti, s druge strane, kao i važnost onoga što se za podnosioca aplikacije dovodi u pitanje u sporu.⁴¹

Prema jurisprudenciji Ustavnog suda i organa Evropske konvencije, period koji se uzima u obzir pri žalbi u pogledu dužine trajanja postupka počinje danom zasnivanja njihove nadležnosti. U ocjenjivanju razumnosti vremena koje je prevazišlo taj rok mora se uzeti u obzir stadij postupka dostignut tog datuma.⁴²

Ustavni sud naglašava da se složenost postupka mora razmatrati u okviru činjeničnog i pravnog aspekta predmetnog spora, tj. dokaza koje upravni organi i redovni sudovi moraju izvesti i procijeniti u svjetlu pravne prirode spora. U konkretnom slučaju trebalo je riješiti pitanje jesu li apelanti počinili prekršaj u oblasti poreza, utvrditi vrijednost robe oduzete prilikom inspekcijskog nadzora i treba li navedenu robu vratiti apelantima. Dokazni postupak koji je upravni organ trebalo da provede do donošenja prvostepene odluke sastojao se od provođenja dokaza - uvida u relevantnu dokumentaciju, te utvrđivanja stvarne vrijednosti oduzete robe. Takav spor, prema mišljenju Ustavnog suda, može se okarakterirati kao relativno složen.

⁴¹ Vidi Evropski sud, *Vernillo protiv Francuske*, presuda od 20. februara 1981. godine, serija A, broj 198, stav 30, *Zimmermann i Steiner protiv Švajcarske*, presuda od 13. jula 1983. godine, stav 24.

⁴² Vidi, npr., Evropski sud, *Foti i drugi protiv Italije*, presuda od 10. decembra 1982. godine, serija A, broj 56, stav 53 i *Styranowski protiv Poljske*, broj 28616/95, ECHR 1998-VIII.

Ustavni sud ističe da se, prema praksi Evropskog suda, u krivičnim predmetima stav ili ponašanje apelanta uzimaju u obzir kod odlučivanja da li je poštovan zahtjev razumnog roka. Iako se od optuženog lica ne traži aktivna saradnja u postupku koji može dovesti do krivične presude, njegovo ponašanje predstavlja objektivnu činjenicu koja se uzima u obzir kada se odlučuje da li je postupak trajao duže nego što je razuman rok iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.⁴³ U konkretnom slučaju, Ustavni sud konstatuje da su apelanti tokom cijelog postupka urgirali što hitnije okončanje postupka, jer im je cilj bio da im se oduzeta roba što prije vrati. Pored toga, apelanti su dva puta pokretali upravni spor pred Vrhovnim sudom i dva puta podnosili zahtjev za sudsku zaštitu. Svaki od ovih postupaka bio je okončan usvajanjem zahtjeva i prijedloga apelanata i kao rezultat imao vraćanje na ponovno rješavanje. Ustavni sud, na osnovu izloženog, zaključuje da ponašanje apelanata nije uopšte doprinijelo odugovlačenju predmetnog postupka.

Član 6 stav 1 Evropske konvencije garantuje svakome pravo na konačnu odluku u razumnom roku u postupku utvrđivanja osnovanosti bilo kakve krivične optužbe. Na državama ugovornicama je da svoj pravni sistem organizuju tako da njihovi upravni organi i sudovi mogu ispuniti ovaj zahtjev.⁴⁴ U vezi sa navedenim, Ustavni sud smatra da ne postoji razumno i objektivno opravdanje za ovakvo djelovanje nadležnih upravnih organa i sudova, te da se period odlučivanja u apelantovom predmetu, u postupku koji je započeo 18. marta 2002. godine i koji je završen 27. avgusta 2008. godine, ne može smatrati „razumnim“ u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Stoga, sama činjenica da je predmet u relevantnom periodu dva puta vraćan prvostepenom organu na ponovno odlučivanje, i to iz suštinski istog razloga, da je postupak trajao šest godina i pet mjeseci, kao i da apelanti nisu ničim doprinijeli dužini trajanja postupka, vode prema zaključku da ne postoji razuman rok u ovom postupku. Na osnovu izloženog Ustavni sud smatra da se ovako neprimjereno dugo trajanje postupka povodom apelantovih žalbi može u cijelosti staviti na teret nadležnim upravnim organima i redovnim sudovima.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno pravo apelanata na „suđenje u razumnom roku“ kao jedan od elemenata prava na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

⁴³ Vidi Evropski sud, *Eckle*, presuda od 15. jula 1982. godine, serija A, broj 51, stav 82.

⁴⁴ Vidi Evropski sud, *Rugliese (II) protiv Italije*, presuda od 24. maja 1991. godine, A-206-A, str. 10 i 11, stav 19.

**ZAŠTITA OD NASILJA U PORODICI (ODLUKA USTAVNOG
SUDA O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU, BROJ AP 1336/06
OD 8. NOVEMBRA 2007. GODINE)**

Apelantica je proglašena krivom za prekršaj iz člana 6 stav 2 tačka 3 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici⁴⁵, pa joj je, na osnovu člana 13, a u vezi sa članom 8 st. 1 i 2 istog zakona, izrečena zaštitna mjera osiguranja žrtve nasilja u porodici tako da se maloljetno lice, apelantice unuk, smjesti u drugu porodicu, odnosno kod svoje majke i zakonske zastupnice, bez odgađanja, a koju će izvršiti organ starateljstva Opštine. Sagledajući sudsku praksu, u vezi sa članom 6 stav 1 Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da je legislativna regulativa u vezi sa ovim predmetom, u suštini, krivična prema svojoj prirodi. Njen jasan cilj je zaštita nasilja u porodici. Ustanovljavanje krivice u ovom slučaju je zasnovano na odluci da je apelantica počinila prekršaje za koje je proglašena odgovornom, jer je izvršila djelo prekršaja-nasilje u porodici nad maloljetnim unukom sa kojim živi, izvršila je psihičko nasilje – psihičku patnju kod maloljetnog unuka. Uzimajući u obzir sve relevantne faktore, Ustavni sud je zaključio da apelantica ima pravo na ukupnu proceduralnu zaštitu koja je na raspolaganju pri utvrđivanju krivične optužbe iz člana 6 Evropske konvencije.

Nesporna je činjenica da apelantica nije prisustvovala saslušanju podnositeljice prekršajne prijave i svjedoka. Prema mišljenju Ustavnog suda, apelantice prigovor pokreće opšta pitanja koja se tiču prava na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije, kao i posebne garancije koje daje član 6 Evropske konvencije u stavu 3 tačka d) koje se tiču apelantice prava na ispitivanje svjedoka optužbe. Prema konstantnoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, svi dokazi, u principu, moraju biti izvedeni u prisustvu optuženog, kome se mora dati mogućnost da tokom suđenja pokuša osporiti navode optužbe, kao i dokaze kojima se optužba potkrepljuje. Ovdje je nesporno da se saslušanjem podnosioca prekršajne prijave i svjedoka potkrepljuje „optužnica“ protiv apelantice. Nesporno je da apelantica u toku postupka pred prvostepenim sudom nije prisustvovala saslušanju podnosioca prekršajne prijave i svjedoka, kao i da joj je zbog toga onemogućeno da eventualno prigovori njihovim iskazima. Navedenim postupanjima Suda za prekršaje apelantici nije data prilika da pokuša osporiti dokaze „optužbe“ i iznijeti navode koji joj idu u korist, zbog čega je, prema mišljenju Ustavnog suda, narušen standard pravičnog suđenja koje propisuje član 6 st. 1 i 3 tačka d) Evropske konvencije.

⁴⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 118/05.

BEZBJEDNOST SAOBRAĆAJA NA PUTEVIMA

Veliki broj apelanata je pred Ustavnim sudom tražilo proceduralnu zaštitu koja je na raspolaganju pri utvrđivanju krivične optužbe iz člana 6 Evropske konvencije, u slučajevima kada su proglašeni krivim za prekršaje predviđene Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima⁴⁶. U odlukama broj AP 991/06, AP 329/06 i AP 2468/05 Ustavni sud je utvrdio prirodu ovih prekršaja kao krivičnu uzimajući u obzir svrhe kazne koja se ogleda u sprečavanju djelatnosti kojima se vrši povreda javnog poretka, sprečavanju učinioca da čini prekršaje i njegovo prevaspitanje, vaspitni utjecaj na druge da ne čine prekršaje, jačanje morala i uticaj na razvijanje odgovornosti i discipline građana. U konkretnim slučajevima svrha kazne, prema odredbama Zakona o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima, jeste omogućavanje sigurnosti saobraćaja na javnim putevima što je u javnom interesu. Ustavni sud smatra značajnom i činjenicu da je u konkretnom slučaju propisana novčana kazna, kao i da se izrečena novčana kazna pod okolnostima određenim zakonom može zamijeniti kaznom zatvora, što, takođe, upućuje na zaključak da se radi o „krivičnoj“ optužbi.

PITANJE KVALIFIKOVANJA ISTOG DJELA I KAO PREKRŠAJA I KAO KRIVIČNOG DJELA

U odluci o dopustivosti i meritumu, broj **AP-910/06** od 5. juna 2007. godine, apelant je tvrdnje o kršenju principa *ne bis in idem* zasnivao na navodima o tome da je ranijim rješenjem Suda za prekršaje već prekršajno odgovarao po Zakonu o javnom redu i miru⁴⁷, za koje mu je izrečena novčana kazna u iznosu od 330 KM a kasnije mu je za isto djelo utvrđena krivica i izrečena kazna zatvora. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da princip *ne bis in idem*, koji je zaštićen članom 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, prema domaćem krivičnom zakonodavstvu, obuhvata dva kumulativna uslova: prvo, da je krivični postupak već vođen protiv određenog lica za određeno krivično djelo i drugo, da je donesena pravnosnažna sudska odluka u tom krivičnom predmetu. Dakle, zabrana dvostrukog suđenja se odnosi na lice i na djelo za koje to lice bilo suđeno, tj. na lice protiv kojeg je već bio vođen krivični postupak za određeno krivično djelo i za koje je donesena pravnosnažna sudska odluka. Pri tome, odgovor na pitanje da li se radi o istom krivičnom djelu, ne zavisi od istovjetnosti naziva tog krivičnog djela, već od istovjetnosti njegovog sadržaja.

Ustavni sud zapaža da iz spisa proističe da je rješenjem Suda za prekršaje iz 2001. godine, za događaj koji se desio 6. avgusta 2001. godine (sukob sa suprugom), utvrđivana apelantova prekršajna odgovornost na osnovu Zakona o javnom redu i

⁴⁶ „Službeni glasnik BiH“ br. 6/06, 75/06, 44/07 i 84/09.

⁴⁷ „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 10/98.

miru, dakle prekršaj javnog reda i mira učestvovanjem u tuči, zlostavljanjem i fizičkim napadom na drugo lice, te naročito drsko ponašanje, za koji mu je izrečena novčana kazna. Osporene presude, za događaj koji se desio istog dana, rezultat su krivičnog postupka koji se vodio protiv apelanta radi krivičnog djela teške tjelesne povrede koju je nanio supruzi, a koje spada u krivična djela protiv života i tijela i čije inkriminacije se odnose na teške povrede tjelesnog integriteta, što znači da se, iako se radi o istim činjenicama, objektivno ne radi o istom „predmetu“ u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.⁴⁸ Iako je apelant je u svojoj odbrani pred Osnovnim sudom, u pogledu krivičnog djela teške tjelesne povrede, istakao da je povodom istog događaja odgovarao prekršajno i platio novčanu kaznu, Osnovni sud je, procjenjujući da se radi o potpuno drugačijoj inkriminaciji sa sasvim drugačijim obilježjima, inkriminisane radnje apelanta ocijenio kao krivično djelo teške tjelesne povrede iz člana 135 stav 2 Krivičnog zakona Republike Srpske⁴⁹. Okružni sud je obrazlažući svoju presudu u pogledu ovog žalbenog prigovora istakao da je neargumentovan i neosnovan.

U vezi sa navedenim, Ustavni sud podsjeća da krivično djelo istovremeno može konzumirati prekršaj, ali ne i obratno (član 213 stav 1 tačka 5 Zakona o prekršajima). Da bi se utvrdilo da li se radi o istom „predmetu“ u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, treba poći od objekata zaštite prema Zakonu o javnom redu i miru i prema Krivičnom zakonu Republike Srpske. Prvim se štiti javni red i mir, a drugim, u konkretnoj situaciji, život i tjelesni integritet. Iz navedenog proizilazi da se nisu vodila dva postupka za jedan delikt, već da se u radnjama apelanta stiču obilježja nedopuštenog ponašanja koja povlače odgovornost po dva osnova (prekršajnom i krivičnom) koje su nezavisne jedna o drugoj, zbog čega je apelant za prekršaj odgovarao pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o javnom redu i miru, a za krivično djelo pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o krivičnom postupku Srpske i Krivičnog zakona Republike Srpske, pa slijedi da osporene presude ne krše princip *ne bis in idem*. Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da nema kršenja člana II/3.e) Ustava BiH, člana 6 Evropske konvencije i člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

U predmetu broj **AP 965/08** od 14. septembra 2010. godine rješenjem donesenim u prekršajnom postupku utvrđivana je prekršajna odgovornost apelantata na osnovu Zakona o šumama za prekršaj bespravne sječe stabala bukve, pokušaja prevoza tih stabala prije nego što je drvo žigosano, odbrojeno i premjereno, odnosno izdat otpremni iskaz, za što im je izrečena novčana kazna. I u ovom predmetu apelanti su naveli povredu principa *ne bis in idem*. U odgovoru na ove navode Ustavni sud je istakao da su osporene presude, za događaj koji se desio istog dana, rezultat krivičnog postupka koji se vodio protiv apelantata radi krivičnog djela šumske krađe iz člana 430 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske, a koje se ubraja u krivična djela protiv životne sredine i čije inkriminacije se odnose na obaranje stabala radi

⁴⁸ Vidi Evropski sud, *Gradinger*, presuda od 23. oktobra 1995. godine, A.328-C.

⁴⁹

krađe šume, pri čemu je količina oborenog drveta veća od tri kubna metra, što znači da se, iako se radi o istim činjenicama, objektivno ne radi o istom „predmetu“, u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.⁵⁰

Ustavni sud je zaključio da se nisu vodila dva postupka za jedan te isti delikt, već da se u radnjama apelanata stiču obilježja nedopuštenog ponašanja koja povlače odgovornost po dva osnova (prekršajnom i krivičnom), koja su nezavisna jedan o drugom, zbog čega su apelanti za prekršaj odgovarali pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o šumama, a za krivično djelo pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o krivičnom postupku Srpske i Krivičnog zakona Republike Srpske, te da stoga osporene presude ne krše princip *ne bis in idem*.

Principom *ne bis in idem* Ustavni sud se bavio i u predmetu **AP 1615/08** od 11. januara 2011. godine. U navedenom predmetu apelant je svoje tvrdnje o kršenju ovog principa zasnivao na navodima o tome da je ranije donesenim pravnosnažnim rješenjem Opštinskog suda za prekršaje, kojim je apelant proglašen krivim za remećenje javnog reda i mira i kažnjen novčanom kaznom, po njegovom mišljenju već raspravljeno i odlučeno o istom događaju za koji je njemu osporenim presudama izrečena kazna zatvora..

U konkretnom slučaju pravnosnažno rješenje u prekršajnom postupku se odnosilo na novčano kažnjavanje apelanta zbog narušavanja javnog reda i mira fizičkim napadom na drugog po osnovu Zakona o javnom redu i miru, zbog fizičkog napada apelanta na bivšu suprugu. S druge strane, u krivičnom predmetu apelant je proglašen krivim i osuđen na zatvorsku kaznu zbog nanošenja teških tjelesnih povreda bivšoj supruzi koje spada u krivična djela protiv života i tijela i čija se inkriminacija odnosi na teške povrede tjelesnog integriteta, što znači da se, iako se radi o istom događaju, objektivno ne radi o istom „predmetu“ u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. Ustavni sud je nakon sveobuhvatne analize zaključio da u konkretnom slučaju nisu vođena dva postupka za jedan delikt, već da se u apelanovim radnjama stiču obilježja nedopuštenog ponašanja koja povlače odgovornost po dva osnova (prekršajnom i krivičnom) koja su nezavisna jedan o drugom, zbog čega je apelant za prekršaj odgovarao pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o javnom redu i miru, a za krivično djelo pred nadležnim sudom uz primjenu Zakona o krivičnom postupku i Krivičnog zakona Federacije BiH, te da stoga osporene presude ne krše princip *ne bis in idem*.

⁵⁰ *Ibid.*

ODLUKA EVROPSKOG SUDA U PREDMETU *MARESTI PROTIV HRVATSKE*⁵¹ I USTAVNOG SUDA U PREDMETU BROJ AP 133/09 OD 30. MARTA 2012. GODINE (PRAVO DA SE NE BUDE SUĐEN ILI KAŽNJEN DVA PUTA PO ISTOM PREDMETU)

U predmetu broj AP 133/09 od 30. marta 2012. godine apelant Nuris Selimović je istakao da su mu izrečene dvije kazne u dva odvojena postupka koja su vođena uporedno, a u povodu istog inkriminisanog događaja. Naime, apelantu je u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna i ukor, a u krivičnom postupku uslovna osuda kazne zatvora u trajanju od dva mjeseca. Zatim, odluka donijeta u prekršajnom postupku postala je pravnosnažna u trenutku kada o apelantovoj žalbi na presudu u krivičnom postupku, u kojoj je, pored ostalog, ukazivao na prekršajni postupak u povodu istog događaja, još nije bilo odlučeno.

Ustavni sud je podsjetio da je Evropski sud u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*⁵², a pozivajući se na stavove zauzete u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*⁵³, utvrdio da je pri odlučivanju o postojanju dvostrukog suđenja ili kažnjavanja u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju potrebno odgovoriti na sljedeća pitanja: a) da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna?; b) da li je djelo zbog kojeg je apelant krivično gonjen isto (*idem*); te c) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*). Stoga je Ustavni sud apelantove navode da su mu izrečene dvije kazne u dva odvojena postupka koja su vođena uporedno, ispitao u skladu s navedenim stavovima Evropskog suda.

a) Da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna?

Ustavni sud primjećuje da je apelant rješenjem Opštinskog suda od 21. marta 2008. godine proglašen odgovornim u postupku vođenom prema Zakonu o prekršajima Federacije BiH⁵⁴, te mu je za počinjene prekršaje izrečena novčana kazna i ukor. Prema pravnoj kvalifikaciji, nije sasvim jasno mogu li se „prekršaji“ tretirati kao „krivična djela“. Stoga, da bi se utvrdilo je li apelant „pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom“ prvo pitanje o kojem treba odlučiti je da li se taj postupak odnosi na „krivičnu“ stvar u smislu člana 4 Protokola broj 7.

Prema stanovištu Evropskog suda, pravno označavanje postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino mjerilo relevantnosti za primjenu načela *ne bis*

⁵¹ Izvornik presude na engleskom jeziku dostupan je na web stranici Evropskog suda www.echr.coe.int.

⁵² Vidi Evropski sud, aplikacija broj 55759/07, presuda od 23. jula 2009. godine.

⁵³ Vidi Evropski sud, [GC] aplikacija broj 14939/03, presuda od 10. februara 2009. godine.

⁵⁴ „Službene novine Federacije BiH“ broj 31/06.

in idem na temelju člana 4 stav 1 Protokola broj 7. Inače bi primjena ove odredbe bila ostavljena na slobodnu procjenu državama ugovornicama u mjeri koja bi mogla dovesti do rezultata nespojivih s ciljem i svrhom Evropske konvencije.⁵⁵ Pojam „krivični postupak“ u tekstu člana 4 Protokola broj 7 treba tumačiti u svjetlu opštih načela koja se odnose na odgovarajuće riječi „optužba za krivično djelo“ i „kazna“ u čl. 6 i 7 Evropske konvencije.⁵⁶

U utvrđenoj praksi Evropskog suda postavljena su tri mjerila koja su opštepoznata kao „mjerila Engel“⁵⁷, koja treba razmotriti pri utvrđivanju radi li se o „optužbi za krivično djelo“. Prvo mjerilo je pravno razvrstavanje djela prema nacionalnom pravu, drugo je sama priroda djela, a treće stepen težine kazne kojoj je dotično lice moguće izloženo. Drugo i treće mjerilo je alternativno, ne nužno kumulativno. To, međutim, ne isključuje kumulativni pristup kad odvojena analiza svakog mjerila ne omogućava postizanje jasnog zaključka u pogledu postojanja optužbe za krivično djelo.⁵⁸

U konkretnom slučaju apelant je proglašen odgovornim u prekršajnom postupku za dva djela koja prema domaćem pravu predstavljaju prekršaje na temelju čl. 3 i 3a Zakona o javnom redu i miru⁵⁹. Bez obzira na to, Evropski sud je utvrdio kako određena djela ipak imaju krivičnu konotaciju, iako se prema mjerodavnom domaćem pravu smatraju previše trivijalnim da bi se na njih primjenjivalo krivično pravo i postupak.⁶⁰

Uključivanje konkretnih djela u Zakon o javnom redu i miru poslužilo je kao jemstvo zaštite ljudskog dostojanstva i javnog reda (član 1), vrijednosti i interesa koji redovno spadaju u sferu zaštite krivičnog prava. Ova odgovarajuća odredba Zakona o javnom redu i miru usmjerena je prema svim građanima, a ne prema grupi koja ima poseban položaj. Pozivanje na „lakšu“ prirodu djela samo po sebi ne isključuje njegovo razvrstavanje kao „krivičnog“ u autonomnom smislu Evropske konvencije, jer u njoj ništa ne upućuje na to da bi krivična priroda djela, u smislu „mjerila Engel“, nužno tražila određeni stepen težine.⁶¹ Konačno, prema stanovištu

⁵⁵ Vidi Evropski sud, *Storbraten protiv Norveške* (dec.), br. 12277/04, ECHR 2007. (izvodi), s daljnjim referencama.

⁵⁶ Vidi Evropski sud, *Haarvig protiv Norveške* (dec.), broj 11187/05, 11. decembar 2007; *Rosenquist protiv Švedske* (dec.), broj 60619/00, 14. septembar 2004; *Manasson protiv Švedske* (dec.), broj 41265/98, 8. april 2003; *Göktan protiv Francuske*, broj 33402/96, st. 48, ECHR 2002-V; *Malige protiv Francuske*, 23. septembar 1998, stav 35, Izvještaji 1998. VII i *Nilsson protiv Švedske* (dec.), br. 73661/01, ECHR 2005.

⁵⁷ Vidi Evropski sud, *Engel i drugi protiv Holandije*, 8. april 1976, Serija A broj 22.

⁵⁸ Vidi Evropski sud, *Jussila protiv Finske* [GC], broj 73053/01, st. 30 i 31, ECHR 2006. i *Ezeh i Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 39665/98 i 40086/98, st. 82-86, ECHR 2003 X.

⁵⁹ „Službene novine Zeničko-dobojskog kantona“ br. 8/00, 15/03 i 11/07.

⁶⁰ Vidi Evropski sud, *Menesheva protiv Rusije*, broj 59261/00, stav 96, ECHR 2006.; *Galstyan protiv Jermenije*, broj 26986/03, stav 57, 15. novembar 2007. i *Ziliberg protiv Moldavije*, broj 61821/00, st. 32-35, 1. februar 2005.

⁶¹ Vidi citirani predmet *Ezeh*, stav 104.

Evropskog suda, primarni ciljevi u utvrđivanju djela o kojim je riječ je kazna i odvracanje, a to su priznata obilježja krivičnih sankcija.⁶²

U pogledu stepena težine mjere, ona se utvrđuje s obzirom na najveću moguću kaznu koju predviđa mjerodavno pravo. Stvarno zapriječena kazna mjerodavna je za ovo utvrđenje, ali ne može umanjiti važnost onoga što se prvobitno dovodi u pitanje.⁶³ U konkretnom slučaju za prekršaje za koje je apelant proglašen odgovornim član 6 Zakona o javnom redu i miru predviđa novčanu kaznu od 200 do 500 KM, odnosno član 6 Zakona o prekršajima - novčanu kaznu, uslovnu osudu, ukor i zaštitnu mjeru. Apelantu su za prekršaje za koje je proglašen odgovornim izrečene novčana kazna od 200 KM i ukor.

Prema stanovištu Evropskog suda, a u skladu s kriterijima Engel, djelo po svojoj prirodi mora biti krivično, te za počinioca takvog djela mora biti propisana kazna koja po svojoj prirodi i stepenu težine uopšteno pripada krivičnoj oblasti.⁶⁴ Takođe, manje teška kazna sama po sebi ne može biti osnov da jedno djelo, u smislu kriterija Engel, bude isključeno od primjene člana 6 Evropske konvencije, s obzirom na to da je mnogo važnija priroda djela, te da je relevantno da kazna ima obilježje odvracanja i kažnjavanja.⁶⁵

Ustavni sud primjećuje da je svrha kazne u prekršajnom postupku da spriječi djelatnosti kojima se vrši povreda javnog poretka, da spriječi učinioca da čini prekršaje i da ga prevaspita, te da vaspitno utiče na druge da ne čine prekršaje, jača moral i utiče na razvijanje odgovornosti i discipline građana, a što čini obilježja i krivične sankcije. U konkretnom slučaju svrha kazne je obezbijediti poštovanje propisa kojim se uređuje oblast javnog reda i mira, te kazniti lica koja krše te propise. Dakle, svrha kazne u prekršajnom postupku je odvracanje i kažnjavanje bez obzira na stepen njene težine.

Ustavni sud zaključuje da priroda djela za koja je apelant proglašen odgovornim i za koja su mu izrečene sankcije rješenjem Opštinskog suda ulaze u sferu „krivičnog postupka“ prema sadržaju člana 4 Protokola broj 7.

b) Da li je djelo zbog kojeg je apelant krivično gonjen isto (*idem*)?

Član 4 Protokola broj 7 uspostavlja jemstvo da se nikome neće suditi, odnosno da niko neće biti kažnjen za djelo za koje je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen. Evropski sud je u tom pogledu postavio mjerodavna načela u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*.⁶⁶ Sud smatra da upotreba izraza „djelo“ u tekstu člana 4 Protokola broj 7 ne može opravdati zauzimanje strožeg pristupa. Sud ponavlja da

⁶² *Ibid*, st. 102 i 105.

⁶³ *Ibid*, stav 120.

⁶⁴ Vidi citiranu *Jussila protiv Finske*, stav 31.

⁶⁵ *Ibid*, 38.

⁶⁶ [GC], broj 14939/03, 10. februara 2009. godine.

Konvenciju treba tumačiti i primijeniti na način koji prava čini praktičnim i djelotvornim, a ne teorijskim i iluzornim. Ona je živi instrument kojeg treba tumačiti u svjetlu današnjih uslova.⁶⁷ Stoga, Sud zauzima stanovište da se član 4 Protokola broj 7 mora tumačiti na način da zabranjuje kazneni progon ili suđenje za drugo „djelo“ ukoliko ono proizlazi iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste. Sud se u svome ispitivanju treba stoga usredotočiti na one činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje uključuju istog okrivljenog i koje su nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru, a čije postojanje treba dokazati kako bi se osigurala osuđujuća presuda ili pokrenuo krivični postupak.

U konkretnom slučaju Ustavni sud primjećuje da je apelant u odnosu na prekršaj i krivično djelo proglašen krivim kao isti okrivljeni za isto ponašanje i u istom vremenskom okviru. S tim u vezi, takođe, primjećuje da definicija prekršaja na osnovu čl. 3 i 3a Zakona o javnom redu i miru ne sadrži kao takva nanošenje tjelesne povrede, dok je taj element presudan za krivično djelo nanošenja lake tjelesne povrede propisanog članom 172 Krivičnog zakona Federacije BiH⁶⁸. Opštinski sud je u svojoj odluci u prekršajnom postupku apelanta proglasio odgovornim zato što je javni red i mir narušavao tako što je, nastavljajući da vozi motokultivator, njegovim prednjim dijelom udario B.M. u lijevu nogu u predjelu butine, odnosno jer je Se.M. udario šakom dva puta u lice i drvenom granom u glavu. Dakle, fizički napad je predstavljao element prekršaja za koji je apelant proglašen odgovornim. U krivičnom postupku apelant je proglašen krivim jer je vozeći motokultivator krenuo u pravcu B.M. i njime je udario u lijevu nogu nanijevši joj laku tjelesnu povredu u vidu nagnječenja s nakupinom krvi u lijevoj natkoljenici, odnosno jer je od Se.M. oteo drvo dužine oko dva metra i njime je udario u glavu i vrat, nanijevši joj lake tjelesne povrede u vidu nagnječenja s nakupinom krvi u zatiljnom dijelu glave i nagnječenjem vrata s oguljotinom kože. Zatim, događaji opisani u obje odluke dogodili su se istog dana i u istom mjestu, odnosno obje odluke odnose se na tačno isti događaj i iste radnje.

Prema navedenom, Ustavni sud zaključuje da su činjenice koje predstavljaju prekršaj za koji je apelant proglašen odgovornim iste kao i one koje predstavljaju krivično djelo za koje je takođe osuđen. Pri tome, činjenica da je apelantu u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna i ukor, a u krivičnom postupku uslovnna osuda kazne zatvora od tri mjeseca, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, ne utiče na zaključak da je apelantu i u prekršajnom i u krivičnom postupku u stvari suđeno za isto djelo.

⁶⁷ Vidi, između mnogo drugih izvora prava, predmet *Tyrer v. the United Kingdom*, 25. aprila 1978. godine, st. 31, Series A br. 26 i *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], br. 28957/95, st. 75., ECHR 2002 VI.

⁶⁸ „Službene novine Federacije BiH“ br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05.

c) Da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*)?

Prema stanovištu Evropskog suda, član 4 Protokola broj 7 nužno se ne proteže na sve postupke pokrenute u odnosu na isto djelo.⁶⁹ Njegov cilj i svrha podrazumijeva da, u nedostatku štete koju je dokazao podnosilac aplikacije, već sam novi postupak pokrenut uz znanje da je okrivljenom već suđeno u prijašnjem postupku, predstavljao bi povredu ove odredbe.⁷⁰

U konkretnom slučaju prekršajni postupak je pokrenut po zahtjevu za pokretanje prekršajnog postupka od 1. novembra 2007. godine koji je podnijela Policijska uprava. Odluka u ovom postupku je donijeta 21. marta 2008. godine i postala je pravnosnažna 26. novembra 2008. godine. Krivični postupak pokrenut je na osnovu optužnice koju je podiglo Kantonalno tužilaštvo, a koja je potvrđena 14. februara 2008. godine. Oba postupka su vođena pred istim opštinskim sudom i pred istim studijom pojedincem. U vrijeme donošenja prvostepene presude u krivičnom postupku, tj. 9. jula 2008. godine, odluka donijeta u prekršajnom postupku još uvijek nije bila konačna. Odluka u prekršajnom postupku je postala konačna i stekla svojstvo *res iudicata* 26. novembra 2008. godine, tj. u trenutku kada još uvijek nije bilo odlučeno o apelantovoj žalbi na prvostepenu odluku u krivičnom postupku.

Ustavni sud primjećuje da drugostepeni sud u postupku po žalbi može ispiti-vati samo onu povredu materijalnog prava na koju se u žalbi ukazuje. Nadalje, Za-kon o krivičnom postupku Federacije BiH⁷¹ izričito propisuje da će povreda materijalnog prava postojati i kada je „stvar već pravnosnažno presuđena“. Iz obrazloženja osporene presude Kantonalnog suda proizlazi da je ovaj sud zaključio da činjenica da je apelant prekršajno kažnjen za isti događaj ne isključuje postojanje krivičnog djela i krivice, te je potvrdio prvostepenu presudu kojom je apelant proglašen krivim za isto djelo za koje je već proglašen odgovornim u prekršajnom postupku.

Prema navedenom, Ustavni sud zaključuje da je u okolnostima konkretnog slučaja došlo do dvostrukosti postupka, s obzirom na to da je rješenje iz prekršajnog postupka steklo svojstvo *res iudicata* prije nego što je krivični postupak pokrenut za isto djelo okončan. Pri tome, Ustavni sud primjećuje da se krivični postupak vođen protiv apelanta ne može svrstati pod izuzetke propisane stavom 2 člana 4 Protokola broj 7.

Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju povrijeđeno apelantovo pravo iz člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

⁶⁹ Vidi predmet *Falkner v. Austria* (dec.), broj 6072/02, 30. septembar 2004. godine.

⁷⁰ Vidi *Zigarella protiv Italije*, (dec.), broj 48154/99, ECHR 2002-IX.

⁷¹ „Službene novine Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07 i 53/07.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Presuda Evropskog suda u slučaju *Maresti* i odluka Ustavnog suda u predmetu *Nurisa Selimovića* upozorili su na načelnu neprihvatljivost istovremenog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka ako su učiniocu u oba postupka stavljene na teret iste ili u bitnom iste činjenice, kao protivno načelu *ne bis in idem* iz Evropske konvencije. Ove odluke su korisne, ne samo u kontekstu lica protiv kojeg su vođeni ti postupci, već i iz aspekta krivičnog pravnog sistema i njegove preopterećenosti velikim brojem predmeta. Bosna i Hercegovina je u skladu sa članom 46 stav 1 Evropske konvencije dužna preduzeti mjere da se izbjegnu daljnje povrede konvencijskog načela *ne bis in idem* - istovremenim vođenjem prekršajnog i krivičnog postupka. Cilj je izbjeći istovremeno pokretanje prekršajnog i krivičnog postupka za isto djelo, odnosno izbjeći da se istom licu u prekršajnom i krivičnom postupku stave na teret iste činjenice. U tom kontekstu, treba na zakonodavnom nivou uspostaviti jasno razgraničenje između krivičnih djela i prekršaja.

LITERATURA

Babić, M., Marković, I. (2008), Krivično pravo, opšti dio, Pravni fakultet, Banja Luka;

Burić, Z. (2010), Načelo *ne bis in idem* u evropskom kaznenom pravu – pravni izvori i sudska praksa Evropskog suda, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu“, Zagreb, 3-4;

Chevallier-Govers, C. (1999), De la nécessité de créer une police européenne intégrée,

“Revue de science criminelle et de droit pénal comparé” (Rev. sc. crim) 1, janv. mars;

Craig, P. (2008), the Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance, “European Law Review”, April, 33;

Đurđević, Z. (2004), Mehanizmi uticaja prava Evropske zajednice na krivičnopravne sisteme država članica, “Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu”, Zagreb, vol. 54, 2;

Đurđević, Z. (2008), Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju krivičnog prava u Evropi, “Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu”, Zagreb, vol. 15, 2;

Garačić, A., Grgić, M. (2008), *Ne bis in idem* (u zakonima, konvencijama i sudskoj praksi), Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva – 2008, Inženjerski biro, Zagreb;

Harris, D., O’Boyle, M., Warbick, C. (2009), Law of the European Convention on Human Rights, „Oxford University Press“;

- Hartley, T. C. (1999) *Temelji prava Evropske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Evropske zajednice*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci;
- Hecker, B. (2007), *Europäisches Strafrecht*, Berlin, Springer;
- Ivičević-Karas, E. (2009), *Povodom presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske – analiza mogućeg uticaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj*, Program III. specijalističkog savjetovanja: *Primjena Prekršajnog zakona i ostalih propisa s područja prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj*, Hrvatsko udruženje za krivične nauku i praksu, Zagreb;
- Jovašević, D. (2010), *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd;
- Krapac, D. (2007), *Krivično procesno pravo, prva knjiga: Institucije, treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, „Narodne novine“, Zagreb;
- Mitrović, Lj. (2006), *Komentar Zakona o prekršajima Republike Srpske, „Comesgrafika“*, Banja Luka;
- Mrvić-Petrović, N., Mitrović, Lj. (2007), *Prekršajno pravo*, Banja Luka;
- Novoselec, P. (2007), *Opšti dio krivičnog prava*, Zagreb, Sveučilišna štamparija;
- Saztger, H. (2003), *Uticaji prava Evropske zajednice/Europske unije na nacionalno krivično pravo država članica*, “Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu”, Zagreb;
- Simović, M. (2010), *Krivično procesno pravo, knjiga prva*, Pravni fakultet, Bihać;
- Stojanović, Z. (2005), *Krivično pravo, Opšti dio*, „Službeni glasnik”, Beograd;
- Trechsel, S. (2006), *Human Rights in Criminal Proceedings*, „Oxford University Press“;
- Vervaele, J. (2005), *Evropsko krivično pravo i opšta načela Unije*, “Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu”, Zagreb, 2;
- Vervaele, J. (2006) *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy*, EUCRIM, 3-4;
- Čapeta, T. (2006), *Odluka Pupino i uloga sudova u procesu usklađivanja*, “Euroforum”, Zagreb, 11.

Academician Miodrag N. Simović,
Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka and
Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

**MINOR OFFENCE PROCEDURE IN DECISIONS OF THE
CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
WITH SPECIAL REFERENCE TO ISSUE OF CRIMINAL
CHARGES AND *NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE**

Summary

*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Minor offence charges, in accordance with national law, do not result in criminal charges. However, certain numbers of appeals before the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina qualify such issue as criminal for the purpose of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In fact, European Court of Human Rights finds that „criminal charges“ represent an independent concept and so certain act which is qualified in the national law as a minor offence, may, nevertheless, raise an issue of criminal charges for the purpose of Article 6 paragraph 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms if the essential character of legislative scheme in its nature is criminal and not civil. As to this issue, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina adheres to the case-law of the European Court of Human Rights. The concluding observations of the paper examine the existing state in Bosnia and Herzegovina proposing additional measures for the purpose of harmonization of the penal system with requirements that arise from the *ne bis in idem* principle as is interpreted in their case-law both by the European Court of Human Rights and Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.*

Key words: criminal charge, violation, crime, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

ДА ЛИ СУ ИСКУСТВА У ЈЕДНОГОДИШЊОЈ ПРИМЈЕНИ НОВОГ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ЦРНЕ ГОРЕ ВЕЋ ТРАСИРАЛА ПУТ ЊЕГОВИМ ИЗМЈЕНАМА И ДОПУНАМА

Др Драго Радуловић*

1. У Црној Гори је у задњој деценији, више него у земљама у окружењу, па и шире, забиљежен интезиван развој кривичнопроцесног законодавства. Тај процес је почео још док је Црна Гора била у државној заједници Србије и Црне Горе, доношењем Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП)¹. Убрзо за тим услиједиле су измјене ЗКП доношењем Закона о измјенама и допунама ЗКП.² Скоро да се нисмо ни „навикли“ на нови ЗКП, опет се кренуло у реформу кривичнопроцесног законодавства. Дилема је била да ли да се иде поново на измјене и допуне или пак ићи на доношење новог ЗКП. Превладало је мишљење да треба ићи на доношење новог ЗКП будући да су претходно учињене измјене и допуне, заједно са оним чиме се жели новирати процесно законодавство, прешле онај проценат³ који се тражи за доношење новог закона, а не закона о измјенама и допунама.

У релативно кратком времену, имајући у виду обим и значај овог Закона, припремљен је и донесен нови ЗКП јула мјесеца 2009. године⁴ који је знатно измјењен на дотадашњи законик. Имајући то у виду остављен је дужи *vakatio legis* да би се створили материјално технички, кадровски и други услови за примјену новог ЗКП, а са примјеном је требало да се почне годину дана након ступања на снагу. Но, по навици, се увијек касно почне са припремама и вријеме је брзо прошло, а да нису створени услови за почетак примјене новог ЗКП. Онда је изабран најједноставнији начин како да се проблем ријеша-донесен је Закон о измјенама и допунама ЗКП јула мјесеца 2010. године⁵ са само једним

* Др Драго Радуловић, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе, Подгорица

¹ Службени лист РЦГ бр.71/03.

² Службени лист РЦГ бр.47/06.

³ Уобичајно је да се ради нови закон, а не измјене и допуне уколико оне прелазе 30% важећег закона.

⁴ Службени лист ЦГ бр.57/09.

⁵ Службени лист ЦГ бр.49/10.

чланом, да се почетак примјене пролонгира још за једну годину, а то је од почетка септембра 2011. године. Тако је непуну годину дана нови ЗКП у примјени и рекли бисмо практичној провјери. Наглашавамо практичној провјери јер желимо да истакнемо значај праксе не само у имплементацији закона, него и у његовом припремању. У ствари, пракса треба знатније да трасира пут ка новом закону. За то треба доста и времена и средстава. Времена у смислу да се закони као што је ЗКП, за којег важи мишљење да последије устава најзначајни правни акт, не раде на брзину као што је то било у законодавној пракси Црне Горе, па и у државама бивше СФРЈ, него да се изврше студиозне припреме. Први корак на том дугом путу требало би да буде једно емпиријско истраживање којим би се истражило који су проблеми у примјени важећег ЗКП, да би се у новом ти проблеми ријешили. Након тога треба, у одговарајућој мјери, пружимати и законска рјешења из упоредног права, при чему треба имати у виду да нека законска рјешења која су се показала добрим у упоредном праву не мора да се у том свјетлу покажу и код нас. Међутим, у нашој законодавној пракси није се ишло тим путем. Податак да смо за мање од десет година припремили и донијели два ЗКП и два Закона о измјенама и допунама о ЗКП довољно говори сам за себе. У неким земљама толико времена трају припреме за доношење тако значајног закона као што је ЗКП. Није било никаквих истраживања, иако то не би било тешко на тако малом простору као што је Црна Гора и углавном се повезало за туђим законским рјешењима, за која се може поставити питање колико ће бити код нас примјењива. Стиче се утисак да се настојало, не само у Црној Гори него и државама у окружењу да се што прије „скине плашт“ старог и да се „заодене неко ново рухо“. То је негдје ишло и дотле (БиХ и Србија) да се скоро у потпуности са континентално-европског система кривичног поступка прешло на адверзијани систем. При томе се заборавља да је и наше, раније заједничко, кривичнопроцесно законодавство припадало кругу савремених законодавстава и којег је само требало осавремењивати, а ли сачувати оно што је традиционално.

Период од непуну годину дана од почетка примјене новог ЗКП није довољан за утемељеније вриједносне судове, али може бар да укаже на неке проблеме са којима се до сада суочила пракса, што би могло да трасира пут евентуалним измјенама и допунама ЗКП. У наставку ћемо се углавном осврнути на искуства у примјени оних законских одредби које представљају новину у ЗКП.

2. Централно мјесто међу новинама у новом ЗКП представља промјена концепта истраге – замјена судске тужилачком истрагом, која промјена повлачи и друге, поготово када се ради о начелима кривичног поступка. Трансформација судске у тужилачку истрагу постала је европски тренд и без обзира што су међу теоретичарима присутна неслагања по питању да ли истрага треба да буде суд-

ска или тужилачка⁶, то се питање ни код нас више није могло одлагати па се законодавац одређио за тужилачку истрагу.

И у тужилачкој и у судској истрази поставља се питање колико полицијски докази преко оптужнице дођу и до пресуде. Искуство у пракси, као и статистички подаци говоре да државни тужилац и у судском концепту истраге прихвата скоро сваку кривичну пријаву и скоро без даљих извида на бази материјала уз кривичну пријаву подноси захтјев за спровођење истраге, а по том истражни судија скоро сваки захтјев за спровођење истраге прихвати и ријетко се не сложи са државним тужиоцем, чиме се, у одређеном смислу, истражни судија претвара у неку врсту трансмисије државног тужиоца, који је претходно трансмисија полиције, што опет има тешке практичне последице на кредибилитет доказа, јер се индиректно оснажују докази полиције.⁷ С тога је тужилачки концепт истраге, како се истиче у литератури, процесно чистије рјешење којег су стога и прихватиле многе савремене и демократске државе, јер се тужилачки докази касније морају додатно судски оснажити или обрнуто, девалвирати у кривичном поступку.⁸

3. Без обзира на промјену концепта истраге она је у највећем дијелу уређена као и судска по питањима сврхе истраге, отворености истраге, прекида, обуставе и слично. Промјена концепта истраге требало би да се одрази и на процесна начела истине, правичности а посебно начело непосредности и контрадикторности. Заправо, са становишта природе истраге и правних стандарда, неприхватљиво је да докази које у истрази изведу органи који нису судски па макар то био и државни тужилац, имају исту снагу као да је те доказе извео суд. Зато би сви докази који су у истрази изведени од тих органа морали да се поново изведу на главном претресу. Док је истрага била судска суд је могао да пресуду заснива на доказима из истраге, без њиховог поновног извођења на главном претресу, јер су они изведени од стране суда (истражног судије). Дакле, изузеци од начела непосредности требало би да буду још више редуцирани.

Да ли је наш законодавац тако и поступио? Ако бисмо погледали неке одредбе ЗКП о извођењу доказа у извиђају (ранијем предкривичном поступку) и у истрази, онда бисмо могли закључити да различиту доказну снагу имају докази изведени од стране државног тужиоца и судије за истрагу. Наиме, у члану

⁶ Видјети др Ђорђе Лазин: Судска истрага – дилеме и проблеми, РКК број 2, 2006. године стр.73, др Војислав Ђурђић: Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом законнику о кривичном поступку, у публикацији „Примјена новог законика о кривичном поступку Србије“, Копаоник, 2007. године стр.77.

⁷ Др Милан Шкулић: Концепција истраге у кривичном поступку, РКК број 1, 2010. године страна 71.

⁸ Др Мила Шкулић: Концепција истраге....страна 71.

269 ст.1 и у члану 276 ст. 2 превиђено је тзв.судско обезбјеђење доказа. Ако у току извиђаја државни тужилац оцјени да постоји опасност да лице услед старости, болести или других важних разлога се неће моћи саслушати на главном претресу, предложиће судији за истрагу да саслуша то лице као свједока у складу са правилима о саслушању свједока, чиме је том исказу законодавац дао већу доказну снагу, јер ако би се то саслушање могло поновити на главном претресу, онда не би било потребно да ту радњу обавља судија за истрагу. Дакле, *ratio legis* се заснива управо на томе да доказ изведен од стране суда може да на главном претресу буде посредно кориштен (читањем записника). Нешто другачије схватање *ratio legis* по овом питању можемо наћи у литератури гдје се истиче да искази дати државном тужиоцу у извиђају, односно у истрази могу остварити доказну вјеродостојност на главном претресу с тим што докази које је извео суд имају нешто виши степен доказног кредибилитета.⁹ Док у члану 269 ст. 1 ЗКП користи императив „државни тужилац ће предложити“ у члану 276 стр. 2 ЗКП се каже да на захтјев странака доказне радње у истрази може у складу са правилима ЗКП спровести судија за истрагу ако посебне околности очигледно указује да такве радње неће моћи да се понове на главном претресу или би извођење доказа на главном претресу било немогуће, односно знатно отежано. Иако се у овом члану као и у члану 269 ст.1 не каже о каквој се доказној радњи ради то ће углавном бити радња саслушања свједока за којег се предпоставља да неће моћи да буде салушан на главном претресу или би то било отежано.

Ако пак погледамо одредбу члана 356 ЗКП која говори о изузецима од непосредног извођења доказа онда можемо запазити да се ту скоро ништа није промјенило, па се једнако као и раније умјесто непосредног саслушања одређених лица на главном претресу могу прочитати записници о њиховом саслушању у истрази без обзира ко је ту радњу у истрази па и у извиђају обавио. То није у складу са тужилачким концептом истраге.

Напоменули смо да је питање сврхе истраге уређено као и док је истрага била судска. У том смислу у истрази се изводе докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано (члан 274 став 2 ЗКП). У пракси то се, углавном, односи на саслушање свједока. Ко ће онда обавити ову доказну радњу? Иако се то изричито не помиње мислимо да би, сходно начелу непосредности, то требао да изврши судија за истрагу јер је ријеч, о потреби судског обезбјеђења доказа за главни претрес.

4. Попут Закона о кривичном поступку из 1977. године који је у наше тадашње законодавство увео тзв. истражне центре (да један суд врши истрагу за више судова) и што у пракси није заживјело, и нови ЗКП је задржао ту

⁹ Др Милан Шкулић: Коментар Законика о кривичном поступку, Подгорица, 2009. године, стр. 785.

могућност да једно тужилаштво врши истрагу за више тужилаштава. То је, више по инерцији нашло мјеста и у новом ЗКП, мада смо убијеђени да се то у пракси неће користити. Заправо може се поставити питање да ли ће у тужилачкој истрази као у судској, постојати истражни државни тужилац (односно замјеник државног тужиоца) или ће сваки замјеник бити и истражни државни тужилац. Ако су у ЗКП из судске истраге „пресликани“ истражни центри, онда би се могло закључити да ће постојати и истражни државни тужилац (замјеници), па би се могло поставити питање да ли је рационално и практично да један замјеник спроведе истрагу, а други да настави са подизањем оптужнице и даљим њеним заступањем? Мислимо да није, и да је практичније да сваки замјеник државног тужиоца буде истовремено и истражни и да тај предмет до краја „испрати“. Свакако да би било занимљиво провести једну анкету у тужилачкој организацији о досадашњим искуствима у примјени ЗКП у дијелу тужилачке истраге, јер би то била најпозданија слика. Али за то би требало више времена. Међутим, све више се чују сугестије управо из државнотужилачке организације да би било потребно знатније укључење полиције у истрагу, чак дотле да има предлога за увођење тужилачко-полицијске истраге .

5. Заједно са тужилачком истрагом у наше ново процесно законодавство уведен је још један институт до недавно заступљен само у англо-америчком праву, а то је споразум о признању кривице, којим институтом се хтјело допринијети ефикасности кривичног поступка имајући у виду да је у неким земљама он постигао значајне резултате.¹⁰ Одредбе ЗКП о споразуму о признању кривице (глава XX) почеле су се примјењивати раније него интегрални текст ЗКП, тачније шест мјесеци од дана ступања на снагу (од 01.02.2010. године), тако да су искуства у примјени овог значајног института од кога се очекује да допринесе ефикасности кривичног поступка вијећа. Но, како то обично код нас бива, наше правосуђе које је доста „конзервативно“, нерадо шире отвара врата примјени нових института, тако да је статистика забиљежила да смо у 2010. години имали три, а у 2011. години тринаест закључених споразума о признању кривице, што је веома мали број. Нисмо ни очекивали да ће то, бар за почетак, бити високи проценат примјене јер се слично дешавало и са диверзијом кривичног поступка (одложено кривично гоњење) која је први пут уведена у наше законодавство 2003. године, па за прве двије године нисмо имали ни један случај у пракси. Касније је дошло до шире примјене овог института што је резултирало мањим приливом кривичних предмета у суд и „растеретило“ судије кривичаре.

Рачунали смо да ће одложено кривично гоњење бити погодно за рјешавање кривичног дјела крађе електричне енергије чиме су основни судови прилично „затрпани“. Међутим, погријешили смо у процјени, а разлог так-

¹⁰ Тако у неким државама САД и до 90% предмета се заврши на основу споразума о признању кривице.

вог стања је невјероватан. Наиме, електродистрибуција као оштећени, која и иначе има проблема са наплатом утрошка електричне енергије не пристаје на поравнање, јер јој се вјештачењем кривичног дјела крађе електричне енергије утврђују знатно већи износи него што би добила поравнањем. Простор нам не дозвољава да се шире бавимо овим питањем¹¹, па ћемо указати само на нека значајна питања и евентуално проблеме који се могу појавити у пракси. Свакако да је страначка нагодба погодна средство у случајевима када државни тужилац очекује да ће имати тешкоћа да обезбиједи доказе за осуђујућу пресуду¹², па нагодбом „приморава“ окривљеног да прихвати мању казну од оне која му пријети ако се ствар пресуди у редовном кривичном поступку¹³. Истина, и поред тога што сам био један од заговорника увођења овог института у наше законодавство, додуше не у потпуности у овом облику, не могу да се отмам утиску да се овим институтом у одређеној мјери, потиру обиљежја јавноправног деликта кривичном дјелу.

У нашем законодавству прихваћена је једна умјерена варијанта овог института, почев од каталога кривичних дјела за која се може ићи на споразум о кривици. Иначе, у упоредном законодавству имамо законодавстава у којима нема ограничења примјене споразума о признању кривице и њиме могу да буду обухваћена сва кривична дјела (ту су државе *common law* система, БиХ, Хрватска и сл.) и законодавстава са ограниченим простором преговарања лимитираним тежином кривичног дјела.

По нашем ЗКП на преговоре о кривици може се ићи само за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 10 година. Осим што је ограничен каталог кривичних дјела гдје се може ићи на споразум о признању кривице, ограничено је и до када се може поднијети споразум о признању, а то је најкасније на првом рочишту за главни претрес пред првостепеним судом. Законодавац користи термин „предложити“ не одређујући форму и садржину приједлога за разлику од споразума којем је одређена и форма и садржина. Мислимо да приједлог треба да буде у писменој форми и у правном смислу у виду понуде. Понуда као садржина предлога представља једнострану изјаву слободне и добровољне воље упућене другој страни у циљу закључења споразума. Странкама се оставља потпуна слобода приликом преговарања о усло-

¹¹ Шире о томе др Данило Николић: Страначки споразум о кривици, Службени гласник, Београд, 2009. године, др Војислав Ђурђић: Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, РКК број 3, 2009. године, др Станко Бејатовић: Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструменти нормативне ефикасности кривичног поступка, у публикацији „Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савјета Европе“, књига 4, Правни факултет у Крагујевцу 2009. године, др Снежана Бркић: Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. године.

¹² Др Војислав Ђурђић: Страначки споразум о признању кривице..... страна 86.

¹³ Др Миодраг Симовић: Кривичнопроцесно право II, Бања Лука, 2006. године стр. 82.

вима под којима се може закључити споразум, а суд нема никаква права ни у погледу иницијативе, ни у погледу процеса преговарања и закључивања споразума.

Признање окривљеног је услов за закључење споразума, а у упоредном праву обично је прописано да окривљени признаје све тачке оптужнице. Иако се може преговарати у свим фазама кривичног поступка, па и у извиђају (ранијем предкривичном поступку), има мишљења да закључење споразума има смисла само ако тужилац подизање оптужног акта захтијева да се окривљени изведе на главни претрес¹⁴, односно послуже потврђивања оптужнице¹⁵.

Сходно члану 300 члан 4 ЗКП споразум о признању се може поднијети и прије подизања оптужнице (подноси се ванрасправном вијећу) и након подизања оптужнице (подноси се предсједнику вијећа) и не тражи се да је оптужница потврђена. Овакво законско одређење, бар теоријски, може у пракси да створи проблеме. Могло би се доћи у апсурдну ситуацију у коју би било доведено ванрасправно вијеће ако би се од предсједника тог вијећа тражило да разматра споразум о признању кривике, а то исто вијеће предходно није потврдило оптужницу. Зато смо мишљења да до преговарања може да дође у свим фазама кривичног поступка, закључно са првим рочиштем за главни претрес, а процесна радња разматрања споразума о признању кривике је могућа тек након потврђивања оптужнице.

Одлучујући о споразуму о признању кривике суд ће донијети одлуку која одговара садржини споразума ако су испуњени услови из члана 302 став 8. Један од битних услова јесте и да је споразум у складу са интересима правичности, а да санкција одговара сврси изрицања кривичних санкција. На шта се мисли када се каже да је споразум у складу са интересима правичности, односно на кога се то односи. Пошто је окривљени судионик преговарања и споразумјевања, он ће пристати на оно што је за њега правично. На другој страни, пошто се, сходно напријед цитираном члану, пази да споразумом нису повријеђена права оштећеног, онда се напријед помињани „интереси правичности“ не односе ни на оштећеног. Закључак би био да се „интереси правичности“ односе на општи (друштвени) интерес, којег заступа државни тужилац не као странка, него као државни орган и ти „интереси правичности“ му ограничавају маневарски простор приликом преговарања и ограничавају његову арбитражност, јер је државни тужилац овдје фактички у улози суда јер оно што он договори суд само потврђује. У том смислу, ако је слободно судијско увјерење ограни-

¹⁴ Др Војислав Ђурђић: Страначки споразум о признању кривике страна 87, у свим законима у кривичном поступку у БиХ (има их четири) споразум је могуће поднијети најраније од момента достављања оптужнице суду (судији за претходно саслушање).

¹⁵ Др Драго Радуловић: Коментар Закона о кривичном поступку Црне Горе, Подгорица, 2009. године, стр. 356, др Миодраг Симовић: Кривичнопроцесно право, Бања Лука, 2009. године, страна 338. По новом ЗКП Хрватске (члан 360) споразум о признању кривике може се поднијети након потврђивања оптужнице.

чено тзв. разумним судијским увјерењем, тако је слобода државног тужиоца приликом преговарања ограничена општим интересима правичности (једном врстом разумног увјерења). Као представник државе он се мора придржавати свих правила материјалног права о одмјеравању казне, као и правила о границама ублажавања казне, те условима изрицања других кривичних санкција.

6. Увођење тужилачке истраге у наше кривичнопроцесно законодавство неминовно је узроковало промјену модела контроле оптужбе. Пошто се у овом концепту истраге тек подизањем оптужнице суд укључује у кривични поступак (кривичнопроцесни однос), онда је нужно било предвидјети да свака оптужница иде на контролу суду. Досадашња контрола оптужнице по основу приговора окривљеног постала је неподесна. Зато је у новом ЗКП умјесто досадашња два вида контроле оптужнице уведен један – да свака оптужница иде на потврђивање трочланом ванрасправном вијећу. Иначе, у упоредном законодавству различити су модели контроле: као што је, да о томе одлучује судија појединац (у БиХ је то судија за предходно саслушање), да о томе одлучује вијеће у нејавној сједници или негдје и вијеће на посебном рочишту које би било отворено за тужиоца и окривљеног. Има мишљења да природи тужилачке истраге највише одговара контрола оптужбе на посебном рочишту, уз обавезно учешће и саслушање странака, јер би то било у духу оптужног типа кривичног поступка из којег је тужилачки модел истраге и преузет.¹⁶

Рјешење питања судске контроле оптужнице које је предвиђено у нашем ЗКП је свакако квалитетно, али се може поставити питање да ли је и рационално да се ангажују тројица судија да врше контролу сваке оптужнице? Ако имамо у виду да је проширена функционална надлежност судије појединца и на кривична дјела за која је прописана казна затвора до десет година, онда би било рационално да се и контрола оптужнице томе саобрази, па да контролу оптужнице за то кривично дјело врши суд у инокосном саставу, а за она дјела за која је прописана казна преко десет година затвора да ту контролу врши вијеће. То би знатно олакшало рад судовима са мањим бројем судија.

Вршећи контролу оптужнице вијеће није овлашћено да цијени да ли чињенице и околности изнесене у оптужници пружају поуздан доказ да је окривљени учинио кривично дјело нити да ли је то довољно да окривљени буде оглашен кривим, јер то за оптужницу није потребно. За потврђивање оптужнице је довољно да се из изведених доказа може закључити да је окривљени основано сумњив да је учинио кривично дјело које му се ставља на терет.

7. Промјена концепта истраге и њено премјештање из суда у тужилаштво отворила је могућност да државно тужилаштво може одредити мјеру ограничења слободе тзв. задржавања осумњиченог у извиђају до 48 сати, које је

¹⁶ Др Војислав Ђурђић: Компаративноправна решења...страна 151.

раније било у рукама полиције. Када се припремао нови ЗКП били смо у дилеми да ли је у новом концепту истраге потребније да задржавање осумњиченог буде и даље у рукама полиције, или да се то овлашћење да државном тужиоцу. Превладало је мишљење да је потребније да државни тужилац може да задржи осумњиченог. У пракси се појавио проблем гдје ће боравити осумњичени којем је државни тужилац одредио задржавање до 48 сати, а претходно је осумњичени био лишен слободе од стране полиције и након одређеног времена полиција га је спровела државном тужиоцу. Проблем је настао јер државно тужилаштво није имало одговарајуће просторије за задржавање, па је проблем шта са осумњиченим којем је државни тужилац одредио задржавање рјешен тако што је осумњичени поново враћан у полицијске просторије за задржавање. То свакако није „угодно“ за осумњиченог, али другог рјешења нема док се у тужилаштву такав простор не обезбједи.

8. Додјелом института задржавања државном тужиоцу једино овлашћење полиције које се тиче ограничења слободе јесте лишење слободе осумњиченог. По нашем мишљењу полиција није тиме „оштећена“, кад се има у виду положај полиције у извиђају, јер је њена дјелатност углавном усредсређена на прикупљање материјалних доказа, а лишењем слободе се може постићи све што и задржавањем (утврдити идентитет, провјерити алиби и слично). У практичној примјени одредбе ЗКП о лишењу слободе осумњиченог у извиђају појавила су се нека спорна питања. Једно је питање да ли се у максимални рок од 12 сати, колико осумњичени који је лишен слободе може да буде задржан код полиције, рачуна и вријеме које је осумњичени који је претходно био позван од полиције као грађанин ради прикупљања обавјештења био код полиције. Преовладава мишљење, које и ми дијелимо, да се ово вријеме не рачуна у рок од 12 сати колико осумњичени који је лишен слободе може да буде задржан код полиције.

Друго спорно питање опет везано за лишење слободе које се у полицијској пракси појавило јесте да ли је полиција дужна да спроведећи осумњиченог који је лишен слободе државном тужиоцу поднесе и кривичну пријаву. Проблем је настао ради тога што је у ранијем ЗКП док је истрага била судска стајала одредба да се осумњичени уз кривичну пријаву спроводи истражном судији. У новом ЗКП (члан 264) је прописано да ће приликом довођења овлашћени полицијски службеник државном тужиоцу предати службену забиљешку коју је сачинио приликом лишења слободе. У ствари, и по ранијем ЗКП је кривична пријава подношена државном тужиоцу, а истражном судији је ишла копија кривичне пријаве да би он био обавијештен да може очекивати да ће услиједити захтјев државног тужиоца за покретање истраге. Имајући у виду да службена забиљешка садржи све што и кривична пријава, онда нема потребе да се поред службене забиљешке још подноси и кривична пријава.

9. И по новом ЗКП полиција може у извиђају да врши саслушање осумњиченог по правилима о саслушању окривљеног и да се тај исказ може користити као доказ под условом: а) да државни тужилац да одобрење, б) да осумњичени да пристанак и ц) да саслушању присуствује бранилац. Ако осумњичени сам не узме браниоца државни тужилац ће му га одредити по службеној дужности, а по избору осумњиченог са списка адвокатске коморе. У практичној примјени су се појавиле и злоупотребе. Тако се дешава да осумњичени узме браниоца, онда му откаже пуномоћ, а одмах после тога, када му државни тужилац одређује браниоца по службеној дужности а по избору осумњиченог, поново узима истог браниоца. То је примјер, како једна норма која бенефицира осумњиченог може да буде злоупотребљена.

10. Кад смо већ код питање обавезне стручне одбране из праксе имамо приједлога да би окривљени морао имати браниоца када га у истрази саслушава државни тужилац, односно када га у извиђају сходно члану 261 став 5 саслушава полиција, са образложењем да ће државни тужилац као странка настојати да добије исказ који ће му осигурати успјешност оптужнице. Међутим, треба подсјетити да државни тужилац до потврђивања оптужнице поступа као државни орган, а не као странка и којег, једнако као и суд, обавезује начело истине, да са једнаком пажњом утврђује чињенице које терете окривљеног и оне које му иду у корист.

11. У пракси су забиљежена одређена несналажења, односно неразумијевања кад је у питању овлашћење полиције да без наредбе суда уђе у туђи стан или друге просторије и по потреби изврши претресање у случају када држалац стана то тражи. Наиме, сугерише се да се у записнику назначи из којих разлога је држалац стана то тражио. Формулација члана 83 став 5 ЗКП је, по становишту из праксе, непрецизна, јер се не може јасно видјети да ли полицијски службеник без наредбе и без присуства свједока може извршити претрес само ако извршава наредбу о принудном довођењу или приликом лишења слободе, а постоји опасност да ће лице одбацити, сакрити или уништити предмете које од њега треба одузети, или и у другим случајевима када постоји опасност да ће то лице одбацити, сакрити или уништити предмете. Иначе, ради ефикасног спровођења радњи претресања стана на основу наредбе суда има приједлога да се та радња може извршити и на основу усмене наредбе пошто имамо и усмени захтјев за претресање, а накнадно у одређеном року да се донесе писмена наредба.

12. Код примјене мјера тајног надзора (специјалних доказних радњи) било је спорно какав доказни занчај има тзв. случајни налаз и у погледу лица и у погледу дјела. Наиме, ако је мјера одређена према једном лицу због одређеног

кривичног дјела, па се примјеном те мјере открије и друго лице и друго кривично дјело тај случајни налаз има доказни значај само ако се ради о кривичном дјелу за које се иначе могу одредити мјере тајног надзора.

13. Нови ЗКП је донио одређене новине које се тичу притвора и то у погледу три најважнија питања везана за притвор: основи за одређивање притвора, орган надлежан за одређивање притвора и трајање притвора. Међутим, на овом мјесту осврнућемо се само на једно питање, а то је притворски основ из члана 175 става 1 тачка 4 ЗКП, гдје је прописано да се притвор може одредити „ако је у питању кривично дјело за које је прописана казна затвора од 10 година или тежа казна и које је посебно тешко због начина извршења или посљедица, а постоје изузетне околности које указују да би пуштање на слободу довело до озбиљне пријетње очувању јавног реда и мира“.

По неким мишљењима ово подсјећа на некадашњи основ у ЗКП из 1977. године (члан 191 став 2 тачка 4 – узнемирење јавности).¹⁷

Други истичу да би се и овде, као некада, могло сматрати да је разлог притварања у овом случају актуелно или потенцијално узнемирење грађана, али за то нема никаквог законског основа, мада фактички није немогуће да се баш та околност узима када се притвор одређује по овом основу.¹⁸

Када је ријеч о овом притворском основу, онда се може поставити неколико питања, почев од тога да ли је у складу са уставом (да се притвор одређује ради интереса кривичног поступка), да ли је у складу са циљем мјера процесне принуде (обезбјеђење присуства окривљеног у кривичном поступку и несметано вођење кривичног поступка и сл.) Међутим, Европски суд за људска права допушта да “чување јавног реда” може да буде основ притварања.

Један од услова да би се по овом основу могао одредити притвор, а који је објективизиран, јесте “ако је у питању кривично дјело за које је прописана казна затвора од 10 година или тежа казна. Подсећамо, у ЗКП из 2003. године била је формулација “ако су у питању кривична дјела за која се по закону може изрећи казна затвора 10 година или тежа”. Да ли је овом новелом законодавац желио да “високо подигне летвицу” за одређивање притвора по овом основу, или је пак рачунао да измјена формулације нема утицаја на могућност, односно обим примјене овог притворског основа у пракси, то само он зна, али је чињеница да постоје различита становишта у теорији и поступања у пракси. Иако је, можда, законодавац мислио да се ништа није том формулацијом промјенило, мишљења смо да је у питању велика разлика, те се притвор по овом основу не може одредити нити продужити за кривична дјела за која је

¹⁷ Драгиша Ђорђевић: Мјере за обезбјеђење присуства окривљеног у току кривичног поступка, у публикацији „Примјена новог Кривичног законодавства Србије, Копаоник, 2006. године страна 189.

¹⁸ Др Милан Шкулић: *op.cit.*, стр. 582.

прописана казна затвора испод 10 година. У том смислу не слажемо се са становиштем које је недавно заузео Апелациони суд да се и за кривично дјело за које је прописана казна затвора од 2 до 10 година може одредити, односно продужити притвор по основу из члана 175 став 1 тачка 4.

Осим овог, објективизираниог услова, да би се притвор могао одредити по овој тачци, потребно је да се испуне још два услова а) да је дјело посебно тешко због начина извршења или посљедица (иако и предходно истакнута прописана казна говори о тежини дјела) и б) постоје изузетне околности које указују да би пуштање на слободу довело до озбиљне пријетње очувању јавног реда и мира. Ова друга два услова у пракси ће бити теже “објективизирати”. Имајући у виду да начин извршења и посљедица чине елеменат бића кривичног дјела, онда ће се тешко препознати и образложити неке околности које би се могле подвести под овај услов, а да не чине елеменат бића кривичног дјела. Исто тако, тешко ће бити у образложењу рјешења о одређивању притвора по овом основу “пронаћи” изузетне околности које указују да би пуштање на слободу довело до озбиљне пријетње очувању јавног реда и мира. Гдје “пронаћи” те изузетне околности, да ли опет у тежини посљедице или начину извршења, да ли у тежини дјела, па да се вртимо у кругу, или у нечем трећем? Тешко је рећи. Можда те “изузетне околности” треба тражити у природи кривичног дјела (тероризам, квалификована убиства и сл.) и у личности окривљеног (бруталност, агресивност, подмуклост и сл.).

У литератури се истиче да притварање може да буде и у интересу окривљеног коме, нарочито у малој средини, може пријетити освета, а кривични поступак може бити угрожен усљед евентуалног стварања „атмосфере линча“.¹⁹

Свакако да учиниоца кривичног дјела не смијемо гледати само кроз призму кривице и одговорности, него му треба пружити одговарајућу заштиту у случајевима када је изложен осветничкој опасности од стране оштећеног или његове родбине. Међутим, поставља се питање да ли тај облик заштите треба да буде стављање окривљеног у притвор, чиме би притварање окривљеног услиједило због неких других разлога који се налазе ван личности окривљеног и изван одговарајућих интереса поступка и дезавуисало би оне гаранције које устав даје грађанима, па и окривљеном када је у питању стављање у притвор. Када би се опасност од осветничког реаговања у односу на окривљеног прихватила као основ за одређивање притвора, онда би то било одступање правде пред „законом линча“, што је неспојиво са данашњим развојем цивилизације.

У члану 178 став 1 ЗКП прописано је да судија за истрагу може укинути притвор на приједлог државног тужиоца. Ова одредба је задржана из старог

¹⁹ Др Милан Шкулић: *Op.cit.*, страна 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.*

ЗКП док је истрагу водио истражни судија и који је најбоље знао да ли му је потребно задржавање окривљеног у притвору док траје истрага. У тужилачком концепту истраге државни тужилац најбоље зна да ли има потреба за притвором у току истраге, па би логично било да се на приједлог државног тужиоца притвор обавезно укида.

14. Још један институт који је уведен у наше законодавство још 2003. године, с циљем да допринесе ефикасности кривичног поступка јесте поступак изрицања кривичних санкција без главног претреса, првобитно предвиђен за кривична дјела за која је прописана новчана казна или затвор до једне године, а сада до три године, још се не примјењује у пракси иако се за то дјело не може изрећи казна затвора него само новчана казна, рад у јавном интересу, условна осуда и судска опомена. Зашто се до сада овај институт није примјењивао, да ли државни тужиоци не предлажу овакав пут рјешавања кривичне ствари, или пак окривљени не пристају на то, што је услов за примјену истог, тешко је рећи без једног истраживања, али још је рано за закључак да овај институт није оправдао своје постојање и да га треба брисати из ЗКП.

Указали смо само на нека питања и проблеме у практичној примјени новог ЗКП Црне Горе. Кратко је вријеме његове примјене. Можда ће се појавити и нови проблеми у пракси, и да ће та искуства у примјени ЗКП трасирати пут ка новим измјенама и допунама ЗКП.

ONE-YEAR EXPERIENCE IN THE IMPLEMENTATION OF THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE OF MONTENEGRO - paved the way to amendments?

Summary

The article presents the one-year experience in the implementation of the new Criminal Procedure Code of Montenegro. Special attention is given to the problem of implementation of new legal provisions, with focus on investigation, plea bargaining, examination of the indictment, deferred prosecutions and detention. The article also presents an evaluation of our justice system readiness to implement a new legislation. At the same time, it's issued how to go towards with adoption of new legal solutions. The answer is that should be adopted other legal solutions to the extent of their applicability in our circumstances, and the best way for possible amendments to the Code is one indicated by implementation experience.

Key words: *State prosecutor, investigation, investigating judge, defendant, Criminal Procedure Code.*

АНУЛИРАЊЕ ДЕЈСТВА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ИЗРЕЧЕНИХ МАЛОЛЕТНИЦИМА

Проф. др Саша Кнежевић*

Апстракт: Улога суда за малолетнике, не завршава се изрицањем васпитне мере. У томе се и огледа специфичност положаја суда у кривичном поступку према малолетницима. Стога су одредбе о надзору над извршењем васпитних мера регулисане у процесном делу Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, иако, строго формално посматрано, оне спадају у област извршења кривичних санкција.

Суд за малолетнике, приликом вршења надзора над извршењем васпитних мер, може анулирати дејство ове кривичне санкције у току самог поступка извршења. За обуставу извршења васпитне мере, или за измену ове одлуке, није потребно изјављивање правних лекова. Надзорна улога суда за малолетника омогућава анулирање дејства васпитних мера независно од поступка иницирања преиспитивања чињеничне и правне утемељености одлука, донетих у поступку према малолетницима, у поступку по правним лековима. Међутим, то не значи да одлуке о кривичним санкцијама, донете у поступку према малолетницима, не могу бити побијане правним лековима. Напротив, дејство кривичних санкција, изречених у поступку према малолетницима (поготово казне малолетничког затвора), може бити анулирано у поступцима иницираним правним лековима.

Кључне речи: надзор, обустава, измена правни лекови, васпитне мере.

1. Обуставање извршења васпитних мера и измена одлуке о васпитним мерама

Правноснажна и извршна пресуда, донета у редовном кривичном поступку, може се ставити ван правне снаге искључиво у поступку, иницираном ванредним правним леком. Следствено томе, одлука о казни, садржана у прав-

*Проф. др Саша Кнежевић, Правни факултет Универзитета у Нишу

носнажној осуђујућој пресуди, може се изменити преиначењем правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка (чл. 405. ст. 1. тач. 4. ЗКП). Реч је о новом основу за тзв. *неправо понављање* кривичног поступка, којим је, у основе ове врсте понављања кривичног поступка придодат некадашњи законски основ за ванредно ублажавање казне, након укидања ванредног правног лека-захтева за ванредно ублажавање казне (изменама и допунама ЗКП, од септембра 2009. године). Измена одлуке о казни могућа је, и на основу обеснаживања чињеничне или правне основице правноснажне пресуде, донете у поступку поводом осталих ванредних правних лекова. Међутим, у поступку према малолетницима, могуће су и анулирање дејства, или измена васпитне мере, од суда, који је изрекао васпитну меру. То је директна последица законом предвиђене обавезе суда, да врши надзор над спровођењем изречене васпитне мере.

Васпитне мере се могу изменити, а могућа је и обустава њиховог извршења, уколико би се, по изрицању васпитне мере, појавиле околности, које нису постојале у време доношења решења о изрицању васпитне мере, или се за њих није знало, а биле би од значаја за избор изречене васпитне мере, или ако се изречене мере не могу извршити.

Суд, који је у првом степену изрекао васпитну меру, може, самоиницијативно, или на предлог јавног тужиоца за малолетнике, малолетника и његових родитеља, усвојиоца, стараоца, управника завода, или органа старатељства, изменити одлуку о изреченој васпитној мери (чл. 85. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних делима и кривичноправној заштити малолетних лица).¹ Иначе, суд има законску обавезу периодичног преиспитивања потребе, за евентуалном обуставом или изменом изречене васпитне мере.

Да би могло да донесе валидну одлуку о судбини изречене васпитне мере, веће за малолетнике има обавезу да саслуша јавног тужиоца за малолетнике, малолетника и његове родитеље, усвојиоца, стараоца, као и да прикупи потребне извештаје од управника завода, или установе, у којој се васпитна мера извршава. Уколико веће за малолетнике не поступи на овај начин, чини битну повреду одредаба кривичног поступка.

Идентични су и поступци за обуставу извршења васпитних мера, и за пуштање малолетника на условни отпуст. То важи и за поступак поновног одлучивања о изрицању васпитних мера.

Одлуке о измени или обустави васпитних мера, или о условном отпусту, доноси веће за малолетнике суда, који је у првом степену судио малолетницима. Одлука се доноси у форми решења, и против ње се може изјавити жалба (чл. 85. ст. 4. ЗМ). Ово веће одлучује и ако је васпитна мера изречена млађем пунолетном лицу, што би требало изричито нагласити допуном ове законске одредбе.

Законским одредбама о измени или обустави васпитних мера, или о условном отпусту малолетника, није прецизирано, да ли се одлуке о овим ме-

¹ У даљем тексту, уместо пуног назива овог закона, употребљаваће се скраћеница “ЗМ”.

рама, доносе у седници већа, или на главном претресу. Сама иницијатива, за измену или обуставу васпитне мере, наговештава да се чињенично стање изменило, и да су изгледи за опстанак изречене васпитне мере умањени. Ако би суд закључио да опстанак изречене васпитне мере зависи од детаљнијег утврђивања одлучних чињеница, могао би да одреди главни претрес. Но, чини се да законодавац, одредбом чл. 85. ст. 5. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, предвиђањем субјеката који се обавезно позивају на седницу већа (не помињући, притом, главни претрес), *implicite* одређује и институционалну форму за доношење ових одлука.

Иако, Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, није изричито предвиђено, одлука о измени или обустави васпитних мера може се побијати жалбом. Према општим одредбама, садржаним у Законику о кривичном поступку, могуће је изјављивање жалбе. Процесну легитимацију, за изјављивање жалбе на одлуку већа за малолетнике о измени или обустави васпитне мере, имају лица, која су иначе титулари права на жалбу у кривичном поступку.²

Одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, предвиђају се и одређена ограничења, која се односе на доношење одлука о обустави и замени изречених васпитних мера. Стога, веће за малолетнике мора поштовати ова ограничења, предвиђена у одредбама материјалноправног дела овог закона. Извршење васпитне мере упућивања у васпитну установу, не може се обуставити пре истека рока од шест месеци. Међутим, до истека овог рока, ова васпитна мера може се заменити мером појачаног надзора, уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника, затим мером упућивања малолетника у васпитно-поправни дом, или у посебну установу за лечење и оспособљавање (чл. 24. ст. 2. тач. 1. ЗМ).

Обустава извршења мере упућивања у васпитно-поправни дом није могућа пре истека рока од шест месеци, а до истека овог рока, може се заменити мером упућивања малолетника у васпитну установу, или у посебну установу за лечење и оспособљавање. Обустава или замена изречене васпитне мере предвиђена је и упоредноправним решењима. У *француском праву*, обустава васпитних мера могућа је на иницијативу малолетника, родитеља, татора, по истеку једне године од извршења васпитне мере, ван породице малолетника. Службеник за вршење надзора над извршавањем васпитне мере, јавно тужилаштво и суд, могу, по службеној дужности, у било ком моменту, затражити замену изречене мере другом васпитном мером (чл. 27. Закона о малолетним делинквентима). Ова могућност предвиђена је и у *швајцарском* (чл. 93. КЗ), *хрватском* (чл. 17. Закона о судовима за младеж) и *македонском праву* (чл. 41. Закона о малолетничкој правди).

² Одлука Врховног суда Србије -Кжм, 9/70, Збирка судских одлука из области кривичног права, 1973-86, бр. 955, Београд, 1987, стр. 257.

2. Правни лекови у поступку према малолетницима

Доношење пресуде, или решења, већа за малолетнике, не мора да значи да је одлука, о основаности предлога за изрицање кривичних санкција против малолетника, коначна. Интереси законитости, правилности поступања суда, али и правичности, налажу постојање права на иницирање поступка преиспитивања чињеничне и правне утемељености донете одлуке већа за малолетнике. Малолетник, под законом предвиђеним условима, може наставити са активностима на супротстављању кривичној санкцији, изреченој у првостепеном поступку. С друге стране, јавни тужилац за малолетнике, може иницирати поступак преиспитивања решења о обустави кривичног поступка према малолетницима. Инструменти, којима се иницира преиспитивање чињеничне и правне утемељености одлука већа за малолетнике, јесу правни лекови. Одлуке већа за малолетнике могу се побијати жалбом и ванредним правним лековима.

2.1. Жалба против решења или пресуда, донетих у поступку према малолетницима

2.1.1. Изјављивање жалбе

Жалба је редовни правни лек, којим се побијају одлуке већа за малолетнике. У кривичном поступку према малолетницима, жалба се може изјавити из свих основа, предвиђених за побијање судских одлука у редовном кривичном поступку.

Према нашем позитивном праву, у кривичном поступку према малолетницима, жалба се може изјавити: против пресуде већа за малолетнике првостепеног суда, којом је малолетнику изречена казна малолетничког затвора; против решења, којим се малолетнику изриче васпитна мера; против решења, којим се обуставља поступак према малолетнику (чл. 80. ЗМ). Из ставова судске праксе, произилази, да се жалба може изјавити и против одлука о обустави извршења, и о измени изречене васпитне мере. Овакво поступање налаже и одредба Законика о кривичном поступку, према којој је жалба на решење дозвољена, осим у случају да је изричито забрањена (чл. 398. ст. 1).

Жалбу могу изјавити сва лица, процесно легитимисана за изјављивање жалбе у редовном кривичном поступку-кривичнопроцесне странке, бранилац, законски заступник малолетника, оштећени, и лице чији је предмет одузет, или коме је одузета имовинска корист. Иако орган старатељства има значајну улогу у кривичном поступку према малолетницима, он не може изјављивати жалбе против одлука већа за малолетнике, јер нема статус странке.

У корист малолетника, жалбу могу изјавити: бранилац малолетника, брачни друг, лице с којим малолетник живи, у ванбрачној, или каквој другој трајнијој заједници, крвни сродници малолетника, у правој линији, брат, сестра, усвојилац, старалац, хранитељ. Ова лица могу изјавити жалбу и противно вољи малолетника. Међутим, ова лица не могу, против воље малолетника, одустати од жалбе, или се одрећи права на жалбу.

Јавни тужилац може да изјави жалбу, како у корист, тако и на штету малолетника, с тим што има право на жалбу и када је кривични поступак према малолетнику покренут одлуком већа за малолетнике. Када је поступак вођен против млађег пунолетног лица, овлашћени субјекти жалбе су, као и у редовном поступку, лица одређена у члану 364. ЗКП.

Оштећени, пошто у кривичном поступку према малолетницима не може имати својство овлашћеног тужиоца, не може жалбом побијати одлуке већа за малолетнике, по свим основима. Сходном применом одредбе чл. 364. Законика о кривичном поступку, оштећени може побијати одлуку о трошковима кривичног поступка према малолетницима, у случају када веће за малолетнике пресудом осуди малолетника на казну малолетничког затвора.

Лице, чији је предмет одузет, или му је одузета имовинска корист стечена кривичним делом, као и оштећени, титулари су права на жалбу, у ограниченом капацитету. Ова лица могу побијати одлуке већа за малолетнике, искључиво у делу, који се односи на њихове материјалне интересе.

Судска пракса профилисала је одређена схватања, у вези са тумачењем могућности изјављивања жалбе на штету малолетника. Према ставовима судске праксе, родитељ малолетника нема право да, изјављеном жалбом, тражи изрицање васпитне мере заводског карактера малолетнику, према коме је у првом степену, обустављен кривични поступак. Исто тако, ни малолетник не може жалбом захтевати упућивање у васпитно-поправни дом, уместо мере појачаног надзора, изречене од већа за малолетнике у првом степену.³

Рок за изјављивање жалбе, у кривичном поступку према малолетницима, износи осам дана, од дана пријема одлуке суда. Он је краћи него у редовном кривичном поступку, што је разумљиво, имајући у виду обавезу хитног поступања у овом поступку. Међутим, овај рок краћи је од општег рока за изјављивање жалбе на решења, предвиђеног одредбама Законика о кривичном поступку (који износи три дана). Решењима већа за малолетнике, по правилу, мериторно се решава кривична ствар, за разлику од највећег броја решења, донетих у редовном кривичном поступку, којима се, углавном, решавају процесна питања. Стога је и оправдано, да се рокови за изјављивање ових жалби разликују. Иначе, рок за жалбу, на решења већа за малолетнике, тече од дана достављања решења малолетнику, односно браниоцу.

³ Одлуке Врховног суда Србије, Кжм. 612/63 и Кжм. 21/67, наведено према: др Ђорђе Лазин, *Посебни кривични поступци*, Београд, 1995, стр. 111.

2.1.2. Опште одлике жалбе на одлуке већа за малолетнике

Жалба против решења и пресуда већа за малолетнике *потпуни* је правни лек. То значи да се, у кривичном поступку према малолетницима, жалба може изјавити из свих основа, предвиђених за побијање пресуде у редовном поступку. Према томе, основи жалбе, против одлука већа за малолетнике, јесу: битна повреда одредаба кривичног поступка; повреда кривичног закона; погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање; одлука о кривичним санкцијама, одузимање имовинске користи, одлука о трошковима кривичног поступка и одлука о имовинскоправним захтевима. У кривичном поступку према малолетницима, није могућа сходна примена одлуке о објављивању пресуде, односно решења, путем средстава јавног обавештавања, као основа жалбе, јер је, у овом поступку, општа јавност искључена. Основ жалбе требало би да представља и погрешна одлука о обустави кривичног поступка према малолетницима, донета на основу процене целисходности даљег вођења поступка.

Жалба, по правилу, задржава извршење одлуке већа за малолетнике о изрицању кривичних санкција. Стога је овај редовни правни лек, у поступку према малолетницима, *суспензиван*. Начелно посматрано, жалба против пресуде, којом је изречена казна малолетничког затвора, има суспензивно дејство. Исто тако, и жалба на решење о изрицању васпитне мере заводског карактера, одлаже извршење ове одлуке. Међутим, суд, по саслушању малолетника, и уз сагласност његових родитеља, може одлучити да малолетника, и пре правоснажности одлуке, упути на извршење ових кривичних санкција (чл. 80. ст. 2. ЗМ). Ова могућност представља конкретизацију обавезе хитног поступања, у кривичном поступку према малолетницима.

Законским одредбама, нису прописани поступак и форма одлуке о дерогирању, начелно предвиђеног, суспензивног дејства жалбе, на одлуке већа за малолетнике. Према логици ствари, у овој ситуацији би веће за малолетнике, које је изрекло заводску васпитну меру, или казну малолетничког затвора малолетнику, требало да донесе решење, које би, *de facto*, имало карактер клаузуле правноснажности и извршности наведених одлука! Одричање од суспензивног дејства одлука већа за малолетнике, требало би да се процесно манифестује на недвосмислен начин, тако што би се сагласност родитеља записнички констатовала.

Иначе, жалба, изјављена против решења већа за малолетнике, о изрицању осталих васпитних мера (мере упозорења и упозоравања, и мере појачаног надзора), без изузетака, задржава извршење ових мера.

О жалби на одлуке већа за малолетнике, одлуку доноси другостепено веће за малолетнике. Стога, овај редовни правни лек, уједно спада у *деволутивне* правне лекове.

2.1.3. Располагање жалбом на одлуке већа за малолетнике

Правни лекови, као инструменти за побијање донетих судских одлука, омогућавају иницирање поступка преиспитивања чињеничне и правне утемељености судских одлука. Право на делотворни правни лек, припада групи елементарних људских права, садржаних у каталозима људских права универзалног, регионалног и интерног карактера. Оно укључује могућност изјављивања правних лекова, али и располагања овим средствима, у свим фазама одлучивања о судбини побијаних одлука.

Располагање жалбом, подразумева могућност одрицања од жалбе, као и одустанак од већ изјављене жалбе. Законским одредбама, није изричито предвиђена могућност одрицања малолетника од жалбе, као ни одустанка од изјављене жалбе. Ова могућност располагања жалбом, постоји у редовном, и у скраћеном кривичном поступку.

Судска пракса, која се позивала на одредбе ранијих прописа, заузимала је становишта, у погледу могућности малолетника да се одрекне жалбе, или одустане од изјављеног правног лека. Из појединих судских одлука произилази, да се малолетник не може одрећи права на жалбу, нити одустати од изјављене жалбе. Сматрало се да заштита интереса малолетника, као један од циљева кривичног поступка, покренутог према њему, налаже доношење такве одлуке, што је имало упоришта у раније важећој легислативи.⁴ По доношењу *lex specialis* закона, из области малолетничког преступништва, искристалисао се став, да треба сходно применити општа правила о одрицању и одустанку од жалбе, предвиђена одредбом чл. 365. Законика о кривичном поступку. Да је законодавац сматрао другачије, он би, одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, предвидео одступање од општих одредаба о одрицању и одустанку од жалбе.⁵ Прихватањем овог становишта, омогућава се остваривање права малолетника на жалбу, у пуном опсегу. Уједно, изједначава се процесна позиција малолетника, са статусом окривљеног, у редовном кривичном поступку. Међутим, суштинско је питање, да ли се малолетник, као лице са недовољно развијеним интелектуалним апаратом, користећи своју неограничену вољу, може одрећи поступка преиспитивања одлука већа за малолетнике. Располагање малолетника правом на жалбу, могло би се законски уредити, коришћењем аналогije са одредбом о могућности дерогирања суспензивног дејства одлука већа за малолетнике! То практично значи да би се, за одрицање или одустанак од жалбе малолетника, могла захтевати сагласност његових родитеља, односно стараоца.

⁴ Загорка Лекић, *Кривично процесно право*, Београд, 1994, стр. 438.

⁵ Проф. др Обрад Перић, *Коментар Закона о о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005, стр. 199.

2.1.4. Поступак по жалби

Поступак по жалби, на одлуке већа за малолетнике, може се одвијати у седници већа, или на главном претресу. На седницу већа позива се малолетник, али само ако председник већа оцени да би његово присуство било корисно (чл. 80. ст. 3. ЗМ). Не постоји ни законска обавеза позивања родитеља малолетника, нити органа старатељства. Међутим, имајући у виду да је, у кривичном поступку према малолетницима, одбрана обавезна, присуство браниоца на седници жалбеног већа, јесте обавезно.

Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, није изричито прописано одвијање поступка у седници већа за малолетнике. Стога би требало сходно примењивати одредбе о почетку седнице, и њеном току, о процесном положају кривичнопроцесних странака, о записничком фиксирању спроведених радњи, и слично.

Главни претрес се, у поступку по жалби, у редовном кривичном поступку, одржава, када је потребно да се, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, изведу нови, или понове већ изведени докази, и ако не постоје оправдани разлози да се предмет не враћа првостепеном суду на одлучивање (чл. 377. ст. 1. ЗКП). Сврха одржавања главног претреса, у поступку по жалби, није иста у кривичном поступку према малолетницима. У овом поступку, главни претрес се одржава ако је, на основу жалбе јавног тужиоца за малолетнике, могуће изрећи казну малолетничког затвора, или заводску васпитну меру, под условом да ове кривичне санкције нису изречене у првостепеном поступку (чл. 81. ст. 1. ЗМ)

У поступку по жалби, првостепена пресуда, односно решење, испитује се у границама основа и разлога, наведених у жалби, уз проширивање обима преиспитивања побијане одлуке, сходно општим одредбама Законика о кривичном поступку (чл. 380). Проширивање обима побијања судске одлуке, донете у поступку према малолетницима, преко границе омеђене наводима жалиоца, представља оживотворавање интенције законодавца о оптималном нивоу заштите малолетника. Међутим, испитивањем појединих недостатака решења о изрицању васпитних мера, по службеној дужности, одступа се од правила да се, у поступку по жалби на решења, не проширује обим преиспитивања побијаног решења, ван навода жалбе. Ова промена опште физиономије жалбе на решење о изрицању васпитних мера, логична је последица чињенице да се, решењем о изрицању васпитних мера, мериторно одлучује, за разлику од већине решења, којима се одлучује о процесним питањима. Осим тога, малолетник у поступку, чији је примарни циљ његова заштита, не може имати мања права од пунолетног окривљеног.

Одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, уопште се не предвиђа могућност тзв.

субјективног проширивања обима преиспитивања пресуде, у поступку по жалби на одлуке већа за малолетнике. Реч је о екстензивном дејству изјављене жалбе, применом установе *beneficium cohaesionis*. Не постоји ниједан разлог, који би онемогућавао да суд, у поступку по жалби на одлуке већа за малолетнике, позитивне ефекте жалбе, изјављене у корист једног малолетника, не прошири и на другог малолетника, ако је вођен јединствени поступак, и ако су испуњени услови, предвиђени Закоником о кривичном поступку (чл. 384).⁶

2.1.5. Одлуке другостепеног суда по жалби

Одлучујући по жалби, другостепено веће за малолетнике може донети следеће одлуке: да одбаци жалбу, као неблагоприятну или недозвољену; да одбије жалбу, као неосновану, и потврди првостепену одлуку; да укине првостепену одлуку, и предмет врати првостепеном суду, на поновно суђење, те да преиначи првостепену одлуку.

Начелно посматрано, другостепено веће за малолетнике може донети исте одлуке, као веће суда правног лека у редовном кривичном поступку. Међутим, постоји специфичност, у погледу преиначавања првостепене одлуке већа за малолетнике. Другостепено веће за малолетнике може преиначити првостепену одлуку (пресуду или решење) изрицањем теже санкције (малолетничког затвора или васпитне мере), само ако је то предложено у жалби (чл. 81. ст. 1. ЗМ). Уколико првостепеном одлуком није изречена заводска васпитна мера, или казна малолетничког затвора, а другостепено веће нађе да треба изрећи ове мере, изрицање ових санкција могуће је само на главном претресу. Међутим, ако је првостепеном одлуком (пресудом или решењем) изречена казна малолетничког затвора, или заводска васпитна мера, другостепено веће може, и у седници већа, преиначити првостепену одлуку, и изрећи казну малолетничког затвора, у дужем трајању, или тежу заводску меру (чл. 81. ст. 2. ЗМ).

Другостепено веће за малолетнике одлучује пресудом, када у седници већа изриче казну малолетничког затвора, у дужем трајању, или када, после одржаног претреса, изрикне казну малолетничког затвора, док је у свим другим случајевима, одлука у форми решења.

У другостепеном поступку према малолетнику, важи забрана *reformatio in peius* (забрана преиначења на горе), предвиђена одредбом чл. 382. Законика о кривичном поступку. Реч је о установи, чији је *ratio legis* стимулисање изјављивања жалбе у корист окривљеног, без бојазни да се то негативно одрази на њега самог.⁷ Ова забрана, у редовном кривичном поступку, важи ако је прав-

⁶ Више о овој установи види: др Саша Кнежевић, *Повластица повезаности у кривичном поступку, Правни живот-тематски број, Право и универзалне вредности, Београд, 2005, Том I, бр. 9, стр. 991-100.*

⁷ Др Саша Кнежевић, *Забрана reformatio in peius у кривичном поступку, Правни живот.*

ни лек изјављен само у корист окривљеног. *Mutatis mutandis* то би значило да се, ако је жалба изјављена само у корист малолетника, малолетнику не може изрећи тежа васпитна мера, односно казна малолетничког затвора, нити се одлука може изменити на штету малолетника, у погледу правне квалификације дела. Међутим, у поступку према малолетницима, забрана *reformatio in peius* има шири домашај. Наиме, побијана одлука, већа за малолетнике, може се, у поступку по жалби, преиначити изрицањем теже санкције малолетнику, само ако је то, у жалби, захтевано (чл. 81. ст. 1. ЗМ). Значи, малолетник ужива процесне бенефите, не само када је изјављена жалба искључиво у његову корист, већ и због немогућности суда да изрекне тежу санкцију, без жалбе јавног тужиоца у том смеру. Оваквим садржајним одређењем ове процесне концесије малолетнику, поступа се у смеру оживотворавања протективних тенденција у поступку према малолетницима.

2.2. Ванредни правни лекови

Правноснажност судске одлуке, донете и у кривичном поступку према малолетницима, не значи да је одлука трајно непроменљива. Под законом предвиђеним условима, могу се, подношењем ванредних правних лекова, побијати и правноснажне судске одлуке. Систем ванредних правних лекова, пружа довољно могућности за обеснаживање правноснажних судских одлука, које је веће за малолетнике донело.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, изричито предвиђа захтев за заштиту законитости и захтев за понављање кривичног поступка. Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, и захтев за ванредно ублажавање казне, иако нису изричито предвиђени, могли су се подносити у кривичном поступку према малолетницима, према општим одредбама Законика о кривичном поступку, које су важиле до измена и допуна овог законика, из 2009. године. Међутим, ступањем на снагу ових измена и допуна (септембра 2009. године), нестао је и нормативни оквир за изјављивање ових ванредних правних лекова, у поступку према малолетницима.

2.2.1. Захтев за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости, против правоснажних одлука, донетих у поступку према малолетницима, може се поднети када је, судском одлуком, *повређен закон*, и када је малолетнику *неправилно изречена казна*, или *васпитна*

тематски број, Право и хумана будућност, Београд, Удружење правника Србије, 2006, бр. 9, Том I, стр. 899-909.

мера (чл. 82. ЗМ). Насупрот томе, захтев за заштиту законитости, у редовном кривичном поступку, може се поднети против правоснажне пресуде, или судског поступка, који је претходио правоснажним одлукама, против којих се подиже захтев, ако је њима, повређен закон (чл. 419. ЗКП). Специфичност је дакле, да се у кривичном поступку према малолетницима, као основ за подношење овог ванредног правног лека, јавља неправилна (не само незаконита) одлука о казни или васпитној мери, што донекле мења физиономију захтева за заштиту законитости. Полазећи од ове специфичности, основ за подношење захтева за заштиту законитости, у поступку према малолетницима, може бити учињена неправилност у избору изречене васпитне мере, уколико је веће за малолетнике погрешило приликом процене, да ли у конкретном случају треба казнити малолетника, или му изрећи васпитну меру, или ако је, у постојећем законском распону, погрешно одмерена казна малолетничког затвора.

Несумњиво је и да је свака незаконита и неправилна одлука, већа за малолетнике, основ за подношење захтева за заштиту законитости. Међутим, у теорији, егзистира и став, да повреда поступка, који је претходио доношењу правоснажне пресуде, у поступку према малолетницима, не може бити основ за подношење овог ванредног правног лека.⁸ Ово гледиште темељи се на граматичком тумачењу законске одредбе о условима за изјављивање захтева за заштиту законитости, у поступку према малолетницима (чл. 82. ЗМ). Чини се да граматичко тумачење не може имати примат, у односу на логичко и телеолошко тумачење законске норме. Не може се правити разлика у дејству апсолутних правних недостатака судских одлука, у зависности да ли је њима повређено материјално или процесно право! Незаконит поступак не може исходovati законитом одлуком. Стога, *de lege ferenda*, треба преформулисати законску одредбу, да би било недвосмислено јасно, да основ за подношење захтева за заштиту законитости представљају и повреде поступка, који је претходио доношењу правоснажне одлуке већа за малолетнике.

Проширени процесни опсег захтева за заштиту законитости, у поступку према малолетницима, не наилази на унисоно одобравање, у теорији кривичног процесног права. Истиче се, да се анулирањ, или измена, неправилних судских одлука, у овом поступку, може предупредити обуставом извршења или изменом одлуке о васпитним мерама. Осим тога, у поступку, иницираном захтевом за заштиту законитости, могу се неутралисати само оне незаконитости, које штете интересима малолетника. Због декларативног карактера одлуке, донете у поступку по овом ванредном правном леку, поднетом на штету малолетника, опстаје незаконито дејство побијане правоснажне пресуде, чиме би се оштетили општедруштвени интереси малолетника.⁹ Овим схватањем се, у неку руку, изражава резерва према процесној преференцији окривљеног, у виду декларативног дејства одлуке, донете у поступку по захтеву за заштиту

⁸ Фрањо Хирјан и Младен Сингер, *Малољетици у кривичном праву*, Загреб, 1987, стр. 504.

⁹ *Ibid.*

законитости, поднетом на штету окривљеног. Наведена законска могућност, иначе, представља оживотворење законом признате процесне повлашћености окривљеног, у одређеним ситуацијама (тзв. *favor defensionis*), мотивисане разлозима просесне равноправности кривичнопроцесних странака.¹⁰ Утолико пре, процесне концесије требало би да ужива малолетник.

Имајући у виду више пута наглашену протективну улогу поступка према малолетницима, може се сматрати да би, елиминисање проширеног процесног домаћаја захтева за заштиту законитости, у поступку према малолетницима, представљало поступање противно овој интенцији законодавца. Могућношћу да, подношењем захтева за заштиту законитости, обеснажи правноснажну пресуду, малолетнику се пружа последња прилика да, у односу на себе, отклони ограничења, која нужно проистичу из опстанка правноснажне пресуде. То што постоје могућности да се одлука већа за малолетнике, о изрицању васпитних мера, може анулирати или супституисати, и пре правноснажности, не треба да значи да та могућност не би требало да постоји и по правноснажности одлуке већа за малолетнике. Уосталом, у супротном, могао би се извући закључак о сувишности правних лекова у поступку према малолетницима! Доследност у изградњи законске физиономије неког правног лека, па и неког института уопште, не би смела да има примат, у односу на обезбеђивање оптималног нивоа заштите малолетника, као једног од најзначајнијих циљева поступка према малолетницима. Чињеница је и да сам законодавац није доследан у конципирању физиономије захтева за заштиту законитости, у редовном кривичном поступку, јер допушта да се овим правним леком, предвиђеним за побијање правних недостатака правноснажних пресуда, у изузетним ситуацијама, побија и чињенично стање! Реч је о законској могућности понављања кривичног поступка по захтеву за заштиту законитости, “ако се појави знатна сумња у истинитост одлучних чињеница” (чл. 426. ЗКП).

Ексклузивно право на подношење захтева за заштиту законитости, као и у редовном кривичном поступку, има надлежни јавни тужилац (у овом случају јавни тужилац за малолетнике). Он ће поднети овај правни лек, уколико сматра да је чињенично стање правилно утврђено, али је закон, на тако утврђено чињенично стање, погрешно примењен, или ако процени да постоје неправилности код примене казне, или васпитне мере.

О основаности захтева за заштиту законитости одлучује суд, одређен републичким законом (Врховни касациони суд Србије). При решавању захтева за заштиту законитости, суд је ограничен на испитивање повреда закона и на неправилности одређене кривичне санкције, на које је јавни тужилац указао, без проширивања обима преиспитивања правноснажне одлуке (што је случај код жалбе).

¹⁰ Види: др Саша Кнежевић, *Предност одбране у поступку по правним лековима*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2002, бр. 42, стр. 263-282.

Захтев за заштиту законитости може се поднети у корист, али и на штету малолетника. Ако је захтев поднет на штету малолетника, може се донети само декларативна пресуда. То произлази из општих одредаба о овом ванредном правном леку, које се сходно примењују и у кривичном поступку према малолетницима.

2.2.2. Захтев за понављање кривичног поступка

Захтев за понављање кривичног поступка ванредни је правни лек, којим се правоснажна судска одлука побија, због недостатака у утврђеном чињеничном стању, с циљем да се ови недостаци отклоне, и донесе правилна и законита одлука. Међутим, понављање кривичног поступка није могуће против правоснажног решења, којим је поступак према малолетнику обустављен, јер се овај правни лек може поднети искључиво у корист осуђеног (у овом случају малолетника).

У погледу основа за понављање, сходно се примењују општа правила, предвиђена Закоником о кривичном поступку. Понављање кривичног поступка могуће је, када се појаве нове чињенице и докази, који указују на то, да је правоснажна одлука заснована на погрешном или непотпуном чињеничном стању. Сходну примени основа, предвиђеног чл. 407. ст. 1. тач. 3. (ако нове чињенице, или нови докази, могу да доведу до осуде по блажем закону) требало би тумачити на следећи начин: да је услов за понављање поступка утврђени утицај нових чињеница на измену изречене васпитне мере. Притом се, у поновљеном поступку, не би могла изрећи васпитна мера неповољнија по малолетника, због чињенице да је могуће само понављање поступка у корист малолетника.

Примена основа за понављање кривичног поступка, предвиђеног тач. 5. чл. 407. ст. 1. ЗКП (осуда за продужено, или слично кривично дело, за које се појаве нови докази, који указују да окривљени није учинио дело обухваћено правноснажном одлуком) значи, да се понављање спроводи, не да би се изменила санкција, већ да би се васпитна мера прилагодила утврђеним чињеницама о личности малолетника.¹¹

Кривични поступак, окончан правоснажном судском одлуком већа за малолетнике, може се поновити, без претходног коришћења жалбе, а захтев за понављање поступка могу поднети странке и бранилац, и то без временског ограничења.

Захтев за понављање кривичног поступка подноси се суду, који је у ранијем поступку судио у првом степену. По могућству, у већу не би требало да учествује судија, који је учествовао у доношењу одлуке у поступку, чије се понављање тражи (сходна примена чл. 409. ст. 3. ЗКП).

¹¹ Проф. др Љубиша Лазаревић, проф. др Момчило Грубач, Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, "Јустинијан", Београд, 2005, стр. 151.

У поступку понављања кривичног поступка према малолетницима, важи повластица повезаности. Када је суд дозволио понављање поступка, а нађе да разлози за понављање постоје и за саоптуженог, који није поднео захтев, поступиће по службеној дужности, као да такав захтев постоји (чл. 411. ЗКП).

Општа правила, о тзв. *неправом понављању* кривичног поступка, не могу се сходно применити у кривичном поступку према малолетницима. То је последица чињенице, да у овом поступку важе специфична правила за одмеравање казне, за дела извршена у стицају. Наиме, у поступку према малолетницима, не утврђује се санкција за свако кривично дело понаособ, већ се изриче јединствена казна, с обзиром на укупну ситуацију малолетника. Стога се, у овом случају, не могу применити законске одредбе о преиначењу пресуде, без понављања поступка.¹²

Забрана суђења малолетницима у одсуству, чини излишним понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног, као посебног случаја понављања кривичног поступка. За разлику од обуставе извршења васпитне мере, или измене одлуке о васпитној мери, које се доносе на основу резултата постигнутих применом васпитне мере, понављање поступка могуће је искључиво на основу појаве нових чињеница и доказа, без обзира на успех третмана, одређеног васпитном мером.

12 Др Војислав Ђурђић, *Правни лекови у кривичном поступку према малолетницима, Зборник радова са међународног научног скупа "Кривичноправна питања малолетничке делинквенције", Београд, 2008, стр. 216.*

Saša Knežević, PhD
Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law

ANNULMENT OF EFFECTS OF THE CRIMINAL SANCTIONS PRONOUNCED TO THE JUVENILES

Summary

Unlike the spectrum of diversion measures like reaction to the minor delinquency, criminal sanctions which can be imposed to the juveniles can not be completely lack of retributive elements. Therefore, the normative framework of the juvenile delinquency reaction should be complemented by instruments for legal invalidation of the decisions, which do not contribute to the objectives of social response to this kind of unlawful conduct of minors.

The role of the court, in the process of the minor offender rehabilitation, does not end with the imposition of corrective measures. The court, in the exercise of supervision over the implementation of measures imposed may suspend enforcement of the educational measure, or replace imposed educational measure. Under the statutory requirements, retrial of the ordered educational measures is possible too.

Decisions about the imposition of the criminal sanctions, which are adopted in the procedure against juveniles, which are not weighed by the authority of the juvenile court during the supervision over the educational measures execution, may be invalidated by filing appeals and extraordinary remedies. In proceedings which are initiated by the remedies, aimed at the juvenile court's decision, there are some specifics. This primarily refers to the procedure regarding the request for protection of legality, by which the physiognomy of this remedy somewhat is changed. By this remedy it is possible to annul the decision and the irregularity of the criminal sanctions imposed on juveniles, which in the ordinary criminal procedure is not possible.

Key words: *control, suspension, modification of the remedies, corrective measures.*

СПОРАЗУМИ О СВЕДОЧЕЊУ И СВЕДОК САРАДНИК

Др Божидар Бановић*
Миломир Веселиновић**

Апстракт: Овај рад анализира процесне институте новог Законика о кривичном поступку из 2011.године, споразуме тужиоца са окривљеним, односно осуђеним о њиховом сведочењу у кривичном поступку. Поред низа добрих страна, најновијим решењима може се ставити одређени број примедби. Прописујући споразум о сведочењу окривљеног, у тексту ЗКП преплићу се три поступка: поступак против окривљеног, поступак за организовани криминал или ратни злочин и поступак у вези самог споразума о сведочењу, што може отворити простор за различита тумачења и вероватне проблеме. Следећа примедба односи се на чињеницу да је у рукама јавног тужиоца концентрисано превише овлашћења, што би могло произвести последицу да се „о свему се може договорити“. На тај начин у питање се озбиљно доводи начело материјалне истине, а улога суда своди на „pro forma“. Договарање око финансијских аспеката кривичне ствари, није увек у складу са начелом правичности, јер настаје ситуација у којој се два субјекта договарају о новцу трећег. На крају, аутори не виде разлоге за различит положај окривљеног сарадника и осуђеног сарадника у погледу имовинског дела споразума.

Кључне речи: Законик о кривичном поступку, споразум о сведочењу, окривљени сарадник, осуђени сарадник, сведок сарадник.

Увод

Започињући већ и само размишљање на тему споразума јавног тужиоца са окривљеним, односно осуђеним - о сведочењу¹, као новом институту новог Законика о кривичном поступку (ЗКП/2011), поставља се више дилема. Прва је да ли треба ову радњу сврстати у *специјалне истражне методе*, како Маринковић² назива корпус доказних радњи и средстава које се користе

* Др Божидар Бановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

** Миломир Веселиновић, виши саветник, Министарство одбране Републике Србије

¹ ЗКП, чл. 320–330. „Службени гласник РС“, бр. 72/2011.

² Маринковић, Д.: *Сузбијање организованог криминала – специјалне истражне методе*, Београд, 2010, стр. стр. 207. Сматрајући адекватним да изрази суштину свих посебних метода,

(углавном) у борби против организованог криминала, или једноставно следи логику и језик новог ЗКП и приказати ове институте као самостална, нова законодавна решења. Дилема је у толико присутнија, јер су ови споразуми веома слични процесним решењима из претходног Законика о кривичном поступку (ЗКП/2001-2009), које он сврстава у „Посебне мере органа гоњења за откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела.“³

Намера овог рада је да покуша да разреши ове дилеме, изнесећи сличности и разлике ових института, кроз приказ овог новог процесног решења ЗКП/2011 и поређење са текстом ЗКП/2001-2009.

Доношењем ЗКП/2001-2009 уз све измене и допуне које су уследиле, десиле су се велике промене у домаћем кривичнопроцесном законодавству. Донет после двадесетпетогодишњег трајања претходног ЗКП и, готово тектонских, друштвених и разних других промена на нашим просторима, ЗКП/2001-2009 имао је задатак да створи нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, у условима нараслог обима и промењене структуре криминала, али и озбиљног „устоличења“ организованог криминала код нас, а да истовремено води рачуна да то не утиче на слободу и права човека и грађанина, гарантоване међународним актима и националним законодавством.

Бејатовић у том смислу каже да је као последица сазнања да се поједини тешки облици криминала који спадају у тзв. организовани криминал не могу ефикасно откривати и доказивати средствима и методама која нуди општи кривични поступак у наше кривичнопроцесно законодавство, почев од 2001. године, уведено је низ процесних средстава и метода у поступку расветљавања ових кривичних дела.⁴

Наравно, ЗКП/2001-2009 ни из далека није био савршен, те је трпео измене скоро од самог почетка⁵, све до доношења (потпуно) нових Законика 2006. године⁶ и у другој половини 2011. године⁷.

поступака, мера, радњи и сл. и обухвати већину термиолошка разликовања, у овом раду ћемо користити поменути назив који нуди Маринковић.

³ ЗКП, чл. 504м- 504ћ, «Службени лист СРЈ», бр. 70/2001, 68/2002, «Службени гласник РС», бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009.

⁴ Бејатовић, С.: Кривичнопроцесно законодавство: прогресивна или регресивна решења.- У: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења*, Зборник, Београд – Будва, 2005, стр. 59.

⁵ Више: Исто, стр. 53.

⁶ Овај Законик стављен је ван снаге Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (2001) из 2009. године. О решењима тог Законика, који никада није почео да се примењује, више: Шкулић, М.: Специјалне истражне технике у функцији сузбијања организованог криминалитета. –У: *Друштвени аспекти организованог криминала*, Зборник радова, Београд, 2011.

⁷ Нови Законик о кривичном поступку донет је 26.09.2011. године, а примењиваће се sukcesивно од 15.01.2012. и 15.01.2013. године.

Идеја да се против различитих облика друштвено недопустивог понашања организовано друштво бори различитим специјалним и посебним методама, није нова и није чист продукт данашњице. Напротив, поједине од њих појавиле су се одавно и подразумевале су инкорпорисање различитих облика „поткупљивања“ сведока, праштања или умањења казне саучесницима, различитих елемената шпијунског, обавештајног, контраобавештајног деловања и рада, све у циљу да главни кривци доспеју у руке правде. Најбољи пример је установа тзв. *крунског сведока* која, историјски гледано, потиче још из средњег века, када су се органи гоњења ослањали на новчане награде које би давали одређеним лицима да би она сведочила, или би се ослањали на исказе сукриваца који су називани *сведоцима круне* (*Crown Witnesses*) и који би потом добијали разне погодности, а пре свега блаже кажњавање.⁸

Говорећи о различитим модалитетима института сведока сарадника у упоредном праву, Шкулић институт *крунског сведока* сматра сличним процесним субјектом са „веома сликовитим називом“ који „већ традиционално постоји у неким упоредним кривичнопроцесним законодавствима, а поред њега, постоје и други слични процесни механизми, који се свде на подстицање одговарајуће кооперативности лица која и сама могу да буду кривично гоњена, или се већ кривично гоне, уколико пристану да својим сведочењем допринесу осуди неког другог окривљеног, који по оцени надлежних органа представља већу опасност“⁹, док, на пример за решење у аустријском законодавству сматра да се практично своди на веома слична правила која постоје у нашем Законику о кривичном поступку, у погледу претежнијег значаја исказа сведока сарадника у односу на штетне последице кривичног дела које је учинио¹⁰.

Институт крунских сведока данас представља специфично процесно решење присутно у великом броју упоредних релевантних законодавстава, које фактички означава посебан вид законом допуштене и стимулисане процесне трансформације окривљеног у сведока. Карактеристично је да су сва процесна решења веома слична и углавном се ради о некој врсти „договарања“ између тужиоца и потенцијалног сведока сарадника, што потом потврђује суд.

⁸ Шкулић, М.: Сведок сарадник у кривичном поступку за дела организованог криминала.-У: *Организовани криминалитет стање и мере заштите*, Зборник радова, Београд, 2005, стр. 214, 215.

⁹ Исто, стр. 213, 214.

¹⁰ Шкулић, М.: *Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд, 2003, стр. 367.

1. Сведок сарадник у нашем законодавству

1.1. Период од 2001. до 2009. године

Институт сведок сарадник је у наше законодавство уведен Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2002. године,¹¹ у оквиру главе XXIXа – *Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала*.

У почетку, ЗКП је у оквиру одредби које се тичу кривичне пријаве и овлашћења органа преткривичног поступка (глава XVIII), регулисао само надзор и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања лица (члан 232. и 233.). Већ првим изменама и допунама из децембра 2002. године, палета ових мера се проширује. Наиме, у оквиру поменутих посебних одредби, у члану 504љ прописује се да, под одређеним условима, на захтев јавног тужиоца, истражни судија може „поред мера из чл. 232. и 233. да одобри и примену мера пружање симулованих пословних услуга, склапање симулованих правних послова и ангажовање прикривених иследника“, односно чланом 504о меру контролисане испоруке.

Снимање разговора и оптичка снимања лица остају у оквиру главе XVIII, а прописујући додатне мере, законодавац у тексту прави „конекцију“ ових мера. Ово, међутим, не чини са мером сведок сарадник, која је такође прописана предметним изменама ЗКП-а, члановима 504д- 504и. Према овим одредбама јавни тужилац је могао да предложи суду да се као сведок саслуша припадник криминалне организације против кога је поднета кривична пријава или се води кривични поступак за дело организованог криминала, под условом да постоје олакшавајуће околности на основу којих се према кривичном закону ово лице може ослободити од казне или му се казна може ублажити и ако је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање других кривичних дела криминалне организације претежнији од штетних последица кривичног дела које је учинио. Овај предлог тужилац је могао поднети до завршетка главног претреса.

1.2. Измене из 2009. године

Остављајући, у почетку, сведока сарадника изван корпуса посебних мера, стиче се утисак да законодавац овај институт некако посебно и третира. Ово се мења у тексту из 2009. године, да би најновијим решењем из 2011. године, нови Законик поново ову меру издвојио не само из набрајања посебних доказних радњи, већ у потпуно други део законика, о чему ћемо касније више говорити.

¹¹ *Службени лист СРЈ*, број 68, од 19. децембра 2002. године.

Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (2001) из 2009. године заменио је назив главе XXIXа, тако да је она гласила: *Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела*. Између осталог, у овој глави су прописане две врсте мера.

Најпре, ту су: мере органа гоњења за откривање и доказивање кривичних дела из члана 504а законика, где спадају надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација (чл. 504е-504з), пружање симулованих правних услуга и склапање симулованих правних послова (чл. 504и-504к), контролисана испорука (чл. 504л) и аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података (чл. 504љ).

Као посебне мере органа гоњења за откривање и доказивање кривичних дела које изврши криминална група или њени припадници (чл. 504а), прописао је мере: прикривени иследник и сведок сарадник. Сведок сарадник се тако сврстава у посебне мере органа гоњења за доказивање (само) кривичних дела организованог криминала - али не и корупције и других изузетно тешких кривичних дела, ако иста нису извршена од стране организоване групе или њених чланова.

Овде постоји нека врста дупле супсидијарности јер се ради о посебним мерама у оквиру наведене групе мера, а раздвајање је извршено према природи кривичних дела за чије се откривање и расветљавање могу користити.

2. Нови ЗКП - сведок сарадник или нешто друго?

За разлику од претходног, нови Законик не познаје институт сведок сарадник, али се није одрекао „услуга“ криминалаца који могу да дају драгоцене податке и пруже, често незамењиве доказе у поступцима против извршилаца најтежих кривичних дела. Нови ЗКП (ЗКП/2011) у оквиру главе XVI, *Истрага*, одељка 2., *Споразуми Јавног тужиоца и окривљеног*, прописује, поред споразума о признању кривичног дела и два института, такоређи идентична институту сведока сарадника: Споразум о сведочењу окривљеног - *окривљени сарадник* и Споразум о сведочењу осуђеног – *осуђени сарадник*.

С обзиром на висок степен сличности новог са претходном решењима у овом домену, у наредном делу овог рада биће детаљно приказане нове одредбе, са компаративним рефлексјама на претходни текст, нарочито у деловима где постоје битне разлике.

2.1. Споразум о сведочењу окривљеног - окривљени сарадник

Споразум о сведочењу за кривично дело за које је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности¹², јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса. Овај споразум може се закључити са окривљеним који је у потпуности признао да је учинио кривично дело, под условом да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела о којем ће сведочити (из члана 162. став 1. тачка 1) претежнији од последица кривичног дела које је учинио (**окривљени сарадник**).

За окривљеног сарадника не може бити предложен окривљени за кога постоји основана сумња да је организатор организоване криминалне групе. Приликом закључења споразума окривљени мора имати браниоца.

Можемо одмах да приметимо да нови Законик на самом почетку прави једну битну разлику у односу на претходни, јер сада окривљени сарадник може бити било који окривљени.

Члан 504о (ЗКП/2001-2009) прописивао је да сведок сарадник може бити лице чије испитивање као сведока предложи јавни тужилац, а које је: припадник организоване криминалне групе, који је признао да јој припада, против кога се води кривични поступак за кривично дело организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела (из члана 504а став 3. овог законика), под условом да је у потпуности признао извршење кривичног дела и ако је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање других кривичних дела организоване криминалне групе претежнији од последица кривичног дела које је учинио.¹³

Произилази да је сведок сарадник могао да буде само припадник криминалне групе и то управо групе против чијих чланова се води кривични поступак. Ово решење је било прилично лимитирајуће, с обзиром да активности једне криминалне групе могу бити познате и члановима неке друге криминалне групе или локалним, па и ситнијим криминалцима. ЗКП/2011 својим решењем оставља већи маневарски простор органима гоњења.

Пре закључења споразума о сведочењу јавни тужилац ће позвати окривљеног да самостално и својеручно, што детаљније и потпуније, истинито опише све шта зна о кривичном делу поводом којег се води поступак и о другим делима за које које је посебним законом одређено да поступа јавно ту-

¹² Закон о јавном тужилаштву („Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011), чл. 13.: Јавна тужилаштва посебне надлежности су Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине.

¹³ Више: Жарковић, М.: *Криминалистичка тактика*, Београд, 2010, стр: 287, 289.

жилаштво посебне надлежности (из члана 162. став 1. тачка 1) овог законика. Тужилац ће окривљеном за припремање ове изјаве оставити одређени временски рок, који не може бити дужи од 30 дана. Уколико је окривљени неписмен, диктираће прелиминарни исказ у апарат за снимање гласа.

Ове одредбе готово су идентичне као и у претходном тексту, осим општих разлика у погледу кривичних дела о којима може да сведочи овај сведок. Према ЗКП/2011, то су кривична дела за које је предвиђено поступање тужилаца посебне надлежности, док су према претходном то (само) кривична дела организованог криминала.

Споразум о сведочењу сачињава се у писаном облику и подноси се суду до завршетка главног претреса. ЗКП прописује да ће се уз споразум приложити и записник о исказу који је окривљени дао.

Овде је нејасно шта је садржина овог записника. Ако окривљени фактички сачињава својеручну изјаву, о чему ће се сачинити записник? Једини закључак је да се ради о записнику о „давању исказа“ неписменог окривљеног, када ће се у ствари садржај диктираног прелиминарног исказа преписати у записник. Уколико је ово и била намера законодавца, сматрамо да је могла бити конкретније изражена. Врло слично је и решење у претходном тексту (ЗКП/2001-2009), али чак нам се чини да је за нијансу јасније. Он прописује (чл. 504п. ст.3.) да ће сва упозорења (на обавезе сведока сарадника и погодности које може остварити) и исказ (неписменог) сведока сарадника јавни тужилац унети у записник, који ће потписати и сведок сарадник, и који се потом прилаже уз предлог јавног тужиоца о сведочењу (из члана 504о став 1). Ново питање је: шта се дешава са писаном изјавом сведока сарадника? Ко је користи, када, итд.? Ово питање се са јачом интонацијом поставља код новог ЗКП, јер, према старом, сведок сарадник сведочи у истом поступку у којем је био (са)окривљени, али шта када имамо поступак за крађу пред Основним судом у Лесковцу чији извршилац нуди информације о ратном злочину? Ко склапа споразум? Када Основни ЈТ доставља изјаву ЈТ посебне надлежности? Којим документом се он изјашњава да су му ова сазнања битна, итд.?

Елементи поменутог записника у новом ЗКП садржани су у споразуму тужиоца и окривљеног.

Законик даље детаљно прописује садржину споразума о сведочењу.

Споразум садржи:

1. Опис кривичног дела које је предмет оптужбе;
2. Изјаву: да у потпуности признаје кривично дело; да ће дати исказ о свему што му је познато о кривичном делу о коме ће сведочити и да ништа неће прећутати; да је упозорен на дужности да говори истину и да не сме ништа да прећути, као и да давање лажног исказа представља кривично дело (опште дужности сведока из члана 95. став 1.); да је упозорен на дужност да положи

заклетву (обавеза сведока из члана 96. овог законика); да је упозорен на погодности које му се стављају у изглед уколико испуни своје обавезе из споразума (могућност да буде ослобођен од казне, да тужилац одустане од кривичног гоњења, споразум о врсти и мери или распону казне, чл. 321/1/3); да се не може позвати на погодност ослобођења од дужности сведочења у вези са лицем са којим живи у браку, ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродника по крви у правој линији, у побочној линији до трећег степена, тазбинског сродника до другог степена и усвојеника и усвојитеља (члан 94. став 1.); да се не може позвати на погодност ослобођења од дужности одговарања на поједина питања, ако је вероватно да би тиме изложио себе или лице са којим живи у браку, ванбрачној или другој трајној заједници живота, тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу (чл. 95. ст. 2.);

3. Споразум о: врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена; ослобођењу од казне или; обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења окривљеног, уколико да исказ у складу са обавезама које је преузео споразумом, тј. које су наведене у поменутој изјави (у случају давања исказа на главном претресу у складу са обавезама из тачке 2. овог става);

4. Споразум о: трошковима кривичног поступка; одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом; имовинскоправном захтеву, уколико је поднет;

5. Изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум;

6. Потпис странака и браниоца.

Поред ових података, споразум о сведочењу може садржати и споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног.

Овде фактички имамо два споразума: споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу. Да би окривљени уопште ушао у „поступак“ преговарања, потребно је да у потпуности призна „своје“ кривично дело. Законик оба ова споразума детаљно регулише и сматрамо да се ради о напретку у односу на претходни текст.

О споразуму о сведочењу окривљеног одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице одлуку доноси председник већа.

Решење о одбацивању, прихватању или одбијању споразума о сведочењу окривљеног доноси се на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и бранилац.

Да укажемо овде на неке недоумице. У предметним одредбама о окривљеном сараднику и осуђеном сараднику, имамо стално преплитање три поступка: поступак против будућег сведока за кривично дело које је он из-

вршио; поступак „посебне надлежности“, где ће овај бити сведок ако се споразуме са ЈТ, и поступак, да га тако назовемо – за закључење споразума. Читајући поменуте одредбе, често није баш одмах јасно о којем поступку је реч и који суд је за шта надлежан. Шематски приказ: лице А је окривљено за крађу. Оно нуди тужиоцу податке о организованом криминалу или ратним злочинима у замену за: ублажавање казне, неплаћање судских трошкова, неплаћање или мање плаћање штете оштећеном која је настала као последица извршења његовог кривичног дела. Којем тужиоцу ће понудити договор? Односно: да ли је то ЈТ који њега гони за крађу, а то може бити основни ЈТ у било ком месту у Србији? Да ли је он компетентан да процени валидност података које је будући сведок окривљени, односно осуђени навео у поменутој својеручној изјави, за поступак из домена рада тужиоца посебне надлежности. Ако претпоставимо да је законодавац имао у виду да је ово могуће остварити у пракси и без уплитања ЗКП-а (с обзиром на природу односа и принцип субординације у јавном тужилаштву), поставља се ново питање: у ком року ови тужиоци треба да се договоре? Настављајући (претпостављени) шематски приказ - ЈТ посебне надлежности ће потом предложити његово сведочење пред посебним одељењем суда, те ако је све у реду, споразум производи дејство.

Даље, текст ЗКП (нпр. у чл. 321.ст. 1. т. 5, чл. 322, чл. 323. Ст. 1. т. 2.) оставља простора и за недоумице који ће суд о чему одлучивати, али и: који тужилац, као странка у поступку, се одриче права на жалбу? Коју жалбу, тј. у ком поступку (на решење о споразуму или на пресуду којом се прихватају сви елементи споразума, а сведок, нпр. ослобађа од казне? С тим у вези се поставља питање: који ће се онда ЈТ позвати на рочиште на ком се расправља о споразуму? Поставља се, такође и питање: о чему ће се споразумевати у погледу имовине прибављене кривичним делом ако је императивно прописано њено одузимање као и имовине проистекле из кривичног дела?

Сматрамо да је законодавац овде имао у виду споразум о признању кривичног дела који окривљени склапа са поступајућим ЈТ за кривично дело које је он (будући сведок) извршио, који производи дејства према окривљеном када овај испуни своје обавезе, али је то требало јасније рећи. Једно од тумачења могло би да буде да ће споразум закључити тужилац посебне надлежности, пред судом посебне надлежности који онда, фактички пресуђује за кривично дело које је извршио сарадник окривљени (у нашем примеру- тешка крађа у Лесковцу).

Следећа недоумица је: како два човека могу да се договоре о новцу трећег? С обзиром да ЗКП није децидан, гледано *stricti juris*, ЈТ и сведок окривљени могу се договорити да се штета оштећеном не плати, а могуће је и тумачење да ово може падне на терет буџета РС? Било која варијанта претпостављеног исхода је више него неправична.

Рецимо, овде и да је ЗКП/2001-2009. прописао поступак за жалбу у случају одбијања предлога ЈТ за сведочење, што ЗКП/2011 не чини, препуштајући (вероватно) ово питање општим правилима за жалбу на решење суда, с тим што процесни закони обично предвиде могућност жалбе на решења које суд донесе у току поступка, прописујући је или као посебну жалбу или у оквиру жалбе на пресуду.

ЗКП/2001-2009 прописивао је да се одлука о предлогу ЈТ доноси у року од 30 дана од дана подношења, што ЗКП/2011 не чини. Поставља се питање, зашто? Осим тога, овде се поставља и питање колико се тога оставља на слободу ЈТ? Ако бисмо круто тумачили одредбе о споразумима ЈТ са окривљеним (и осуђеним), могло би се чак рећи да су сва овлашћења коцентрисана у рукама ЈТ, а да је суд ту само да „аминује“ оно што су се ове две странке договориле.

Приликом доношења решења о одбацивању споразума о сведочењу окривљеног сходно се примењују одредбе о одбацивању споразума о признању кривице (из члана 316. овог законика).

Код одрицања од права на „жалбу против одлуке којом је суд у потпуности прихватио споразум“ (о признању кривичног дела, чл. 314. ст. 1. т. 5.), Законик прописује изузетак („...осим у случају из члана 319. став 3.“), који се односи на ситуацију у којој суд донесе пресуду о прихватању споразума о признању кривичног дела, а постојали су услови за обуставу постука (из чл. 338/1) због тога што: предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; је кривично гоњење застарело, или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење или нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе. У овим случајевима окривљени, који је признао кривично дело приликом закључивања споразума о признању кривичног дела, има право на жалбу против пресуде о прихватању споразума. Сходна примена указује на постојање оваквог права и код закључења споразума о сведочењу.

Када се ради о наведеном „одрицању странака и браниоца од права на жалбу...“ поставља се питање: да ли се ради о одлуци суда који суди у постуку за крађу (из нашег примера) или о решењу о одбијању, односно одбацивању споразума? Ако се мисли на поступак против окривљеног који ће бити сведок, требало је то јасније рећи. Тим пре што се овде ради о троструко упућујућим нормама: чл. 322. ст. 3. упућује на чл. 316., који у ст.1. т.1. упућује на чл. 314. ст. 1., а овај на чл. 319. ст. 3.

Дакле, није одмах јасно да је реч о поступку против окривљеног (за тешку крађу). Све дилеме су могле бити разрешене прецизирањем или објашњењем појмова. Преплитање термина „решење о одбацивању/прихватању/одбијању споразума о сведочењу“ и „одлука којом је суд у потпуности прихватио споразум“, а ради се о пресуди против окривљеног сарадника којом је суд у потпу-

ности прихватио споразум (могли бисмо је назвати и пресудом о прихватању споразума), стварају приличну конфузију.

Суд ће решењем **прихватити** споразум о сведочењу окривљеног, ако утврди:

1. да је окривљени свесно и добровољно пристао да сведочи под условима из споразума о сведочењу (предвиђеним чланом 321. став 1. тачка 2) законика;

2. да је окривљени у потпуности свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума;

3. да је казна или друга санкција или мера, ослобођење од казне или одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења предложен у складу са одредбама овог законика или кривичног закона.

У вези самог прихватања споразума и решења које се поводом тога доноси, не треба ништа коментарисати. У погледу олакшица за сведока сарадника у смислу одмеравања казне, претходни ЗКП зашао је у материју материјалног права и прописао да се „сведоку сараднику који је суду дао исказ у складу са обавезама из члана 504п, утврђује минимална казна прописана Кривичним закоником за кривично дело које је признао и за које је у поступку доказано да га је учинио, а затим се тако утврђена казна изриче умањена за једну половину, с тим што не може бити мања од 30 дана затвора“. Под одређеним условима суд може изузетно, на предлог јавног тужиоца, сведоку сараднику изрећи блажу казну или га ослободити од казне.

Нови законик нема ове одредбе већ индиректно прописује да се казна одређује према општим правилима КЗ и ЗКП (чл. 323. ст.1. т. 3). Поновићемо да се на овај начин одлука о казни или другој санкцији фактички оставља тужиоцу!

Такође, претходни ЗКП прописивао је (чл. 504р ст. 4) да ће, ако прихвати предлог јавног тужиоца, веће одредити да се из списка издвоје записници и службене белешке о ранијим исказима сведока сарадника које је дао као осумњичени или окривљени, и они се не могу употребити као доказ у кривичном поступку, осим „у случају из чл. 504т став 3“, односно да сведок сарадник не поступи у складу са преузетим обавезама или изврши ново кривично дело пре правноснажног окончања поступка. Ове одредбе о издвајању списка ЗКП/2011 не садржи, што је логично у ситуацијама попут нашег примера (тешка крађа у Лесковцу), али је можда требало задржати ову одредбу у ситуацијама када је окривљени сарадник (са)окривљени у кривичном поступку у коме ће, на основу споразума, сведочити.

Суд ће решењем **одбити** споразум о сведочењу окривљеног ако утврди: да постоје разлози за обуставу поступка (из члана 338. став 1.) или да није

испуњен један или више услова потребних за прихватање споразума (из члана 323. овог законика).

Када решење о одбијању споразума постане правноснажно, споразум о сведочењу и сви списи у вези са њим уништавају се у присуству судије који је донео решење (судија за претходни поступак или председник већа) и о томе се саставља записник. Овај судија не може учествовати у даљем току поступка.

Приликом испитивања на главном претресу, окривљени сарадник је дужан да говори истину и да не прећути ништа што му је о предмету суђења познато. Окривљени сарадник се испитује након саслушања оптужених и након испитивања се удаљава из суднице.

Сведок сарадник, према претходном ЗКП, даје свој исказ без присуства јавности, али је ЈТ могао да предложи супротно. Одлуку о овом предлогу доноси веће уз поштовање одређене процедуре у вези са сагласношћу сведока сарадника. С обзиром да нови законик прописује обрнуту процедуру, сматрамо да је требало конкретно предвидети и право окривљеног сарадника да затражи искључење јавности, као што је ова могућност дата ЈТ (чл. 366), или као посебан разлог за искључење јавности (чл. 363).

Решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења одлуке о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, под условом да је окривљени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума.

Управо ова одредба даје тежину нашим претходним коментарима, с обзиром да је суд (мада и овде није одмах јасно да се ради о поступку против окривљеног сарадника) везан споразумом. Наиме, ЈТ је са окривљеним (нпр. за тешку крађу у Лесковцу) сачинио споразум којим се овај ослобађа од казне и свих трошкова и надокнада, а за узврат ће сведочити против „ММ“, ратног злочинца. Решење о прихватању споразума доноси судија за претходни поступак суда пред којим се води поступак за тешку крађу. Веће које води овај поступак, има само да констатује да споразум постоји и да је окривљени испунио своје обавезе. Дакле, значај споразума је веома велики. Он залази у нека до сада неповредива општа начела кривичног поступка (нпр. начело материјалне истине), докази се не изводе пред судом, већ судеће веће само констатује неке чињенице итд. Због тога и дајемо себи за право да приметимо да одребе треба да буду јасне и недвосмислене.

Суд ће **ставити ван снаге** решење о прихватању споразума ако окривљени сарадник није испунио обавезе из споразума или ако јавни тужилац покрене истрагу против окривљеног сарадника, односно сазна за ранију осуђиваност и поднесе предлог суду за стављање ван снаге споразума (чл. 326. ст. 2.).

Уколико стави ван снаге решење о сведочењу окривљеног, суд ће споразум и све списе у вези са њим уништити у присуству судије који је донео решење (судија за претходни поступак или председник већа). О томе ће се саставити записник, а овај судија не може учествовати у даљем току поступка (чл. 324. ст. 2. и 3.).

Опет није одмах јасно који суд, који судија, ко покрене поступак и када? Наш лопов прекршио је обећање и није рекао све што зна о „ММ“ (све што је тврдио у својеручној изјави, односно што је диктирао у апарат за снимање гласа). Претпостављамо да ће за стављање решења ван снаге бити надлежан суд који је решење и донео. Који ЈТ ће покренути поступак (поново она малопређашња дилема, само у супротном смеру). Дакле како ће надлежни тужилац сазнати да наш „лопов“ није испунио обавезе? Сматрамо да би било логично да се у тој комуникацији, у оба случаја (смера), појави неки појединачни акт који ће читавој причи дати елеменат обавезности, или упућујућа норма на релевантни пропис. Текст ЗКП/2001-2009 је мало другачији, али се код њега не поставља ово питање с обзиром на то да је сведок сарадник учесник истог поступка.

2.2. Споразум о сведочењу осуђеног - осуђени сарадник

ЗКП прописује могућност да и осуђено лице може да сведочи у поступцима за кривична дела из домена рада тужиоца посебне надлежности и тиме оствари извесне погодности за себе. Ове одредбе су веома сличне онима о споразуму о сведочењу окривљеног, али са нужним изменама које су последица процесног положаја осуђеног у поступку који се води за кривично дело које је он извршио. Тачније, поступак је овде окончан, тј. санкција је изречена.

У погледу услова за закључење споразума, одредбе су готово истоветне. Разлика постоји у погледу садржаја споразума. Наиме, у овом споразуму прописана је обавеза јавног тужиоца да у року од 30 дана од дана када је осуђујућа пресуда, у поступку у којем је осуђени сарадник дао исказ, постала правноснажна, поднесе суду захтев за ублажавање казне. Који поступак је у питању, односно која пресуда треба да буде осуђујућа, те правноснажна (из нашег примера: за тешку крађу или за ратни злочин)? Потпуно је нејасно.

Постоји још једна разлика – овде је изостављен финансијски део споразума. Зашто законодавац овде не дозвољава споразумевање о трошковима поступка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинскоправном захтеву, уколико је поднет. Сматрамо да је требало оставити ову могућност, пре свега из разлога потпуног изједначавања положаја окривљеног и осуђеног - као сарадника, а практично је могуће и постићи споразум и спровести га и кад је започето извршење материјалних обавеза од стра-

не осуђеног. Уколико су ове обавезе извршене, то би требало онда имати у виду код споразумевања о казни.

Да би сведок осуђени остварио погодности из споразума, потребно је испунити још неке формалне захтеве, у смислу покретања поступка за **ублажавање казне** (тзв. неправо ублажавање).

Поступак за ублажавање казне¹⁴ покреће се на захтев јавног тужиоца посебне надлежности, ако је осуђени сарадник, у складу са споразумом (из члана 327. став 1.), дао исказ у поступку који је правноснажно окончан осуђујућом пресудом. Захтев за ублажавање казне подноси се у року од 30 дана од дана правноснажности ове пресуде (из става 1. овог члана). О захтеву за ублажавање казне одлучује суд који је судио у првом степену осуђеном сараднику, у седници већа. Пре доношења одлуке суд ће узети изјаву од осуђеног сарадника, а извршиће увид у решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног. Суд може пресудом одбити или усвојити захтев за ублажавање казне. Суд ће пресудом одбити захтев за ублажавање казне ако утврди да осуђени сарадник није у потпуности испунио обавезе из споразума о сведочењу. Суд ће пресудом усвојити захтев за ублажавање казне и преиначити правноснажну осуђујућу пресуду у погледу одлуке о казни и осуђеном сараднику изрећи казну у складу са чланом 330. овог законика (који прописује везаност суда решењем о прихватању споразума о сведочењу).

Суд овде фактички само констатује да ли је сведок испунио своје обавезе и „аминује“ споразум, с обзиром да је одлука суда о прихватању споразума обавезујућа за овај суд. Суд наизглед одлучује о три различите ствари. О казни за сведока осуђеног (у поступку за тешку крађу), затим, о споразуму о сведочењу. На крају још једном одлучује, али само формално, прихватајући у целости елементе споразума. Исто је и у случају сведока окривљеног – суд само констатује да постоји споразум и формално доноси пресуду, с обзиром да је све решено споразумом, о томе донето решење и све то је обавезујуће за суд. Решењем је пресуђено о кривици и санкцији!?

Претходни законик садржао је исто решење: „Јавни тужилац може предложити суду за сведока лице које је правноснажно осуђено за кривично дело организованог криминала (из члана 504а став 3.), под условом да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичних дела из члана 504а став 3. овог законика претежнији од последица кривичног дела за које је осуђен. Нови ЗКП каже само – осуђени, дакле лице које је осуђено за било које кривично дело, а не нужно кривично дело организованог криминала. Поред лица које је правноснажно осуђено као организатор организоване криминалне групе, за сведока није могло бити предложено лице које је правноснажно осуђено на казну затвора од четрдесет година. Висину казне, као ограничење, нови ЗКП не прописује изричито.

¹⁴ ЗКП, чл. 557–561.

Следећа разлика је у врсти поступка којим се остварују привилегије сведока сарадника. Док нови ЗКП прописује да ће се то учинити у поступку за **ублажавање казне**, „стари“ је то чинио у поступку за **преиначење правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка**, на захтев ЈТ (у складу са чланом 405а). Ако би суд оценио да су испуњени предвиђени услови, изречену казну би умањио најмање за једну половину.

Закључак

Нови ЗКП (ЗКП/2011) прописује, поред споразума о признању кривичног дела и два нова института, такоређи идентична ранијем институту сведока сарадника: Споразум о сведочењу окривљеног - окривљени сарадник и Споразум о сведочењу осуђеног – осуђени сарадник.

Окривљени сарадник, може бити било који окривљени, за разлику од решења из ЗКП/2001-2009, по коме је сведок сарадник могао да буде само припадник криминалне групе против чијих чланова се води кривични поступак. Окривљени сарадник може сведочити за кривична дела за које је предвиђено поступање тужилаца посебне надлежности, док је сведок сарадник могао сведочити само за кривична дела организованог криминала.

Институт окривљеног сарадника обухвата фактички два споразума: споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу. Да би окривљени уопште ушао у „поступак“ преговарања, потребно је да у потпуности призна „своје“ кривично дело. Законик оба ова споразума детаљно регулише па се може закључити да је учињен напредак у односу на претходни текст. Осим тога, имамо стално преплитање три поступка: поступак против будућег сведока за кривично дело које је он извршио; поступак „посебне надлежности“, где ће овај бити сведок ако се споразуме са ЈТ, и поступак, да га тако назовемо – за закључење споразума. Читајући поменуте одредбе, често није баш одмах јасно о којем поступку је реч и који суд је за шта надлежан.

Решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења одлуке о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, под условом да је окривљени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума. Овакво решење у ствари значи да је суд у потпуности везан споразумом. Рестриктивним тумачењем одредби о окривљеном сараднику могло би се чак рећи да су сва овлашћења коцентрирана у рукама јавног тужиоца, а да је суд ту само да „аминује“ оно што су се странке договориле.

Осуђено лице, такође, може да сведочи у поступцима за кривична дела из домена рада тужиоца посебне надлежности и тиме, кроз поступак за ублажавање казне, оствари извесне погодности за себе. Међутим, покретање овог поступка условљено је правноснажношћу осуђујуће пресуде у поступку у коме је осуђени сведочио. Овакво решење чини се неправичним, јер и поред тога што је испунио своје обавезе из споразума о сведочењу, може се десити да осуђени сарадник не оствари погодност ублажавања казне. Као и код окривљеног сарадника, не постоје никаква ограничења у погледу кривичног дела за које сарадник осуђен, нити у погледу висине казне која је осуђеном сараднику изречена. Овакво решење, у односу на претходни ЗКП омогућава тужиоцима посебне надлежности да за сарадњу ангажују знатно шири круг лица, али у делу научне и стручне јавности изазива негативне коментаре, нарочито у погледу могућности сарадње са окривљеним или осуђеним лицима за најтежа кривична дела.

Окривљени сарадник и осуђени сарадник су сасвим нови институти у домаћем кривично процесном законодавству, мада се ослањају на претходни институт сведока сарадника. Иако постоје знатне нејасноће и непрецизности у законском тексту, на које смо указали, оцењујемо позитивним напором законодавца у овом правцу, а пракса ће дефинитивно показати колико су ови институти ефикасни и у којој мери су остварили своју сврху.

Литература

- Шкулић, М.: Сведок сарадник у кривичном поступку за дела организованог криминала.-У: *Организовани криминалитет стање и мере заштите*, Зборник радова, Београд, 2005.
- Маринковић, Д.: *Сузбијање организованог криминала – специјалне истражне методе*, Београд, 2010.
- Бајатовић, С.: *Кривичнопроцесно законодавство: прогресивна или регресивна решења*.- У: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења*, Зборник, Београд – Будва, 2005.
- Шкулић, М.: *Специјалне истражне технике у функцији сузбијања организованог криминалитета*. –У: *Друштвени аспекти организованог криминала*, Зборник радова, Београд, 2011.
- Шкулић, М.: *Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд, 2003.
- Жарковић, М.: *Криминалистичка тактика*, Београд, 2010.
- Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011.
- Законик о кривичном поступку, «Службени лист СРЈ», бр. 70/2001, 68/2002, «Службени гласник РС», бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009.

Закон о јавном тужилаштву, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011.

Conclusion

The new Criminal Procedure Act of 2011 provides two new institutes, almost identical to the previous witness collaborator: Agreement on testimony the accused - the accused collaborator and Agreement on testimony the convicted - convicted collaborator.

Accused collaborator, could be any of the accused, as opposed to the resolution from ZKP/2001.-2009., According to which the witness collaborator could be just a member of the criminal group whose members were prosecuted

Accused collaborator can testify to the crimes for which treatment was provided prosecutors with special jurisdiction, while the witness collaborator could testify only to the organized crimes. Institute of Accused collaborator includes actually two agreements: an agreement on the confess of the crime and the agreement on testimony. That the accused ever entered the “process” of negotiation, it is necessary to fully confess “their” crime. Code both of agreements regulates in detail so it can be concluded that progress has been made in relation to the previous text. In addition, we constantly interweaving of three procedures: procedure against future witnesses for crime he has committed; procedure “special jurisdiction” where will this be a witness if the agree with public prosecutor, and the procedure that you could call it – procedure for the conclusion of agreements. In reading these provisions, it is often not immediately clear exactly which proceedings in question are and which court has jurisdiction for what.

The decision to accept the agreement on the accused’s testimony obliges the Trial Court and the Appellate court by decision on criminal sanction, the costs of the criminal proceedings, the forfeiture of proceeds of crime, the property legal requirement and the seizure of assets derived from crime, under the condition that the accused has fulfill treaty obligations. This solution actually means that the court is fully bound to the agreement. Restrictive interpretation of this provisions of an accused collaborator, could even say that all powers concentrated in the hands of the public prosecutor and the court is only there to “approve” what the parties have agreed.

Convicted persons may also testify in proceedings for crimes under the domain of the special prosecutor’s jurisdiction, and thus, through the process for reduction of sentence achieve certain benefits for themselves. However, the initiation of this proceeding has caused by the final judgment in proceedings in which the convicted collaborator testified. This solution seems unfair, because even though it has fulfilled

its obligations under the agreement on testimony, it may be convicted person not to benefit reduction of sentence. As with the accused collaborator, there are no restrictions on the offense for which the collaborator was convicted, nor in terms of the amount of the punishment imposed on a convicted collaborator. This solution, compared to the previous Criminal Procedure Act provides prosecutors with special jurisdiction to engage in cooperation much wider circle of people, but in a part of the scientific community causes negative comments, especially regarding the possibility of cooperation with the accused or convicted persons for the most serious crimes.

The accused and convicted collaborator are new institutes in the domestic criminal procedural legislation, although they rely on the previous witness collaborator. Although there are considerable uncertainties and imprecision in the legal text, which we have indicated, we estimate a positive legislative effort in this direction, and the practice will definitely show how effective these institutes are and the extent to which they achieve their purpose.

AGREEMENTS OF TESTIMONY AND COOPERATIVE WITNESS

Summary

This paper analyzes the institutes of the new Criminal Procedure Act of 2011, agreements of prosecutor and the accused or convicted person on their testimony in criminal proceedings. Besides a number of positive aspects, the latest solutions can put a number of objections. Provided such agreement of testimony of the accused, the text of the CPC intertwine three procedures: proceedings against the accused, proceedings for organized crime or a war crime and proceedings relating to the agreement of testimony, which may create open space for different interpretations and likely problems. The next objection relates to the fact that in the hands of the prosecutor concentrated too much power, which might produce a result that “everything can be agreed.” Thus the question is seriously undermines the principle of material truth, and the role of the court comes down on “pro forma”. Agreeing about the financial aspects of criminal matters is not always in accordance with the principle of fairness, it created a situation in which two entities agree on the money of third. Finally, the authors do not see a reason for the different position of the defendant collaborator and convicted collaborator regarding property part of the agreement.

Keywords: *Criminal Procedure Code, agreement on testimony, the accused colaborator, convicted colaborator, cooperative witness.*

РЕКОНСТРУКЦИЈОМ ДОГАЂАЈА ПРОВЈЕРАВАЈУ СЕ ПОСТОЈЕЋИ И ПРОНАЛАЗЕ НОВИ ДОКАЗИ О КРИВИЧНОМ ДЈЕЛУ И УЧИНИОЦУ

Проф. др Миле Матијевић*¹
Мр Татјана Скакавац**

Апстракт: Реконструкција догађаја представља једну од радњи доказивања, истражну радњу која је у пракси истражних органа. Поред њене кривично процесне заснованости и дефинисања веома је значајан њен криминалистичко форензички садржај. Наиме, реконструкција се врши у складу са правилима и учењем криминалистике и форензичких наука у вези са тумачењем чињеница и околности на мјесту и у вези кривичног дјела и учиниоца.

Истражна пракса у Босни и Херцеговини показује да реконструкција нема довољну примјену и афирмацију, а тиме и доказну вриједност. Разлог таквој ситуацији је вишеструк, што је такође предмет истраживања.

Реконструкција догађаја је вишеструк задатак, гдје се посебно издваја могућност проналажења нових доказа који нису пронађени претходним истражним радњама, као и потребу провјеравања постојећих доказа у чију вјеродостојност се сумња. У раду ће се анализирати могућности примјене метода реконструкције у проналажењу нових доказа који нису обезбијеђени кроз друге истражне, доказне радње, као и могућност својеврсне провјере доказа примјеном метода реконструкције догађаја.

У оквиру обраде овог питања такође ће се указати на све аспекте организационог и функционалног садржаја реконструкције догађаја у функцији обезбјеђења нових доказа и провјеравања постојећих. С тим у вези посебно се анализира доказна вриједност реконструкције са становишта доказних чињеница и околности који су симулирани у реконструктивним радњама.

* Проф. др Миле Матијевић, Универзитет за пословне студије, Факултет правних наука Бања Лука.

** Татјана Скакавац, мр правних наука, Факултет за правне и пословне студије др Лазар Вркатаћ, Нови Сад.

¹ Аутор рада је декан Факултета правних наука Универзитета за пословне студије у Бањој Луци и ванредни професор на кривичном процесном праву и криминалистици.

Кључне ријечи: *реконструкција догађаја, криминалистички експеримент, увиђај, кривично дјело, докази, осумњичени, предмети, трагови, провјеравање доказа, проналажење доказа.*

1. Увод

Реконструкција је метод провјеравања изведених доказа или утврђивања чињеница које су од значаја за разјашњење ствари.² Реконструкција је радња доказивања која се састоји у планском обнављању појединих елемената кривичних догађаја (радње извршења, појединих фаза у одвијању криминалног догађаја, као и цјелокупног кривичног дјела, која се предузима на основу постојећег доказног материјала са лица мјеста или исказа лица које су га опажале или учествовале у њему у условима у којима се стварни догађај одиграо, а са циљем провјере постојећих или утврђивања нових доказа.³ Реконструкција догађаја је својеврсна симулација кривичног догађаја.⁴

Углавном се у већини криминалистика, које детаљније обрађују садржину и технологију провођења реконструкције на сличан начин дефинише реконструкција догађаја. Тако, доајен Југословенске криминалистике др Владимир Водинелић је још давне 1975. год. настојао реконструкцију догађаја и криминалистички експеримент увести у одредбе ЗКП⁵ као самосталне доказне радње, што није успјело, али је ипак успио да иницира одвајање реконструкције догађаја од увиђаја.⁶ Реконструкција догађаја „судски експеримент“ је метод провјеравања изведених доказа или утврђивања чињеница које су од значаја за разјашњење ствари. Ријеч је о симулацији кривичног дјела (Модли, Корајлић), која мора бити праћена условима мјеста и времена, сличним онима који су владали у вријеме извршења кривичног дјела.⁷ Ако се реконструкција не проводи након завршеног динамичког дијела очевита, проводи се на основу модела што га је дао проведени очевид, па се на тај начин стварно појављује као „модел модела“ и тиме губи на аутентичности и оригиналности.⁸

² Симовић, М.: Кривичнопроцесно право, ИАК, Бања Лука, 2011, стр.192.

³ Кривокапић, В., Жарковић, М., Симоновић, Б. : Криминалистичка тактика, Београд, 2003, стр.503.

⁴ Модлу, Д., Корајлић, Н.: Криминалистички ријечник, Тешањ, 2002, стр. 640.

⁵ Водинелић, В.: Криминалистика – откривање и доказување, Кривичнопроцесни и криминалистички проблеми реконструкције догађаја и истражног експеримента, стр. 556.

⁶ И данас након вишедеценијске примјене ових истражних, доказних инструмената понеки теоретичари, па и практичари, не разликују суштинске садржаје и битне разлике увиђаја и реконструкције догађаја.

⁷ Проф.Симовић, М., наводи да реконструкција може бити потпуна или дјелимична, са чиме се слаже већина криминалиста и процесуалиста.

⁸ Павишић, Б., Модлу, Д., Веић, П.: Криминалистика, Техничка књига, Загреб, 2006, стр. 468.

Закон о кривичном поступку Републике Српске⁹ реконструкцију је дефинисао на следећи начин: „Ради провјеравања изведених доказа или утврђивања чињеница које су од значаја за разјашњење ствари, орган који води кривични поступак може одредити реконструкцију догађаја, која се врши тако што се понављају радње или ситуације у условима под којима се према изведеним доказима догађај одиграо.“¹⁰

Ако су у исказима појединих свједока или осумњичених, односно оптужених, радње или ситуације различито приказане, реконструкција догађаја ће се, по правилу, посебно извршити са сваким од њих. Реконструкција се не смије вршити на начин којим се вријеђа јавни ред и морал или се доводи у опасност живот или здравље људи. Приликом реконструкције могу се, по потреби, поновно извести поједини докази.¹¹

Реконструкцијом се може обнављати цјелокупан кривични догађај, или само поједини елементи кривичног догађаја који се истражује.¹² Поставља се питање о могућности обнављања и субјективних елемената кривичног догађаја, у вјештачки створеним условима (емоције, психичко стање учиниоца¹³, жртве, свједока и др.). Реконструкција се предузима на основу расположивог доказног материјала: записника о увиђају¹⁴ и остале увиђајне документације (скица, фотографија), исказа свједока, оштећених и осумњиченог. Реконструкција се изводи на лицу мјеста кривичног догађаја¹⁵ у условима који су постојали приликом његовог настанка (метеоролошки услови, видљивост, доба дана, распоред учесника у кривичном дјелу, удаљеност и међусобни односи објеката) и уз учешће објеката који су га опажали или учествовали у њему. Приликом вршења реконструкције неопходно је обновити у што већој мјери оне услове и

⁹ Закон о кривичном поступку Републике Српске, Службени гл. бр. 50/03.

¹⁰ Симовић, М.: Кривичнопроцесно право, ИАК, Бања Лука, 2011, стр. 192.

¹¹ Закон о кривичном поступку Републике Српске: Службени гл. Републике Српске, број 50/03; Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине: Службене новине, ФБИХ, број 35/03.

¹² Неки аутори сматрају да је немогуће обновити цјелокупан догађај, што није у суштини прихватљиво, јер управо обнављањем цјелокупног догађаја добија се потпуна физиономија кривичног дјела, коју сам учинилац – у својству осумњиченог презентира, што може значајно допринијети утврђивању потпуног чињеничног стања, а тиме и провјеравања раније прибављених доказа и формулисаних верзија о појединим знатним питањима криминалистике.

¹³ У једном случају реконструкције убиства изведена је реконструкција догађаја, која је дала добре резултате у вези начина извршења кривичног дјела и других околности. Након фактичког завршетка реконструкције убица је без ичијег тражења, отишла и пронашла раније скривено средство извршења убиства (дрвени штап), што показује могућност обнављања и психичких околности кривичног дјела.

¹⁴ Водинелић, В.: Увиђај и планирање верзија- Криминалистика – откривање и доказување, стр.5 22-546.

¹⁵ У посљедње вријеме се мјесто криминалног догађаја дефинише и као криминалистичка сцена, мјесто о чему постоје и неслагања неких криминалиста; Зборник радова – ИАК Бијељина, Криминалистичко форензичка истраживања, 2011.

стање на лицу мјеста који су постојали у моменту настанка кривичног догађаја и који су од доказног значаја у конкретном случају. Уколико је у питању утврђивање могућности опажања, потребно је обновити просторне услове, тј. међусобну удаљеност релеватних објеката и субјеката тако што ће свједоци бити постављени на мјестима на којима су се налазили у критично вријеме у истом положају и при истим условима видљивости.¹⁶

Реконструкција се увјек врши у вјештачки створеним условима¹⁷, на мјесту кривичног догађаја, а састоји се у понављању радње догађаја у потпуности или дјелимично. Радња реконструкције се одвија на основу исказа и уз учешће окривљеног, свједока, оштећеног, као и других учесника у догађају, као и на основу других претходно утрђених чињеница и уз што већу сличност са условима који су постојали на лицу мјеста током извршења догађаја. Међутим, ако се реконструкција изврши успјешно, стручно и темељно, она може у великој мјери да допринесе расвјетљавању кривичног догађаја.

Реконструкција је истражна радња (члан 157. ЗКП РС/ члан 93. ЗКП БиХ) у криминалистичкој и кривичнопроцесној теорији и пракси је једно од средстава доказивања. За њено планирање, предузимање и вршење захтијевају се посебни оперативно–тактички и истражни услови.¹⁸ Карактер реконструкције као истражне радње, је превасходан у њеном истраживачком капацитету, јер се заиста кроз реконструкцију истражују, провјеравају поједини сценарији криминалних радњи, а све у циљу обезбјеђења доказа за успјешно вођење кривичног поступка.¹⁹

Веза између увиђаја и реконструкције је у суштини у томе да увиђај претходи реконструкцији, и да квалитет увиђаја условљава и утиче на квалитет саме реконструкције. Наиме, ако се увиђај обави квалитетно, потпуно, гдје се пронађу докази и чињенице, веома често неће бити потреба да се врши реконструкција. Међутим, не треба изгубити из вида кључну чињеницу и разлику између увиђаја и реконструкције у погледу учесника у вршењу

¹⁶ На описани начин се врши провјера ранијих исказа лица у вези предметног догађаја, али и провјера пронађених предмета, трагова у вези кривичног дјела. Истовремено се кроз провјеру раније констатованих доказних чињеница могу пронаћи и нове чињенице, које нису у мјерама првог захвата обезбијеђене (деталније у Криминалистици, том 1, 2 од др В. Водинелић).

¹⁷ Јасно је да тзв. вјештачки створени услови, ипак нису аутентични стварним условима, али могу бити веома блиски, слични у зависности од претходно обезбијеђених чињеница и околности за аутентични догађај. Записник о увиђају са пратећим материјалима тј. доказима представља основни и најбитнији материјал за стварање и организовање „вјештачких услова криминалног догађаја“.

¹⁸ Модлу, Д., Шуперина, Д.: Криминалистички садржај реконструкције, Полиција, сигурност, Загреб, бр. 3-4, 2008, стр. 125-151.

¹⁹ Реконструкција може да допринесе и потврди тзв. верзије осумњиченог који ће некада објаснити како је „радио“ на лицу мјеста, што није увијек онако како је „претпоставила“ истрага, криминалистичка мисаона реконструкција, претпоставка истражиоца.

ових радњи.²⁰ Криминалистичка реконструкција мора почивати на претходно добро обављеном увиђају, а грешке које су настале вршењем претходног увиђаја, немогуће је исправити. Зато је веома битно провести тзв. мисаону реконструкцију као својеврстан облик мисаоне активности у коме се стварни догађај замишља, полазећи од видљивих посљедица, а идући ка радњама и узроку кривичног дјела.

Реконструкцијом се, врши понављање и вјештачко изазивање тока и поступка већ извршене радње кривичног дјела. Ову радњу врши посебна стручна екипа којом руководи тужилац, а присуствују свједоци претходно извршеног увиђаја, свједоци кривичног догађаја и осумњичени, односно оптужени. Услови потребни за извођењем реконструкције су лице мјеста са потпуно идентичним стањем као у вријеме извршења кривичног дјела. Затим, радњу реконструкције треба извести у приближно исто вријеме, у исто доба дана или ноћи, при истим временским условима и под истим околностима које су биле присутне у стварном догађају, дакле, са истим *сopra delicti* средствима, предметима и траговима.

Криминалистичка реконструкција се врши ради утврђивања тачних околности које су претходиле кривичном дјелу, радњи извршења и посљедица које су извршењем кривичног дјела настале. Она врши се и ради провјеравања истинитости садржаја исказа свједока, осумњиченог, односно оптуженог и вјештака и провјере противрјечних исказа свједока и осумњиченог, односно оптуженог. У сваком случају, на крају извршене реконструкције сачињава се службени записник са прилогом списка, скица, фотоса и снимљених трака. Закон о кривичном поступку не нормира реконструкцију догађаја као посебну доказну радњу, већ о њој говори у оквиру норми које регулишу увиђај, схватајући је као појавни облик увиђаја, док судски експеримент не регулише ни самостално, ни у оквиру неке друге доказне радње.²¹

Немогуће је поново потпуно обновити ситуацију кривичног дјела, поново извести исте околности, исти догађај, јер је конкретан идентитет пролазан и неповратан. Посебно су неподобни за реконструкцију субјективни елементи извршеног кривичног дјела (психичко стање учиниоца, емоционална стања жртве и осталих учесника, психички став извршиоца).

²⁰ На увиђају углавном учествују, тј. врше га, тужилац, криминалистички истражилац, форензичар, док на реконструкцији поред наведених учесника кључну улогу има сам осумњичени, свједок, лица која су „аутори“ догађаја и чије активно учешће је неопходно за целокупан ток и сам сценариј реконструкције догађаја, што није случај код увиђаја.

²¹ Имајући у виду значај и практичну моћ реконструкције у проналажењу и проучавању доказа, било би корисно да је и у закону иста детаљније обрађена, као друге истражне радње.

2. Реконструкција и докази

Реконструкција служи за провјеравање²² већ прибављених доказа, разјашњење контрадикторности садржаних у саслушању свједока, у исказу осумњиченог, односно оптуженог, отклањање противрјечности између исказа свједока и исказа свједока и осумњиченог, односно оптуженог, провјеравање поузданости и вјеродостојности других доказних средстава, прецизирање и допуну датих исказа, али и за утврђивање нових, до тада непознатих релеватних околности и разоткривање фингираних кривичних дјела.²³ Уколико су као резултат реконструкције, изведене сходно законским одредбама и правилима криминалистике, утврђене нове чињенице, важне за расвјетљавање кривичне ствари и до тада другим средствима неоткривене, реконструкција представља самостални извор доказа и самосталну доказну радњу.

Истражни (криминалистички) експеримент²⁴, схваћен као самостално доказно средство, представља свјесно и планско увођење нових чињеница током реконструкције догађаја у његову структуру, у циљу утврђивања конкретних дјеловања које те чињенице производе. Реконструкција, која се изводи на основу увиђајем фиксираног стања на лицу мјеста, јесте најчешће основа за извођење експеримента, али не увијек и без изузетка. Осим тога, реконструкција се врши и када се не изводи експеримент, било ради провјере других доказа, било ради прибављања нових информација о дјелу и учиниоцу. Вјештак може присуствовати извођењу реконструкције или судског експеримента, уколико је то потребно, под истим условима као и приликом извођења увиђаја. При томе, он може да предложи да се неке околности разјасне или да се неке чињенице прецизирају, ако сматра да је то у интересу квалитета каснијег вјештачења.²⁵

²² Провјеравање доказа подразумијева динамичко успостављање раније прибављених доказа у сценарију кривиног дјела уз активно учешће извора доказа (осумњичени, свједоци, други извори).

²³ Проф. др Душко Модлу, познати криминалиста и уважени практичар криминалистичке дјелатности, посебно инсистира на истраживачког карактеру реконструкције, што је свакако додатни квалитет исте, јер се у суштини реконструкција не задовољава само постојећим, утврђеним чињеницама, већ трага и за новим.

²⁴ О криминалистичком истражном експерименту је много писао проф. Водинелић, В., настојећи да исти такође добије извјесну доказну снагу, што су многи процесуалисти оспорили, већим дијелом основано.

²⁵ Симовић, М.: Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске, ВШУП, Бања Лука, 2005. година, стр. 245.

- Реконструкција догађаја као тактички метод провјере прибављених доказних информација²⁶ -

Провјера доказних информација се обавља упоређивањем сваког појединачног доказа са већ прибављеним доказом уз истовремено прикупљање нових доказа. Примјер за то је када се исказ једног свједока о релевантној чињеници провјерава анализом исказа другог свједока. У великом броју случајева није могуће провјерити исказе свједока и осумњичених (окривљених) јер нема других очевидаца кривичног догађаја или нам на располагању стоје свједоци са специјалним мотивима. У оваквим и сличним случајевима реконструкција догађаја се појављује као незамјенљив метод провјере исказа свједока и окривљених и откривања договорених лажних исказа, на примјер као што је случај са давањем лажног алибија.

- Реконструкција догађаја као метод откривања нових доказа -

Реконструкција догађаја се јавља и као тактички метод за откривање нових информативних садржаја, до тада непознатих околности и будућих доказа. Реконструкција догађаја се предузима како ради провјере општих (типичних) верзија (елемента бића кривичног дјела) тако и ради провјере посебних (специјалних) верзија.

Реконструкција догађаја се спроводи у циљу добијања потпунијих и јаснијих представа о релеватним чињеницама кривичног дјела, посебно када извршење кривичног дјела није довољно разјашњено исказом осумњиченог (окривљеног). Негативан резултат реконструкције догађаја (утврђивање немогућности неке чињенице) има несумњиво значење да се догађај или дио догађаја није ни десио. У вези са наведеним, реконструкцијом догађаја ће се на најбољи начин уочити несагласност, нелогичност раније прибављених доказа. Тек када се њиховим међусобним дјеловањем производе нове тактичке ситуације, може се са сигурношћу закључити да се ради о фингираном догађају, или да је лице у ранијем исказу дало лажан, погрешан исказ.

²⁶ Удружење правника Републике Српске, Правна ријеч – Часопис за правну теорију и праксу, Бања Лука, 2007.

- Реконструкција догађаја ради утврђивања могућности предузимања одређених радњи у датим условима -

Случајеви обављања реконструкције догађаја ради откривања или провјере могућности предузимања одређених радњи у датим условима могу бити бројни и разносврсни.

Примјер:

У улици Партизански пут на периферији Београда нађен је онесвешћен благајник..... Поред њега је био нож. Повређени је остављао утисак човека који само што није умро од задобијене тешке телесне повреде. Лекар судске медицине је констатовао површинске, лаке телесне повреде које не могу изазвати такав бол. На лутку стављани су одвојено кошуља, џемпер, сако и пробадани су пронађеним ножем покрај тела благајника. Симулант је сваки од наведених одјевних предмета пробадао тако што га је скидао и на њему правио више разреза. Разумљиво, слике симулираних и реконструисаних разреза нису се подударале.

- Реконструкција догађаја ради провјеравања могућности и запажања путем чула вида -

Како су чула само дио цјелокупног спектра формирања исказа, сазнања о неким чињеницама, појављује се потреба да се кроз радње реконструкције изврши провјера могућности запажања неких чињеница помоћу чула. Овдје се превасходно мисли на објективне околности у вези са чињеницама које се провјеравају. Међутим не смије се изгубити из вида да човек чулне дјелатности тек формира кроз њихово синтетизовање са интелектом који подразумева човјеково разумјевање тзв. дешифровање предметне дјелатности.²⁷ Сумња у могућности да ли се с одређеног мјеста може запазити неки догађај, дио неког догађаја или неки предмет, намеће потребу за предузимањем реконструкције догађаја ради провјеравања видљивости, односно да ли се с одређеног мјеста може запазити оно о чему свједок по виђењу даје исказ.

У случајевима гдје је потребно утврдити да ли је свједок, осумњичени или окривљени морао или могао чути неки говор или звук на мјесту кривичног догађаја²⁸, корисно је исту ситуацију провјерити примјеном реконструкције тог дијела кривичног дјела.

²⁷ „Наших пет чула је сасвим недовољно за искуство, за то се тражи још учешће и интелекта“. Ј. Дицген.

²⁸ У случају смрти Давинића у Хрватској, судско вијеће је наредило реконструкцију догађаја на мјесту кривичног дјела, са циљем да се утврди тачно вријеме смрти лица.

Примјер:

Једног прољећног преподнева дошло је до физичког обрачуна између сусједа на дионици њивског пута опкољеног сјекиром у предјелу леђа. Окривљени се бранио да је повреде нанео у самоодбрани. Комишница као једини свједок по чувењу дала је исказ како је плевећи своју башту чула свађу, оштар звук метала и дозивање у помоћ. Требало је изаћи на мјесто извршења кривичног дјела и извршити реконструкцију према исказима окривљеног, жртве и свједока. Од мјеста догађаја до баште свједока раздаљина је 358 метара. Упитана одакле је чула свађу и звук метала свједокиња је показивала 45 степени лијево од мјеста догађаја. Два неутрална фигуранта су одведена на мјесто извршења. Најприје су полугласно разговарали. На коту у комишничиној башти ништа се није чуло. Након пет минута наређено им је да повишеним тоном размјењују увреде. Ни ова фаза реконструкције није давала резултате који би ишли у прилог исказу свједока. Тек наком изразито повишеног тона чуосе одјек низ оближњи поток. Ријечи се нису разумјеле, а звук метала је изостао. Одбрана оштећеног је, уз све то, тражила изузеће свједока позивајући се на податке из здравственог картона (слаб слух) комишнице.

- Реконструкција могућности да се одређена радња изврши за одређено вријеме -

Овдје се поставља питање: да ли је осумњичени (окривљени) могао за утврђено вријеме извршити радњу или операцију која му се ставља на терет? Или, треба ријешити реконструкцијом догађаја проблем: да ли је вријеме које је утврдио криминалиста одговара стварно потребном времену извршења? Овдје спада и провјера алибија путем реконструкције пута и времена кретања осумњиченог (окривљеног) - дијаграм: пут- вријеме.

- Реконструкција ради провјере исправности закључка -

Ова реконструкција је неопхода када се у складу са природом тјелесне повреде и трагова на одјећи треба утврдити са које удаљености је испалиен хитац из ватреног оружја.

Реконструкција догађаја састоји се у обнављању стања мјеста кривичног догађаја које је максимално слично оригиналној ситуацији мјеста извршења и аутентичном догађају, а све са циљем прибављања доказних информација. Реконструкција пружа могућност стварања модела оригинала који је с њим сличан по одабраним специфичностима због чега и гравитира као извор информације о оригиналу.²⁹

²⁹ Матијевић, М.: Криминалистичко моделирање, географско профилисање као методи у откривању кривичних дјела и учинилаца, Безбедност, Београд, 2006.

3. Како се провјеравају, откривају докази о кривичном дјелу, учиниоцу?

Реконструкцијом догађаја и криминалистичким експериментом се остварују различити криминалистичко тактички циљеви. Неки криминалисти су мишљења да се реконструкцијом догађаја могу надокнадити пропусти који су настали услед површног и некавалитетно обављеног увиђаја. Откривање и провјеравање доказа се врши у складу са учењем криминалистике - тактике у вези са индицијама, криминалистичким верзијама.³⁰

1) Испитују се и провјеравају различите криминалистичке верзије како би се извршила елиминација оних које не одговарају стварном стању ствари, а да би се потврдиле оне на које указују добијени резултати провјеравања.

2) Провјеравају се резултати прибављени другим истражним радњама (нпр. вјештачења, искази).

3) Реконструкцијом догађаја и криминалистичким експериментом се ефикасно разоткривају фингирана кривична дјела (посебно је значајно предузимање ових радњи код фингираних убистава, разбојништава, провалних крађа) .

Врсте реконструкције догађаја и криминалистичког експеримента, које се примјењују у пракси су:³¹

- Реконструкција догађаја и криминалистички експеримент којима се утврђује могућност извршења неке радње;

- Реконструкција и експеримент којима се провјерава могућност опажања неке појаве или чињеница;

- Реконструкција и експеримент са циљем провјеравања професионалних и других навика човјека;

- Реконструкција и истражни експеримент којима се установљава механизам образовања трагова и

- Реконструкција и експеримент којима се жели утврдити могућност настанка неког догађаја, појаве, процеса или промена у одређеним условима.

- Форензичке 3Д реконструкције.

³⁰ Матијевић, М.: Планирање и провјеравање криминалистичких верзија у оперативном раду ОУП, Магистарски рад, Скопје, 1999.

³¹ Белкин – Зујков: Криминалистика, Москва, 1968. година, стр. 352-353.

4. Форензичка тродимензионална реконструкција

Форензичка тродимензионална реконструкција³² или форензички 3Д је један од нових афирмативних облика савремене реконструкције која у истражној, доказној пракси даје добре резултате. Прва компјутерска 3Д реконструкција убиства коју је прихватио суд направио је амерички форензички балистичар Alexander Jason 1993. године. Он је развио властиту технологију названу Форензички 3Д, којом намјерава помоћи форензичарима, тужиоцима, судијама, те браниоцима да лакше реконструишу поједини случај и објасне материјалне трагове на мјесту криминалног догађаја. Умјесто вербалног објашњења³³, Форензички 3Д употребљава визуелни приступ и презентује битне доказе помоћу слика, видеа и интерактивне 3Д технологије.³⁴

Форензички 3Д није замјена, већ је својеврсна допуна за класичну судску реконструкцију с неколико битних предности. Форензички 3Д захтијева познавање различитих дисциплина - форензичке дисциплине у које убрајамо форензичке балистичке експертисе, експертисе трагова пуцања (GSR) помоћу SEM/EDX³⁵, BAAS³⁶ или ICP/MS³⁷, судскомедицинска експертиза као и технике које нису искључиво форензичке. Форензички 3Д захтијева тимски рад и више форензичких експерата.

4.1. Практични примјери форензичке 3Д реконструкције у судској пракси Хрватске

Форензичка тродимензионална (3Д) реконструкција је у хрватској судској пракси има вишегодишњу успјешну примјену захваљујући заинтересованости истражних органа за такав вид додатног провјеравања постојећих и проналажења нових доказа, као и постојању стручњака, експерта из те сложене реконструктивне области.³⁸

³² Маштруко Војин, бивши начелник Центра за криминалистичка вјештачења Министарства унутарњих послова Хрватске, је пионир 3Д реконструктивних вјештачења у Хрватској и шире, који се појављује са судовима у најсложенијим кривичним случајевима.

³³ Проблем тзв. вербалног доказивања у односу на материјалну презентацију чињеница и околности које су битне за разјашњавање и доказивање конкретног случаја је једино рјешив кроз понуду нових доказних тј. динамичких сценарија, а то је 3Д реконструкција.

³⁴ http://groups.yahoo.com/group/forensic_3D

³⁵ Skenirajući Eletronski Mikroskop s Energodisperzivnim detektorom X- zraka.

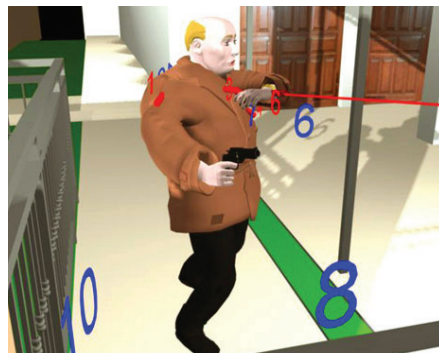
³⁶ Besplatna Atomska Apsorpciona Spektrometrija.

³⁷ Induktivno Vezana Plazma s Masenim Detektorom.

³⁸ Маштруко Војин, дипл. инг., вишегодишњи вјештак МУП Хрватске.

Случај из праксе - Жупанијски суд у Пули

У једном компликованом случају је дошло до оружаног сукоба, гдје су окривљени и оштећени испалили сваки по неколико хитаца. Поуздана реконструкција динамике комплетног догађаја у овом случају није била могућа, већ је било могуће реконструисати само поједине сегменте догађаја. Форензични 3Д се је у комбинацији са GSR анализом помоћу Скенирајућег Електронског Микроскопа са EDX детектором (SEM/EDX) показао као незамјенљив алат и то не само за визуализацију различитих верзија догађаја, већ и као алат који помаже приликом одабира пута и смјера анализе за вријеме испитивања и анализе трагова пуцања. Поуздано је утврђено да је једно зрно направило примарну и секундарну стријелну рану: Најприје је простријелило лијеву подлактицу, а након тога је то исто зрно устријелило оштећеног у врат. Управо тај детаљ је био значајан за реконструкцију динамике догађаја.³⁹



5. Доказна вриједност реконструкције догађаја

Приликом оцјене доказне вриједности реконструкције догађаја и криминалистичког експеримента не полази се само од добијених резултата, већ треба узети у разматрање и радње планирања, припремања, употребијелне методе, поклапање услова у којима се догађај одиграо са онима који су постигнути приликом њиховог предузимања. Може се прихватити доказна вриједност добијених резултата ако је:

1) Установљено да су услови у којима је обављена реконструкција или су спроведени експерименти међусобно веома слични са условима у којима се испитивани догађај одиграо⁴⁰;

³⁹ <http://www.forensic.to/webhome/mastruko>

⁴⁰ Што је сличност услова, околности већа то је и доказна вриједност резултата реконструкције

- 2) При понављању реконструкције и експеримента добијан је једнозначан резултат⁴¹;
- 3) Искључена је могућност случајног постизања добијених резултата.⁴²

Већу доказну вриједност има реконструкција која је извршена на основу резултата квалитетно обављеног увиђаја, при чему су кориштене скице, прецизно измјерена растојања и фото-документација, него она која је обављена само на основу исказа свједока и окривљеног, у случајевима када увиђај није обављен или је извршен некавалитетно. Приликом организовања, доказног вредновања и упоређивања резултата добијених реконструкцијом и криминалистичким експериментом, наилази се на озбиљне тешкоће у случајевима када се као битан услов настанка спорног чињеничног склопа појављује специфично психичко стање свједока или окривљеног. У питању је проблем имитације психичког стања у којима је настао кривични догађај (нпр. могућност да се обави нека радња у специфичном психичком стању, опажање неке околности у ситуацији психичког узбуђења или страх, умора, алкохолисаности итд.). У начелу је лакше егзактно процјенити доказну вриједност чињеница или механизам настанка до којих се дошло реконструкцијом или експериментом уколико нису зависне од промјена у психичким преживљавањима лица (на примјер механизам настанка трага под одређеним условима).

У криминалистици се јасно разликује доказно значење негативног и позитивног суда о могућности наступања спорне околности. Доказно значење резултата реконструкције догађаја и криминалистичког експеримента је у тијесној зависности од тога да ли је у конкретном случају установљена немогућност или могућност извршења одређене радње, опажање неке појаве, постојање испитиване чињенице. Категоричан резултат о немогућности (на примјер опажања догађаја или обављања радње под одређеним условима), дозвољава да се донесе суд да се одређена радња или опажање није могло у стварности ни десити. Ако резултат реконструкције или експеримента доведе до позитивног закључка о могућности, тј. да се одређена радња могла извести, одређена чињеница могла опажати, или да су усљед одређених радњи могли да настану одређени трагови или посљедице, такав резултат допушта само вјероватан закључак у погледу њиховог постојању у оквиру испитиваног кривичног догађаја. То што се нека чињеница објективно могла опазити, не мора да значи да је њу у конкретном случају свједок и стварно опазео.⁴³

извјеснија.

41 Уколико су се при вишекратном извођењу експеримента или реконструкције појављивали различити резултати они се не могу вредновати као поуздани.

42 Белкин – Зујков: Криминалистика, Том 2, Москва, 1970. година, стр. 85.

43 Свједок не мора запазити, осјетити све чињенице које су се догодиле на мјесту злочина, из разних разлога (незаинтересованост, здравствено стање, неразумијевање догађаја и др.), што ће значајно утицати на каснији исказ истог лица.

Вјероватни резултат реконструкције и експеримента обавезује истражне органе на тражење других путева фактичких околности истраживања догађаја. Категорички резултат о немогућности одвијања, опажања неке појаве, или настанка неке чињенице вреднује се као несигуран доказ.⁴⁴

6. Анализе практичне примјене реконструкције на подручју Републике Српске

На основу добијених података⁴⁵ Министарства унутрашњих послова Републике Српске по Центрима јавне безбједности, извршено је одређено истраживање броја извршених реконструкција по неким групама кривичних дјела као и међусобни број реконструкција кривичних дјела у односу на различите деликте, односно општи криминалитет и саобраћајне деликте. Из расположивих података видљиво је да је број извршених реконструкције веома мали, а посебно да је по надлежним ЦЈБ, чија се надлежност подудара са надлежношћу суда и тужилаштва, различита.⁴⁶

Мали број извршених реконструкција догађаја произилази из више разлога. Један од првих разлога за ријетко вршење реконструкције је у недовољном схватању значаја и моћи реконструкције. Као други разлог се јавља и недостатак средстава за организацију и вршење реконструкције. На крају сигурно је да се надлежни органи најчешће задовољавају са већ прибављеним доказима, сматрајући да је непотребна даља истражна активност у евентуалном проналажењу нових доказа, а посебно и потреби провјере постојећих.⁴⁷

⁴⁴ Белкин – Зујков: Криминалистика, Москва, 1968. година, стр.360; Пантелеев – Селиванов: Криминалистика, Москва, 1984. година, стр. 292; В. Водинелић, Криминалистика, стр.423.

⁴⁵ У расположивим статистикама МУП-а и других правосудних органа не постоје предвиђена евиденција, која би дала конкретан преглед броја реконструкција у одређеном времену и на одређеном подручју, што отежава истраживање и компарирање података о броју, садржају и доказној вриједности реконструкције догађаја.

⁴⁶ Интересантно је запазити да се на подручју ЦЈБ Добоја најчешће врше реконструкције, посебно из области саобраћајних деликата, што неки повезују са постојањем Саобраћајног факултета.

⁴⁷ Сам назив рада жели да иницира објашњење сталне провјере постојећих доказа (било по иницијативи истражних органа, или самог осумњиченог, оптуженог), али и могућности проналажења нових доказа, који у претходним истражним радњама нису пронађени.

**Преглед
извршених реконструкција на подручју МУП РС
(2000 - 2008).**

Центар јавне безбједности	Извршене реконструкције по кривичним дјелима против живота	Извршене рекон- струкције по кд у саобраћају	Извршене рекон- струкције по осталим кривичним дјелима	УКУПНО
Бања Лука	0	1	0	1
Добој	9	22	3	34
Бијељина	2	2	2	6
Источно Сарајево	1	1	2	4
Требиње	0	0	0	0
УКУПНО	12	26	7	45

Када анализирамо структуру реконструкција запажа се да су најбројније реконструкције у области тзв. саобраћајне делинквенције.⁴⁸ Разумљиво је да у тој области има веома много спорних чињеница и околности, које се не могу квалитетно разјаснити без „поновног вршења радњи кд у вјештачким условима“. Међутим, не може се узети као истина констатација да исти интерес не постоји и код других кривичних дјела (убиства, тјелесне повреде, па и имовински деликти, разбојништва и др.).

7. Закључак.

Из презентираних садржаја у раду недвосмислено је јасно да је реконструкција догађаја додатни квалитет у расвјетљавању и доказивању кривичних дјела и учинилаца. Реконструкцијом се откривају нови докази и чињенице које нисмо опазили или уочили приликом увиђаја и других радњи првог захвата. Извођењем реконструкције могу се посебно разјаснити спорне

⁴⁸ Једино техничка реконструкција саобраћајне незгоде и израда вјештачења сваке појединачне саобраћајне незгоде, гдје се укључују све релевантне чињенице на које указују трагови саобраћајне незгоде, доноси оне информације и знања, који могу идентифицирати праве узроке саобраћајних несрећа и тиме увођење релевантних мјера за побољшање сигурности саобраћаја. „Реконструкција саобраћајних незгода и употреба савремених математичких модела у циљу идентификације правних узрока саобраћајне незгоде“ – Савјетовање - Зеница, 2012.

и контрадикторне чињенице и околности на основу раније предузетих активности. Свеукупна активност у реконструкцији догађаја има доста сличности и везе са мисаоном реконструкцијом⁴⁹ догађаја коју индивидуално спроводи сваки тужилац, оперативни радник, форензичар. Стварном реконструкцијом најбоље ће се утврдити блискост и реалност мисаоног реконструисања догађаја у односу на каснији стварни реконструктивни амбијент.

Након изведене реконструкције догађаја, и потпуно расвјетљеног кривичног догађаја, истражилац може у својеврсној личној анализи сличности или идентичности мисаоне и стварне реконструкције пронаћи и извући битне закључке о реалности, квалитету и функционалности „ранијег“ мисаоног реконструисања.

Посебно су битни и значајни психички аспекти реконструкције, у виду имитације психичког стања у којима је настао кривични догађај (нпр. могућност да се обави нека радња у специфичном психичком стању, опажање неке околности у ситуацији психичког узбуђења или страх, умор, алкохолисаност). У начелу, лакше је егзактно процијенити доказну вриједност чињеница или механизам настанка до којих се дошло реконструкцијом или експериментом уколико нису зависне од промјена у психичким преживљавањима лица (на примјер механизам настанка трага под одређеним условима).

Овдје је од великог значаја и сама реконструктивна метода, која се односи на побуђивање сјећања свједока који је заборавио неке чињенице, тако што се свједок стави у исту средину и у исту ситуацију у којој се налазио у вријеме присуствовања криминалном догађају.⁵⁰ Меморија свједока ту функционише најбоље. При томе се треба чувати да се свједоку не сугерише да говори о чињеницама којих није било. Ово свједочење да би имало доказну вриједност мора бити спонатано.⁵¹

Показатељи о броју реконструкција не представља ни приближно реалан број потребних реконструкција (укупно, а посебно по структури). Тако мали број реконструкција говори о неколико главних разлога због којих се актери истраге рјеђе одлучују за исту, што би требало анализирати свеобухватно уз тражење рјешењима у циљу анимирања свих субјеката претходног и главног кривичног поступка, да би схватили квалитет и доказни значај реконструкције. Таква ситуација захтијева предузимање низа иницијативних и конкретних мјера у циљу иницирања и извођења реконструкције у свим случајевима када

⁴⁹ Мисаона реконструкција је продукт првих сазнања и расположивих чињеница истражиоца, тужеоца, у вези догађаја која се често може заснивати и на погрешно и површено фиксираним првим информацијама о кривичном дјелу, учиниоцу.

⁵⁰ Поставља се питање о могућности стварања истих услова, што је фактички и немогуће, јер они могу бити само врло слични, тј. блиски чињеницама и околностима стварног извршења кривичног дјела.

⁵¹ Модлу, Д., Карајлић, Н.: Криминалистички ријечник, Тешањ, Центар за културу и образовање, 2002.

се за то укаже потреба.⁵² Веома је битно кроз разне облике едукације учесника у криминалистичким истрагама унаприједити схватање о значају и потреби реконструкције.⁵³ Посебно је значајно образовање специјалиста – истражилаца по областима криминалитета, тј. овлашћених службених лица, као и о могућем одржавањем стручних семинара, курсева из ове проблематике.

На основу изнесених и анализираних карактеристика, садржаја реконструктивних радњи, може се извести веома јасан закључак да се реконструкцијом могу прибављати нови докази, а истовремено и провјеравати постојећи. У којој мјери ће се остварити ови задаци и циљеви реконструкције зависи од низа услова и околности под којима се планира, изводи сама реконструкција, као што су (план реконструкције, претходни документи о увиђају, квалитет учесника у реконструкцији, вољни аспекти осумњиченог, свједока и друге околности).

Реконструкција као истражна радња, у полицијско - тужилачкој пракси код нас фактички изумире⁵⁴, јер се веома ријетко врши, што није примјер у земљама окружења, а посебно у свијету није случај.⁵⁵

Штета је да се у оквиру свеобухватности истражних метода у откривању, разјашњавању и разоткривању кривичног дјела и учиниоца не употријебе све могуће и расположиве методе и средства које познаје наука, пракса, чиме би се сигурно унаприједио поступак обезбјеђења квалитетних доказа за успјешно вођење кривичног поступка, а тиме и постизање крајње истине.

Знање - Опрема

Модерна опрема омогућава примјену знања,

Примјена знања омогућава постизање квалитета,

Постигнути квалитет омогућава постизање резултата !

⁵² Закон о кривичном поступку Републике Српске, чл. 157, Сл. гласник Републике Српске, бр. 50/03.

⁵³ Једно од таквих едукација стручњака из полицијске и тужилачке праксе планира ИАК у оквиру Научно стручне конференције о искуствима и карактеристикама истраге према ЗКП, коју ће одржати познати 3Д форензички стручњак Војин Маштруко.

⁵⁴ Број реконструкција догађаја је занемарљив у односу на стварне проблеме и реалне потребе у оквиру проналажења нових или провјеравања постојећих доказа и околности кривичног дјела.

⁵⁵ Маштруко, В.: *Forenzični 3D*, Зборник радова ИАК, Брчко, 2008, стр. 267.

8. Литература

1. Белкин – Зујков: Криминалистика, Москва, 1968.
2. Белкин, С. Р.: Следственниј експеримент, Москва, Јуридическаја литература, 1963.
3. Водинелић, В.: Криминалистика – откривање и докажување, Том 1, 2. Факултет безбедности, Скопје, 1985.
4. Водинелић, В.: Криминалистика, Савремена администрација, Београд, 1984.
5. Кривокапић, В., Жарковић, М.: Криминалистика - тактика, Београд, 1996.
6. Матијевић, М.: Доказна вриједност вјештачења, Дани А. Рајса, КПА, Београд, 2012.
7. Матијевић, М.: Актуелност учења проф. др Ж. Алексића о научном откривању злочина, Београд, 2011.
8. Милосављевић, М., Фрањић, Б.: Форензичка балистика, ИАК; Сарајево, 2009.
9. Модлу, Д., Шуперина, М.: Криминалистички садржај реконструкције, Полиција, сигурност, грађани, бр. 3-4, Загреб, 2008.
10. Модлу, Д., Корајлић, Н.: Криминалистички ријечник, Тешањ, 2002.
11. Павишић, Б., Модлу, Д., Веић, П.: Криминалистика, Загреб, 2006.
12. Пантелеев – Селиванов: Криминалистика, Москва, 1984.
13. Симоновић, Б., Матијевић, М.: Криминалистика - тактика, ИАК, Бања Лука, 2007.
14. Симовић, М.: Кривичнопроцесно право, књига 1, 2, Правни факултет, Бихаћ, Бања Лука, 2005, 2006.
15. Закон о кривичном поступку Републике Српске: Службени гл. РС, број: 50/03.

Интернет странице

1. [http://groups.yahoo.com/group/forensic 3D/](http://groups.yahoo.com/group/forensic%203D/)
2. <http://www.forensic.to/webhome/mastruko/>
3. <http://www.forenzika.com>

RECONSTRUCTION OF EVENTS AS A TOOL FOR CHECKING OF EXISTING AND FINDING OF EVIDENCE, CONCERNING THE OFFENSE AND THE OFFENDER

Summary

Reconstruction of events is one of the actions used in practice of investigative authorities. In addition to its criminal processing value, reconstruction is very important to define criminal forensic content of any act. Namely, the reconstruction is carried out in accordance with the rules and teachings of criminalistic and forensic science, to the interpretation of the facts and circumstances related to a criminal offense and the offender.

Investigative practice in Bosnia and Herzegovina shows that there is no adequate implementation of reconstruction and recognition, and therefore the probative value. The reason for this situation is multifaceted, which is also the subject of research.

Reconstruction of events is multifaceted task, where stands out the possibility of finding new evidence that was not discovered in earlier investigations, and the need to verify the existing evidence whose credibility is suspected. This paper will analyze possibility of applying a method of reconstructing in order to find new evidence, that was not provided through investigation, and other police actions. Also, how to use reconstruction as some kind of verification for existing proof by applying the method of reconstruction of events.

In the treatment of this issue we will also point out all aspects of organizational and functional reconstruction, by analyzing it as a powerful tool, providing new evidence of existing probation. In this regard, a special analysis of the probative value of evidence point to the reconstruction of the facts and circumstances, which are simulated in reconstructive operations. Regarding this subject, a special analysis will be given to probative value of evidence, as point of reconstruction about facts and circumstances, which are simulated in reconstructive operations.

Keywords: *Reconstruction of events, crime experiment, investigation, crime scene investigation, evidence, suspect cases, traces of the crime, evidence checking, evidence finding*

PITANJE DOPUŠTENOSTI ILI NEDOPUŠTENOSTI IZVRŠENJA KRIVIČNOG DJELA OD STRANE PRIKRIVENOG ISTRAŽITELJA

Doc. dr Uroš Pena*
Dragan Mitrović**

Rezime: Jedno od osnovnih pitanja čije se rješavanje mora uzeti u obzir pri konstituisanju krivičnog zakonodavstva jeste u kojoj srazmjeri u njemu uvažiti dvije suprotne, antagonistički postavljene tendencije. Prva je težnja za efikasnošću (djelotvornošću) krivičnog zakonodavstva, koja sadrži nastojanje da svaki učinilac krivičnog djela bude otkriven, procesuiran i sankcionisan, bez obzira na način na koji se to postiže, dok druga u prvi plan stavlja čovjeka kao individuu sa korpusom svojih sloboda i prava, kao štitom od "neukrotive državne sile" koja, između ostalog, materijalizuje i krivičnopravne norme.

Domaće zakonodavstvo izričito zabranjuje prikrivenom istražitelju da podstiče na izvršenje krivičnih djela, u vezi sa čim postoji mogućnost kažnjavanja. To znači, da prikriveni istražitelj ne može biti agent provokator i ne smije ni na koji način podsticati na izvršenje krivičnih djela, odnosno ne smije preduzimati ni takve radnje koje se na bilo koji način mogu okarakterisati kao podsticanje na vršenje krivičnih djela. Ako je prikriveni istražitelj podstrekavao na izvršenje krivičnog djela, to je okolnost koja isključuje krivično gonjenje podstrekavanog lica. Podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela je bilo koja radnja kojom se umišljajno izaziva ili učvršćuje odluka kod drugog lica da izvrši krivično djelo, a po ZKP-u je zabranjeno i kažnjivo da prikriveni istražitelj podstrekava drugog na izvršenje krivičnog djela.

Podstrekavanje i provokaciju na krivično djelo je potrebno posmatrati kao dvije različite vrste djelatnosti, pri čemu podstrekavanje predstavlja zakonom kažnjivu djelatnost, dok provokacija na krivično djelo može biti kažnjiva i nedopustiva, ali isto tako i dozvoljena kao legitiman metod dokazivanja krivičnih djela.¹

* Доц. др Урош Пена, Дирекција за координацију полицијских тијела БиХ,
e-mail: urospena@hotmail.com

** Драган Митровић, Дирекција за координацију полицијских тијела БиХ
e-mail: drmitrovic@blic.net

¹ U zastupanju navedene teze, kao opravdane i osnovane, polazi se od umišljaja, kao ključnog elementa koji diferencira klasično podstrekavanje od provokacije. Pod podstrekavanjem se podrazumijeva umišljajno podsticanje (navođenje) drugog lica na izvršenje određenog krivičnog djela, tj. formiranje odluke kod podstrekavanog da izvrši krivično djelo. Znači, kod podstrekavanja je važno da kod

Prikriveni istražitelj, za vrijeme angažovanja u takvoj ulozi, ima dvije velike opasnosti na koje vrlo lako može naići, ako ne bude maksimalno koncentrisan, inteligentan, vispren, promućuran i što je vrlo često i najvažnije, snalažljiv, da se iz svake takve situacije, odnosno opasnosti, elegantno izvuče, a da ne bude otkriven. Te dvije opasnosti su da ne bude otkriven i da ne izvrši krivično djelo. Obe ove opasnosti on mora držati pod kontrolom i uspješno ih eskivirati. Zato unaprijed mora imati pripremljenu i razrađenu legendu za svaku moguću varijantu ovih opasnosti.

Ključne riječi: *prikriveni istražitelj, podstrekavanje, krivično djelo, odgovornost, ...*

Uvod

Angažovanje i djelatnost prikrivenog istražitelja sa svim pratećim elementima koji moraju biti precizirani, uz predviđanje mogućih situacija, predstavlja veoma složenu djelatnost, koja zahtijeva stručno i znalačko kriminalističko planiranje, praćenje i konkretnu realizaciju.

Prikriveni istražitelj angažovan u realizaciji tajne operacije, odnosno konspirativnog isleđivanja krivičnih djela, suočen je sa određenim praktičnim problemima koji se ne mogu sresti u bilo kojoj drugoj vrsti kriminalističke aktivnosti, s jedne strane, odnosno poštovanjem zakonskih standarda zaštite slobode i prava građana (najčešće samih prestupnika), s druge strane. Lice u ovoj ulozi mora biti spremno da sve praktične probleme savlada uz izuzetnu snalažljivost, inteligenciju, energičnost i hrabrost, ali i poštovanje opštih pravnih i demokratskih principa i standarda suprotstavljanja kriminalitetu.

Pitanje ovlašćenja prikrivenog istražitelja moraju biti strogo precizirana. Ako se uzme u obzir sva ozbiljnost njegovog angažovanja, njegova odgovornost i mjere bezbjednosti koje mora preduzimati, prije svega prema sebi, jasno je da se izboru i adekvatnoj pripremi prikrivenog istražitelja mora posvetiti ozbiljna pažnja.

Velika opasnost na koju prikriveni istražitelj realno može da naiđe, je da izvrši neko krivično djelo. Ova opasnost je sasvim realna, vrlo često i izvjesna, jer on ulazi u kriminalnu grupu koja se organizovano bavi vršenjem krivičnih djela. U podjeli kriminalnih zadataka i njihovom vršenju nema izuzetaka u kriminalnim grupama. Ako ne izvrši ili odbije da izvrši krivično djelo, prikriveni istražitelj samo zbog toga

izvršioca u vrijeme preduzimanja radnje podstrekavanja nije bila donesena čvrsta odluka o izvršenju krivičnog djela, odnosno da je postojala svijest i volja podstrekača koja je upravljena na izazivanje kod podstrekavnog lica odluke da izvrši određeno krivično djelo. S druge strane umišljaj prikrivenog istražitelja nije usmjeren na izvršenje krivičnog djela, već isključivo na započinjanje radnje izvršenja od strane provociranog, čime bi bili ispunjeni uslovi za procesiranje navedenog lica. Pored toga, u praksi obično kod izvršioca takva odluka već postoji (tzv. *omnimodo factus*), što istovremeno isključuje podstrekavanje i svodi se na konstatovanje postojeće volje za izvršenje krivičnog djela. Uporedi: Marinković, D.: Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo, *Bezbednost*, br. 2/05, 219-220.

odaje sumnju ostalim pripadnicima grupe, prije svega njenim vođama. S druge strane, on ne smije da izvrši krivično djelo jer se time izlaže krivičnoj odgovornosti. Ovdje se sada postavlja jedna ozbiljna dilema tj. da li prikriveni istražitelj treba da odgovara ako izvrši neko krivično djelo. U vezi sa tim, postoje različita rješenja od onih da ne treba da odgovara za izvršena krivična djela, jer njegovo ubacivanje u kriminalnu grupu podrazumijeva da treba da se ponaša kao i ostali članovi kriminalne grupe, a to znači da mu se toleriše i ako izvrši neko krivično djelo. Ovakva praksa je prisutna u SAD-u, gdje se prikrivenom istražitelju može odobriti učestvovanje u vršenju krivičnog djela ili prekršaja pod uslovom da je to nužno potrebno kako bi se pribavile informacije, saznanja ili dokazna sredstva kojima se ostvaruju ciljevi krivičnog gonjenja izvršilaca najtežih krivičnih djela u sastavu mafijaške organizacije, te očuvala vjerodostojnost prikrivenog istražitelja ili otklonila smrtna opasnost ili opasnost od teške tjelesne povrede prikrivenog istražitelja. Prema drugom rješenju postoji djelimična odgovornost prikrivenog istražitelja ukoliko krivično djelo izvrši u krajnjoj nuždi, jer je za postojanje krajnje nužde potrebno postojanje istovremene i neskrivljene opasnosti koja se izvršenjem krivičnog djela otklanja. Ovdje se samo postavlja pitanje koja opasnost je u pitanju: da bude otkriven ili da izvrši krivično djelo.

Može se reći da je najprihvatljivije ono rješenje koje predviđa odgovornost prikrivenog istražitelja za krivično djelo koje izvrši u svom radu. Opravdanost ovakvog rješenja proizilazi iz činjenice da su mnoga zakonska rješenja izričito zabranila prikrivenom istražitelju da podstrekava na vršenje krivičnih djela. Sasvim je onda logično, da je tim prije zabranjeno vršenje krivičnih djela od strane prikrivenog istražitelja.

Ovdje treba razmišljati i o još nekim važnim pitanjima do kojih se može doći angažovanjem prikrivenog istražitelja na način da ne bude otkriven, a da ne izvrši krivično djelo. Da li je moguće da prikriveni istražitelj odbije izvršenje krivičnog djela, a da ne bude otkriven. Ove dvije opasnosti, na koje prikriveni istražitelj može naići, su očigledno međusobno povezane i uslovljene. Drugim riječima, neizvršenje krivičnog djela je gotovo siguran način da prikriveni istražitelj bude otkriven. Čak i svako izbjegavanje ili odugovlačenje od strane prikrivenog istražitelja može izazvati ozbiljnu sumnju kod vođa kriminalnih grupa. S druge strane, organizatori mafijaških kriminalnih grupa su itekako upoznati sa mogućnostima policije da može uključiti, odnosno ubaciti prikrivenog istražitelja u kriminalnu grupu, zbog čega su veoma oprezni i sumnjičavi u svako problematično ponašanje njenih pripadnika. Svako otkrivanje prikrivenog istražitelja povećava opreznost u kriminalnom ambijentu, prije svega onom iz sfere organizovanog kriminaliteta. Zbog toga će policiji biti znatno otežano da ovu posebnu dokaznu radnju u praksi sprovedi.

1. Različiti vidovi ugrožavanja i zaštita prikrivenog istražitelja

Angažovanje prikrivenog istražitelja treba da bude efikasna ofanzivna metoda za borbu protiv kriminaliteta koja pripada savremenoj strategiji policijskog djelovanja ante delictum. Ta strategija zahtijeva duboko infiltriranje u zločinačku organizaciju, a ne korišćenje prikrivenog istražitelja samo kratkoročno, u okviru simulovanih pravnih poslova ili sličnih mjera. Odluku o angažovanju prikrivenog istražitelja donose organi van policije i ti organi vrše spoljašnju kontrolu policije, a ne neposrednu spoljašnju kontrolu prikrivenog istražitelja. To mora da bude sasvim jasno i nedvosmisleno u zakonskim rješenjima ako se očekuju ozbiljniji rezultati od ovog kriminalističkog i (u nastajanju kod nas) krivičnoprocesnog instituta.²

Uzimajući u obzir sve karakteristike savremenog kriminaliteta, a posebno ponašanje i djelovanje kriminalnih organizacija prema svima onima koji im se suprotstavljaju ili koji nastoje da otkriju i dokažu njihovu kriminalnu djelatnost, nameće se logičan zaključak da će prikriveni istražitelj biti izložen raznim vidovima ugrožavanja, koji su mogući najčešće usljed: 1) njegove neadekvatne djelatnosti i neodgovarajućeg ponašanja u kriminalnoj sredini, 2) njegovog otkrivanja od strane pripadnika kriminalne organizacije u kojoj on djeluje putem raznih njihovih metoda, 3) poštovanja zakonskih propisa u situaciji kada mu se nameće provociranje krivičnog djela ili učešće u izvršenju određenog krivičnog djela sa članovima kriminalne organizacije, 4) njegovog otkrivanja od strane neke druge kriminalne organizacije, u kojem kontekstu treba sagledati i interese te kriminalne organizacije i njeno postupanje u takvoj situaciji, kada ona može to svoje saznanje saopštiti "njegovoj" kriminalnoj organizaciji, vršiti vrbovanje, ucjenjivanje, prijetnje u cilju njegovog angažovanja da radi i za tu kriminalnu organizaciju, što svakako komplikuje situaciju prikrivenog istražitelja i dovodi u opasnost njegov život, 5) saopštavanja ili činjenja dostupnim informacija o angažovanom prikrivenom istražitelju kriminalnoj organizaciji u kojoj prikriveni istražitelj djeluje, i to od strane "krtice" u redovima organa unutrašnjih poslova ili drugih organa, 6) dolaženja u sukob "njegove" kriminalne organizacije sa policijskim snagama, čiji pripadnici nisu u situaciji da znaju za ulogu prikrivenog istražitelja 7) korumpiranja prikrivenog istražitelja.

Kako se iz prethodnog može konstatovati, zaštita prikrivenog istražitelja je veoma složen i odgovoran zadatak, tim prije što postoje razne mogućnosti njegovog ugrožavanja, što se ne mogu uvijek predvidjeti sve situacije i shodno njima planirati djelovanje prikrivenog istražitelja i što će u mnogim situacijama prikriveni istražitelj morati da sam donosi odluke i usmjerava svoju djelatnost, ne znajući za moguće opasnosti koje ugrožavaju njegovu bezbjednost. Zaštita prikrivenog istražitelja ne može biti samo problem nauke i prakse već i predmet zakonskog uređivanja.

² Miletić, S.: *Prikriveni islednik kao sredstvo normativnog reagovanja protiv organizovanog kriminala*, Policijska akademija, Beograd, 2005, str. 227.

Vrlo bitno pitanje koje se tiče prikrivenog istražitelja je njegova zaštita. U tom smislu, zaštita tjelesnog i psihičkog integriteta prikrivenog istražitelja, za vrijeme dok on obavlja svoje aktivnosti, predstavlja jedan od osnovnih zadataka organa zaduženih za provođenje operacije. Zbog toga su u kriminalističkim krugovima opšteusvojene sljedeće mjere zaštite prikrivenog istražitelja: (1) prikriveni istražitelj se izlaže svojim kontaktom s prestupnicima i organizacijama, pa se zbog lične zaštite i zbog kriminalističko taktičkih razloga legendira; (2) on treba da raspoláže posebno iznajmljenim stanom i adekvatnim novčanim sredstvima; (3) identitet se ne smije objelodaniti, osim pod pritiskom; (4) prikriveni istražitelj ne smije obavljati nikakvu kriminalističko-policijsku djelatnost, niti se baviti obradom predmeta; (5) ne smije učestvovati u lišavanju slobode i prismotri; (6) činjenica da je angažovan kao prikriveni istražitelj ne smije biti poznata unutar službe, ali i u njegovom privatnom životu. Neke države osiguravaju dodatnu zaštitu prikrivenog istražitelja na način da uz njega angažuju još jednog prikrivenog istražitelja, čiji je prvenstveni zadatak zaštita onog prvog.³

2. Faktori rizika angažovanja prikrivenog istražitelja

Zadatak prikrivenog istražitelja jeste da svojom neposrednom aktivnošću u okviru kriminalne grupe prikupi što više operativnih podataka na osnovu kojih će se potpuno rasvijetliti kriminalna aktivnost grupe i kasnije uspješno dokumentovati njeno kriminalno ponašanje. U obavljanju ovako složenog i odgovornog zadatka, prikriveni istražitelj nailazi na brojne opasnosti, kojih on mora biti potpuno svjestan, da bi znao kako u takvim prilikama da se postavi.

U postupku realizovanja svoje “tajne operacije”, prikriveni istražitelj je često primoran da preduzima određene mjere i radnje koje se nalaze na granici pravno dopuštenih, a nekada i same delikte, uključujući one najteže. Djelovanje u kriminalnom miljeu, posebno onom u kome se ispoljava organizovani zločin, podrazumijeva vršenje nezakonitih djelatnosti, tako da svako ko nastoji uspostaviti poziciju u takvoj sredini, a pri tome ostati čistih ruku, izaziva sumnju i podozrenje. Istovremeno, često se dokazivanje među kriminalcima i provjera lojalnosti upravo vrši kroz činjenje nezakonitih radnji, što predstavlja jedan od krucijalnih problema u angažovanju prikrivenog istražitelja. Svjesni da im policija u sopstvene redove može infiltrirati svoje prikrivene istražitelje, koji će pod legendom, predstavljajući se kao osobe sa druge strane zakona, nastojati da prikupe dokaze o njihovim nezakonitim postupcima, kriminalci polaze od pretpostavke (koja je čist rezultat nagona za samoodržanjem), da je svaka nepoznata i neprovjerena osoba potencijalni prikriveni istražitelj, te da je prije bilo kakvog intimnijeg i dubljeg kontakta treba testirati. Karta za ulazak u sofisticirane kriminalne grupacije često podrazumijeva inicijaciju – izvršenje najtežeg krivičnog djela od strane kandidata za novog člana, kao svojevrstan garant da u kon-

³ Simović, M., Simović, V. i Todorović, L.J.: *Krivični postupak*, Sarajevo, 2009, str. 135.

kretnom slučaju nije riječ o legendiranom policijskom službeniku. S druge strane, klasičan, tradicionalistički stav je da država, kroz svoje normativne akte, nikome ne može dati legitimaciju da vrši krivična djela, pa i u slučaju da se njima nastoje suzbijati druga, teža i društveno opasnija. Na taj način, institut prikrivenog istražitelja zapada u prilično bezizlaznu situaciju i kontradikciju sopstvene primjene, koja u cilju prevazilaženja nužno zahtijeva izvjesne korekcije prethodno navedenog stava o apsolutnoj zabrani participacije ovih lica u bilo čemu što ima predznak nelegalnog.⁴

Razmatranje problematike dopuštenosti ili nedopuštenosti izvršenja krivičnog djela od strane prikrivenog istražitelja ima smisla samo u slučajevima koji su u direktnoj vezi sa njegovim profesionalnim angažmanom. Drugim riječima, ukoliko istražitelj izvrši krivično djelo, ili na drugi način učestvuje u njegovom ostvarenju, nezavisno od svog angažmana, to pitanje se rješava prema opštim pravilima, dok specifičan pristup zahtijevaju samo one situacije u kojima izvršenje djela neposredno proizilazi iz njegove tajne misije, odnosno realizovanja naredbe o prikrivenom istraživanju. S obzirom na to, neophodno je odrediti u kojim slučajevima dolazi u obzir davanje legitimacije na vršenje krivičnih djela, i kojih krivičnih djela? Ti slučajevi bi se, prema mišljenju Marinkovića i Đurđevića, mogli grupisati u dvije skupine, i to:⁵ 1) izvršenje krivičnog djela od strane prikrivenog istražitelja u okviru kriminalne grupe, u cilju uspostavljanja lažnog ili sprečavanja otkrivanja pravog identiteta; i 2) izvršenje krivičnog djela u vezi sa nezakonitom djelatnošću koju prikriveni istražitelj istražuje, u cilju obezbjeđenja dokaza o krivici određenih lica.

Zakonski osnov za učestvovanje prikrivenog istražitelja u izvršenju druge grupe krivičnih djela ne bi trebalo posebno tražiti, s obzirom da nju eksplicitno daje sam zakon, propisujući simulovano pružanje poslovnih usluga i sklapanje pravnih poslova. Riječ je o posebnim dokaznim radnjama koje istovremeno predstavljaju i radnje koje (bi) po automatizmu (trebalo da) konzumira institut prikrivenog istražitelja, s obzirom na njegov smisao i suštinu, tj. zahtjeve koje treba da ispuni. U tim slučajevima, ove radnje bi predstavljale neku vrstu instrumenta (metoda) koji istražitelj koristi da bi obezbijedio dokaze o krivici predmeta istrage. Dakle, u odnosu na izvršenje krivičnih djela od strane prikrivenog istražitelja koja su u vezi sa nezakonitim djelatnostima koje on istražuje, a na osnovu kojih dolazi do odgovarajućih dokaza, treba primijeniti odredbe o simulovanim poslovima i uslugama kao osnov dopuštenosti takvih ponašanja, pri čemu sam zakon, dajući ovim djelima karakteristiku simulovanosti, što ona u suštini i jesu, istovremeno isključuje i njihovu protivpravnost.

Drugačija je situacija kada je riječ o prvoj grupi krivičnih djela, koja prikriveni istražitelj eventualno može vršiti kako bi uspostavio ili održao svoju legendiranu poziciju u kriminalnoj sredini. U ovim slučajevima bi se osnov dopuštenosti takvih

⁴ Marinković, D.: *Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode*, Beograd, 2010, str. 352.

⁵ Marinković, D. i Đurđević, Z.: *Prikriveni islednik u zakonodavstvu Srbije - analiza spornih pitanja primene*, Pravni život, Beograd, broj 10, 2007, str. 50.

ponašanja trebao tražiti u nekom od opštih instituta krivičnog prava koji isključuju postojanje krivičnog djela, od kojih se posebno izdvaja krajnja nužda. Naime, kao stanje krajnje nužde bi se mogle tretirati one situacije u kojima je prikriveni istražitelj primoran da izvrši određeno krivično djelo ako želi da se infiltrira u kriminalnu sredinu, ili, pak, ostane u njoj. Razlog je sljedeći – u situaciji kada treba da uspostavi kontakt sa kriminalcima, ili je to već učinio, odbijanje vršenja određenih krivičnih djela koja se ne mogu podvesti pod simulovane, često može značiti otkrivanje pravog identiteta prikrivenog istražitelja. Na taj način po njega nastupa specifično stanje opasnosti zbog potencijalne osvete kriminalaca koje je prevario, a koje u ekstremnim situacijama može rezultirati i likvidacijom samog istražitelja. Zato se u ovim slučajevima može govoriti o postojanju krajnje nužde, u kojem krivično djelo izvršeno radi otklanjanja navedene opasnosti gubi element protivpravnosti. Pri tome bi trebalo uvesti ograničenje da prikriveni istražitelj, u cilju uspostavljanja lažnog ili sprečavanja otkrivanja svog pravog identiteta, ne bi smio izvršiti teška krivična djela protiv života i tijela, poput ubistva, silovanja, teških tjelesnih povreda i sl., već bi (naravno u slučaju da je to moguće) morao prekinuti svoj dalji rad. Ukoliko to ne bi bio u prilici, s obzirom na faktičko stanje stvari, npr. neposredno mu je ugrožen život i tijelo, ili život neke druge osobe, pravo na otklanjanje istovremenog protivpravnog napada ili neskrivljene opasnosti bi proizilazilo iz opštih odredbi krivičnog prava, koje definišu nužnu odbranu i krajnju nuždu.

Profesor Škulić⁶ smatra da se izvršenje krivičnog djela od strane prikrivenog istražitelja, u vezi sa njegovim angažovanjem na tajnom isleđivanju nezakonitih djelatnosti, može rješavati u skladu sa pravilima koja se odnose na krajnju nuždu. On polazi od činjenice da se u praksi često postavlja pitanje kako postupiti u slučajevima kada istražitelj učini krivično djelo da bi spriječio otkrivanje svoje prave uloge i identiteta – npr. učestvuje u vršenju iznude sa ostalim članovima kriminalne grupe, jer bi odbijanjem učešća otkrio svoje pravo svojstvo. Takođe, još češće se može javiti situacija da istražitelj iz istih razloga ne učini ništa da spriječi određeno krivično djelo koje vrše pripadnici kriminalne grupe. Mišljenje Škulića je da se obe ove situacije, a posebno prva, isključivo mogu rješavati u skladu sa opštim pravilima koja se odnose na krajnju nuždu. To znači da prikriveni istražitelj ne čini krivično djelo ukoliko je odgovarajuću radnju, kojom je prouzrokovao krivičnopravno relevantnu posljedicu, preduzeo da bi time od sebe ili drugog otklonio istovremenu neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tome učinjeno zlo nije veće od zla koje je prijetilo. Međutim, u ovim slučajevima se može postaviti i pitanje da li je prikriveni istražitelj, tokom svog angažmana, dužan da se izlaže opasnosti (s obzirom na svojstvo službenog lica), usljed čega se može eliminisati konstituisanje krajnje nužde. Škulić smatra da takva dužnost postoji tokom uobičajenog obavljanja policijskih poslova, ali se njeno postojanje ne može uzeti u obzir i tokom tajnog, legendiranog angažmana koji ima karakter dokazne radnje. S jedne strane, dužnost

⁶ Škulić, M.: *Krivično delo prikrivenog islednika izvršeno u krajnjoj nuždi*, Pravni život, Beograd, broj 9, 2005, str. 683.

izlaganja opasnosti nije apsolutna, tako da ona ne postoji ako je u odnosu na lice na koje se odnosi postojala sasvim izvjesna opasnost od nastupanja smrtne posljedice. Pored toga, kako ističe Škulić, prikriveni istražitelj dužnost izlaganja opasnosti primarno ispunjava time što djeluje prikriveno u kriminalnom ambijentu, tako da ne bi imalo smisla tražiti od njega i zadovoljenje dodatne dužnosti u odnosu na postavljeni primarni zadatak, posebno ukoliko bi ispunjenje takve dužnosti uzrokovalo dodatnu opasnost po njegov život i tijelo. Takva dodatna opasnost, bez obzira što proizilazi iz službenog angažmana samog istražitelja, prevazilazi njegovu profesionalnu dužnost. Suština ovog shvatanja je da opasnost po prikrivenog istražitelja ne može biti svedena samo na njegov angažman u opštem smislu, već da tokom legendiranog djelovanja može nastupiti i sasvim konkretna opasnost. Ukoliko su u odnosu na takvu, konkretnu opasnost, ispunjeni zakonski uslovi za postojanje krajnje nužde, prikriveni istražitelj ima pravo i može izvršiti krivično djelo, u cilju otklanjanja takve opasnosti.⁷

Angažman prikrivenog istražitelja na neki način može doći i u sukob sa načelom legaliteta (obligatornosti) krivičnog gonjenja, odnosno sadržati izuzetak od njegovog strogog poštovanja. Radi se o slučajevima kada istražitelj na kriminalnoj sceni prisustvuje izvršenju određenih nezakonitih radnji od strane lica sa kojima je u kontaktu, ili posredno saznaje za njih. U ulozi prikrivenog istražitelja uglavnom se nalaze ovlašćena službena lica MUP-a, tj. policije, na čijoj strani postoji obaveza prijavljivanja krivičnih djela za koja se goni po službenoj dužnosti, odmah po saznanju da su ona izvršena, na šta se dalje nadovezuje (ako za to postoji dovoljno osnova) i samo krivično gonjenje, odnosno krivični postupak. Istražitelj o krivičnim djelima za koja sazna tokom svog tajnog angažmana može obavijestiti tužioca čim se za to steknu uslovi, a u krajnjoj opciji u konačnom izvještaju koji podnosi nakon okončanja svog zadatka. Ipak, konkretne životne prilike i okolnosti u tajnim istragama najčešće iziskuju taktičko odlaganje prijavljivanja takvih djela od strane istražitelja, kao i njihovog krivičnog gonjenja od strane tužioca (čime on, makar i privremeno, odstupa od načela legaliteta krivičnog gonjenja), u cilju daljeg opstanka istražitelja na zadatku i obezbjeđenja drugih dokaza, koji će teretiti glavne aktere kriminalnih djelatnosti koji su predmet istrage. Ako je ipak, iz različitih razloga, neophodno hitno lišenje slobode određenih učinilaca krivičnih djela, prikriveni istražitelj može svojim informacijama pripremiti „teren” za takve operacije koje će realizovati drugi policijski službenici, vodeći računa da se iste ne dovedu u vezu sa njim, te na taj način dekonspiriše cijeli zahvat tajnog angažovanja.⁸

⁷ Škulić, M.: *op. cit.*, str. 684.

⁸ Marinković, D.: *Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode*, Beograd, 2010, str. 358.

3. Pitanje dozvoljenosti ili nedozvoljenosti provociranja na krivično djelo

Kada je riječ o teorijskim promišljanjima vezanim za problematiku provokacije na krivično djelo, većina autora koji se njome bave smatra da djelatnost prikrivenog istražitelja može doći u obzir kao legitiman isljedni metod, zavisno od sljedećih okolnosti: 1) ko se provocira; 2) u pogledu kojih krivičnih djela se vrši provokacija; i 3) načina na koji se provokacija realizuje. Tako npr. ako protiv nekog lica postoji osnovana sumnja da vrši određena krivična djela, izvjestan oblik provokacije može biti dopušten ako bi se na taj način spriječilo vršenje budućih, planiranih delikata od osumnjičenog. U tom slučaju se vrši odmjeravanje između dva dobra – slobode ličnosti provociranog i njegove autonomnosti volje u pogledu donijetih odluka, s jedne strane, i sprečavanja izvršenja budućih krivičnih djela tog lica, u pogledu čijeg ostvarenja postoji osnovana sumnja, s druge strane. Provokacija se može smatrati opravdanom i dozvoljenom u slučaju da je osoba koja se provocira i prije navođenja na djelo donijela opštu, generalnu odluku da vrši zločine, tako da državni službenik u ulozi provokatora tu odluku samo konkretizuje.

O primjenljivosti provokacije u borbi protiv kriminaliteta posebno je interesantno mišljenje Wieczorek-a,⁹ koji smatra da prikriveni istražitelj može biti angažovan u radu na otkrivanju i razjašnjavanju nekih krivičnih djela, u slučaju postojanja jake sumnje o njihovom vršenju od strane određenog lica. Pri tome se ne smije desiti da osumnjičeni bude opredijeljen na vršenje tih djela upravo upornim uticajem od strane provokatora. Kriteriji dopuštenosti primjene ovog instituta su, prema Wieczorek-u, sljedeći: 1) osnov i razmjera postojeće sumnje u pogledu pretpostavljenog učinioca; 2) vrsta, intenzitet i svrha uticanja na pretpostavljenog učinioca od strane prikrivenog istražitelja; i 3) da se radi o naročito opasnom i teško dokazivom kriminalitetu. Razmjere postojeće početne sumnje u pogledu vršenja krivičnih djela od strane osumnjičenog treba da su takve da konstituišu osnovanu verziju da je to lice već izvršilo određeni broj krivičnih djela, a vjerovatnoća da će ih i ubuduće vršiti snažno je narasla. Pri tome kriminalistička obrada usmjerena prema tom licu nije na takvom nivou da bi pružila dovoljno osnova (dokaza) za uspješno vođenje i okončanje postupka, pa se djelatnost prikrivenog istražitelja javlja kao *ultima ratio*. Dalje, vrsta, intenzitet i svrha uticanja prikrivenog istražitelja na osumnjičenog moraju biti dozirani. To znači da on u okviru svoje djelatnosti ne smije koristiti prinudu, ucjenu, ne smije se služiti zabranjenim metodama saslušavanja, tjelesnom zlostavom, dugotrajnim upornim nagovaranjem, bagatelisanjem zločina na koji se govora i sl. Spremnost provociranog na vršenje krivičnog djela ispoljava se time što se on odmah nudi da izvrši sugerisano djelo, pokazuje spremnost za to, traži rok za razmišljanje ili čeka povoljnije vrijeme i prilike, i sl. Može se desiti da je on i prije podsticanja

⁹ Wieczorek, E.: *Ultima ratio: Der agent provocateur*, Kriminalistik, br. 6, 1985, str. 290.

provokatora preduzeo određene pripremne radnje za izvršenje djela, sačinio plan ili tražio eventualne saučesnike.¹⁰

Analizirajući djelatnosti prikrivenog istražitelja i njegov uticaj na izvršeno krivično djelo od strane podstrekavanog, Roduner¹¹ je izgradio učenje o konstitutivnom i konstatujućem zahvatu. Tako npr., u slučaju da prikriveni istražitelj svojom aktivnošću izazove izvršenje krivičnog djela, njegov rad će biti okarakterisan kao konstitutivan. Naprotiv, razotkrije li samo krivična djela koja bi inače bila izvršena i bez njegovog uticaja, tada je njegov rad konstatujući. Po Roduner-u, konstitutivni rad prikrivenog istražitelja je u svakom slučaju zabranjen, dok se konstatujući u izvjesnim slučajevima može smatrati dopuštenim. Problem je u iznalaženju onih elemenata radnje izvršenja počinioca krivičnog djela (provociranog) na koje je postupak prikrivenog istražitelja uticao, ali ne u mjeri da se okarakteriše kao konstitutivan. Takve elemente ovaj autor označava kao indiferente, i u njih spadaju ličnost prikrivenog istražitelja, kao i mjesto i vrijeme izvršenja krivičnog djela. Dopuštenost korišćenja prikrivenog istražitelja počiva na činjenici da bi osumnjičeni, koji npr. prodaje drogu prikrivenom istražitelju u vrijeme "X" na mjestu "Y", bio spreman tu istu drogu prodati u drugo vrijeme i na drugom mjestu nekom trećem licu, npr. profesionalnom dileru droge.¹²

Izvjestan oblik provokacije na krivično djelo je nužan u otkrivanju i dokazivanju određenih delikata, posebno onih koji spadaju u kategoriju konsensualnih. Iako možda na prvi pogled izgleda kao svojevrsan jeres kada je riječ o demokratskim društvima i njihovim standardima u suprotstavljanju kriminalitetu, provokaciju na krivično djelo treba tretirati kao djelatnost ambivalentnog karaktera, koja, fino dozirana, uz poštovanje određenih kriterijuma (prije svega u pogledu objekta provokacije, načina na koji se to čini i u vezi kojih kriminalnih djelatnosti), može predstavljati (i predstavlja) legalan metod otkrivanja i dokazivanja zločina. Teško je zamisliti infiltraciju u kriminalnu sredinu bez bilo kakvih primesa provokacije, odnosno navođenja, s obzirom da infiltracija nužno podrazumijeva i određeni kriminalni kontakt. Instituti prikrivenog istražitelja, a posebno simulovanih poslova i usluga, nisu mogući bez takvog kontakta, čija je suština upravo u provokaciji, navođenju (usmjeravanju) na zločin u cilju obezbjeđivanja dokaza. Radi prevazilaženja terminološke zbrke i problema, predlažemo da onu vrstu provokacije koja zadovoljava određene kriterijume na osnovu kojih se može smatrati legitimnom i legalnom, umjesto provokacijom nazovemo navođenjem ili usmjeravanjem. U tom kontekstu, djelatnost lica (prikrivenog istražitelja) koje navodi ili usmjerava na krivično djelo predstavljala bi samo „kanal” za usmjeravanje i sprovođenje postojećih i već oformljenih nezakonitih namjera i odluka, kroz koji ne smiju proticati i elementi podstrekavanja shvaćenog u krivičnopravnom smislu. Svakako da u razmatranju ove materije treba

¹⁰ *Ibidem*, str. 291.

¹¹ Roduner, E.: *Verdecte Ermittlungen, Grundlagen und Risiken/Keine einheitliche Rechtsprechung in der Schweiz*, Kriminalistik, br. 11, 1987, str. 621.

¹² *Ibidem*, str. 622.

ići i mnogo više u dubinu, tj. mnogo temeljnije sagledati sve aspekte ove problematike, posebno kada je riječ o utvrđivanju kriminalne predisponiranosti osumnjičenog. Ono što je sigurno jeste da precizna pravna regulativa, koja bi se odnosila na različite aspekte aplikacije istražnih tehnika sa primesama provokacije, kako u kriminalističkim obradama tako i krivičnim postupcima, predstavlja neophodan uslov eliminacije mogućih zloupotreba i poštovanja standarda legitimnog i legalnog suprotstavljanja kriminalitetu, čime se garantuje i poštovanje sloboda i prava građana uopšte.¹³

Analizirajući praktične aspekte primjene istražnih tehnika koje sadrže određene elemente provokacije na krivično djelo, zaključujemo da se one, zavisno od sadržine, odnosno načina i stepena umiješanosti prikriivenih istražitelja u njima, generalno mogu podijeliti u dvije kategorije. *Aktivna provokacija* podrazumijeva direktno učešće predstavnika zakona u ostvarenje određenog akta koji predstavlja nezakonito ponašanje. On uzima određenu kriminalnu ulogu i stupa u izvjestan odnos sa osumnjičenim, pregovara o izvršenju delikta, konkretizuje prilike i okolnosti njegovog ostvarenja - poput mjesta i vremena preduzimanja radnje izvršenja, sredstava izvršenja i sl. Klasičan primjer aktivne provokacije predstavlja simulovana kupoprodaja predmeta ilegalne trgovine, npr. opojnih droga, gdje prikriiveni istražitelj u ulozi pseudo-kupca ili prodavca raspravlja o mogućnostima nabavke robe, njejoj cijeni, kvalitetu, konkretizuje mjesto i vrijeme transakcije, način transakcije itd. Upravo zbog činjenice da legendirani prikriiveni istražitelj u ovim slučajevima uzima ulogu aktivnog učesnika kriminalnog akta, ova vrsta provokacije sadrži mogućnost nezakonitog postupanja, koje se u određenim slučajevima može podvesti i pod zakonom kažnjive djelatnosti. Za razliku od aktivne, *pasivna provokacija* se sastoji u osmišljavanju i stvaranju od strane predstavnika zakona takvih prilika i okolnosti koje pogoduju izvršenju krivičnog djela vezano za određenu problemsku situaciju, pri čemu oni sami ne uzimaju aktivno učešće u takvim operacijama. U ovom slučaju oni samo konstruišu objektivne uslove za nastanak delikta u određenom vremenu i prostoru, koji bi u realnim, sličnim prilikama i okolnostima bio izvršen na nekom drugom mjestu ili u drugo vrijeme. Pasivna provokacija na krivično djelo tehnički se može realizovati na dva načina – prvi je da predstavnik zakona uzima ulogu žrtve ili neke druge osobe, koja će samom svojom pojavom «privući» na sebe učinioca delikta, a drugi je postavljanje pod nadzorom određenih predmeta, objekata i sl., u takvo okruženje i ambijent u kome će biti primamljiva meta napada, odnosno plijen potencijalnih prestupnika. Zbog svoje prirode, smatramo da pasivni oblici provokacije ne mogu sadržavati podstrekavanje na krivično djelo ili druge oblike ponašanja koje ove djelatnosti mogu učiniti nezakonitim, odnosno nedozvoljenim.¹⁴

U zemljama anglo-saksonskog prava kao generalni naziv za razne oblike nanođenja na krivično djelo u cilju otkrivanja osumnjičenih lica i dokazivanja njihove

¹³ Marinković, D.: *op. cit.*, str. 387.

¹⁴ Marinković, D.: *Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo*, Bezbednost, Beograd, broj 2, 2005, str. 228.

krivice koristi se izraz *Sting operation*.¹⁵ *Sting* operacije se definišu kao kreirane i unaprijed osmišljene akcije pripadnika policije, koje se sastoje u stvaranju uslova, odnosno prilika i okolnosti pod kojima se poznati ili nepoznati (potencijalni) učinilac navodi na izvršenje delikta, tokom kojeg se obezbjeđuju dokazi i eventualno pristupa njegovom lišenju slobode.¹⁶ Jedna takva operacija bila bi izdavanje policijskog službenika za mušteriju ili kupca određenih zabranjenih usluga ili proizvoda na ilegalnom tržištu, s ciljem da navede lice koje takve usluge ili proizvode nudi na ostvarenje delikta koji se upravo sastoji u njihovoj prodaji, odnosno nuđenju na prodaju, tokom kojeg se lišava slobode, uz obezbjeđenje potrebnih dokaza koji potkrepljuju njegovu krivicu. U praksi, *Sting* operacije mogu imati različite modalitete:¹⁷ 1) pripadnik policije uzima ulogu kupca droge da bi se uhvatio njen prodavac, odnosno dobavljač; 2) predstavnik zakona se predstavlja za klijenta koji želi seksualne usluge, da bi se uhvatila prostitutka ili njen makro; 3) policajka uzima ulogu prostitutke, da bi se uhvatio klijent koji želi njene usluge;¹⁸ 4) predstavnik zakona se predstavlja za ljubitelja i kupca dječije pornografije u cilju hvatanja njenog dobavljača, odnosno prodavca; 5) uzimanje uloge dobavljača dječije pornografije, da bi se namamili njeni korisnici, odnosno pedofili; 6) angažovanje maloljetnika od strane policije da od odrasle osobe zatraži prodaju alkoholnih pića. U slučaju da dođe do prodaje alkohola maloljetniku, osoba koja na taj način prekrši zakon se sankcioniše, itd.

Osmišljena, kontrolisana akcija državnih organa zaduženih za suprotstavljanje kriminalitetu, u kojoj njihov pripadnik uzima ulogu običnog građanina – potencijalne žrtve u nadi da će pod određenim okolnostima privući prestupnika da izvrši delikt nad njim (najčešće je riječ o deliktu nasilja) naziva se *Decoy Operation* (mamac operacija).¹⁹ *Honey Trap* (medena zamka) je vrsta *Sting* operacije u kojoj se prekršilac zakona mami (navodi) na delikt, čije se izvršenje tajno nadgleda od strane policijskih službenika, na koji način se obezbjeđuju dokazi koji potvrđuju njegovo nezakonito ponašanje.²⁰ «Medena zamka» u stvari predstavlja generalni,

¹⁵ *Sting operation* se može prevesti kao operacija ubod - žaoka, mada preneseno značenje ovog izraza označava neku vrstu prevare, odnosno namještaljke.

¹⁶ Nash, J. R.: *Dictionary of Crime*, London, 1992, str. 369.

¹⁷ Internet: http://en.wikipedia.org/wiki/Sting_operation

¹⁸ U ovom slučaju mora se ispoštovati sljedeća procedura postupanja, kako bi se izbjegla odbrana okrivljenog zasnovana na entrapment-u: 1) potencijalni mušterija mora sam prići policajki u ulozu prostitutke, nikako ga ova ne smije prva kontaktirati verbalno ili konkludentnom radnjom; 2) nakon što mušterija kontaktira “prostitutku” ona dalje može preduzeti aktivnu ulogu u dogovaranju cijene potencijalnih seksualnih usluga i njihove vrste, te u vezi istih postići konsenzus; 3) dogovorom je nužno odrediti i mjesto (koje je obično unaprijed pripremljeno i na kojem se nalaze policajci u zasjedi) gdje će se obaviti seksualni čin. Uobičajeno je da se odmah po dolasku klijenta i “prostitutke” u prostoriju ili drugo ugovoreno mjesto za pružanje seksualnih usluga, pristupa lišenju slobode klijenta od strane posebne ekipe za hapšenje.

¹⁹ Nash, J. R., *op. cit.*, str. 97.

²⁰ Internet: http://en.wikipedia.org/wiki/Honey_trap; Ovaj termin se takođe koristi i u detektivskim i špijunskim novelama kao sinonim za klopku namijenjenu delinkventu, u kojoj se koristi određeni seksualni poticaj žrtve na učinioca krivičnog djela iz oblasti seksualnih delikata (prije svega kod silovanja).

општи матас који је усмјерен на непозната или позната лица оsumњичена за извршење одређених деликата, управо у циљу да се те особе наведу на извршење криминалног акта, током којег ће бити лишени слободe.²¹

Zaključak

U naučnoj i stručnoj javnosti prisutno je mišljenje da primjena izvjesnih materijalnih i procesnih rješenja u postupku sprečavanja i suzbijanja savremenih formi kriminaliteta, kojima se duboko zadire u sferu građanskih sloboda i prava, nije lako prihvatljiva za krivično zakonodavstvo, te da se time ono može pretvoriti u instrument totalitarne države. Ekstremne forme takvih stavova čak ističu i da će se stavljanjem u ruke istražnim organima tako moćnih i ofanzivnih dokaznih tehnika, poput tajnog audio i video nadzora, ili mjera infiltracije u kriminalnu sredinu, stvoriti savremeni pretorijanci u vezi kojih će moderna, demokratska država i društvo ponovo postaviti pitanje – ko će stražariti nad stražarima (lt. *Quis custodiet ipsos custodes*)? Smatramo da su takvi stavovi i strahovi neopravdani, te da je ispravnije i racionalnije razmišljati upravo u suprotnom smjeru - davanjem podrške efikasnim rješenjima i metodama namijenjenim suzbijanju organizovanog, ali i drugih teških oblika kriminaliteta, krivično zakonodavstvo ne samo da neće postati policijski instrument torture i gušenja demokratije, već će se još više staviti u funkciju očuvanja opšte društvene sigurnosti, što je ujedno osnovni cilj i smisao njegovog postojanja. Time će se policiji i pravosudnim organima omogućiti primjena efikasnih, legitimnih i legalnih procedura, putem kojih će biti sposobni da uspješnije realizuju povjerenu misiju suprotstavljanja kriminalu. Ono što je posebno važno u ovom slučaju jeste propisivanje konciznih zakonskih normi, koje će urediti postojanje i primjenu takvih procedura i rješenja u skladu sa univerzalnim demokratskim principima i standardima, te predviđanje strogog nadzora i kontrole samog postupka primjene takvih procedura i rješenja, kako bi se izbjegle eventualne zloupotrebe.

U sudskoj praksi podstrekavanje treba posmatrati u krivičnopravnom smislu, što znači da ovlaštena službena lica svojim radnjama ne smiju uticati da se kod izvršioca krivičnog djela stvori ili učvrsti odluka za izvršenje krivičnog djela. Navedeno znači da se prikrivenom istražitelju ne može nametnuti zahtjev apsolutne pasivnosti prilikom izvršenja ove radnje, nego se njegova aktivnost u odnosu na izvršioca mora kretati u granicama već stvorene i učvršćene odluke izvršioca krivičnog djela. Dakle, ukoliko je kod izvršioca donesena definitivna odluka o izvršenju krivičnog djela i ukoliko ista nije kolebljiva, te je izvršenje krivičnog djela samo stvar prilike i vremena, onda ne postoje radnje podstrekavanja.

Podstrekavanje podrazumijeva umišljajno izazivanje ili učvršćivanje volje kod podstreknutog da izvrši krivično djelo. Postojanje policijske provokacije, odno-

²¹ Marinković, D.: *Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode*, Beograd, 2010, str. 398.

sno podstrekavanje od strane prikrivenog istražitelja se ne pretpostavlja, već osumnjičeni mora da iznese dokaze koji daju osnovu za sumnju da je bio podstreknut na izvršenje krivičnog djela koje sam ne bi učinio. Akcenat je na voljnom procesu koji je neposredno prethodio izvršenju krivičnog djela i ocjeni da li je aktivnost policijskih organa stvorila ili konkretizovala kod osumnjičenog odluku o izvršenju krivičnog djela. U praksi Evropskog suda za ljudska prava, smatra se da su proaktivne djelatnosti tajnih policijskih istražilaca saglasne Konvenciji ukoliko ne pređu u djelatnost „agenta provokatora”.

LITERATURA

- Bošković, M. i Matijević, M.:** *Kriminalistika operativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2007.
- Marinković, D. i Đurđević, Z.:** *Prikriveni islednik u zakonodavstvu Srbije - analiza spornih pitanja primene*, Pravni život, Beograd, broj 10, 2007.
- Marinković, D.:** *Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode*, Beograd, 2010.
- Marinković, D.:** *Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo*, Bezbednost, Beograd, broj 2, 2005.
- Matijević, M. i Mitrović, D.:** *Kriminalistika operativa*, Internacionalna asocijacija kriminalista, Banja Luka, 2011.
- Miletić, S.:** *Prikriveni islednik kao sredstvo normativnog reagovanja protiv organizovanog kriminala*, Policijska akademija, Beograd, 2005.
- Nash, J. R.:** *Dictionary of Crime*, London, 1992.
- Roduner, E.:** *Verdeckte Ermittlungen, Grundlagen und Risiken/Keine einheitliche Rechtsprechung in der Schweiz*, Kriminalistik, br. 11, 1987.
- Simović, M., Simović, V. i Todorović, LJ.:** *Krivični postupak*, Sarajevo, 2009.
- Škulić, M.:** *Krivično delo prikrivenog islednika izvršeno u krajnjoj nuždi*, Pravni život, Beograd, broj 9, 2005.
- Wieczorek, E.:** *Ultima ratio: Der agent provocateur*, Kriminalistik, br. 6, 1985.
- http://en.wikipedia.org/wiki/Sting_operation

Assistant professor Uroš PENA, PhD,
Directorate for coordination of police bodies BiH
E-mail: urospena@hotmail.com

Dragan Mitrović
Directorate for coordination of police bodies BiH
E-mail: drmitrovic@blic.net

QUESTION OF ADMISSIBILITY OR INADMISSIBILITY OF COMMITTING A CRIMINAL OFFENSE BY AN UNDERCOVER INVESTIGATOR

Summary

One of the basic questions whose solution must be taken into account when constituting a criminal law is in which proportion to acknowledge him two opposing tendencies, antagonistic appointed. The first is the tendency for efficacy of the criminal law, which includes endeavor that each offender is detected, prosecuted and sanctioned, regardless of the manner in which this is achieved, while others put the emphasis on man as an individual with corpus of their freedom and rights as a shield from the „intractable state forces“ which, among other things, materializes criminal standards.

Domestic legislation expressly prohibits to undercover investigator to encourage committing criminal offenses, by which there is a possibility of punishment. This means that the undercover investigator can't be an agent provocateur, and can't in any way to encourage the commission of the crimes, ie. he can't take any actions that in any way could be characterized as incitement to committing criminal acts. If the undercover investigator instigated the commission of the offense, it is a circumstance which excludes prosecution of person that is instigated. Incitement to commit the crime is any act which intentionally causes or reinforces the decision of another person to commit the crime, and by the CPC it is prohibited and punishable for an undercover investigator to instigate another to commit the offense.

Provocation and incitement to crime is necessary to observe as two different kinds of activities, where incitement is punishable by law activity, while provoking the offense may be punishable and impermissible by law, but also allowed as a legitimate method of proving criminal acts.

The undercover investigator, during the engagement in such a role, has two huge dangers that can easily come across, if he is not maximally concentrated, intelligent, shrewd, clever and most importantly, resourceful, to pull himself of any such danger, and not to be discovered. These two dangers are not to be discovered

Питање допуштености или недопуштености извршења кривичног дјела од стране ...

and not to commit the crime. Both of these dangers must be kept under control and successfully avoid them. So, there must be beforehand prepared and elaborated legend for each possible version of these dangers.

Keywords: undercover investigator; instigation, the offense, the responsibility, ...

КРИМИНАЛИСТИЧКИ И КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПРИНЦИПИ КОРИШЋЕЊА ИНФОРМАТОРА У СУЗБИЈАЊУ КРИМИНАЛА

Доц. др Миле Шикман*

Апстракт: *Коришћење информатора у сузбијању криминала није никаква новина у криминалистичком смислу. Заправо, коришћење информатора представља традиционални, оперативни, метод рада полиције у откривању кривичних дјела и учинилаца (често се констатује да је полицијски службеник успјешан, онолико колико има добре информаторе). Истовремено, ово питање је и изузетно осјетљиво, јер је однос на релацији ‘инспектор-информатор’ често двосмјерне природе, што може да има одређене импликације и на рад полиције (одлив информација, уступци информатору, итд.). Поред наведеног, информатор може имати и процесни значај у сузбијању криминала, будући да је његово коришћење регулисано и кривичнопроцесним законом. Дакле, информатор не само што има оперативни значај (прије свега хеуристички), он има и доказни значај, у смислу прикупљања и обезбјеђивања доказа. Овај карактер информатора даје му посебну димензију (и сензибилност). У сваком случају, на основу наведеног, произилази да коришћење информатора у сузбијању криминалитета 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 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. Ипак, без обзира што се ради о врло значајној радњи откривања и доказивања кривичних дјела и учинилаца, у практичном смислу њени домети су врло ограничени. У оперативном смислу коришћење ове радње је оптерећено мно-*

* Доц. др Миле Шикман, Управа за полицијско образовање МУП-а Републике Српске, Бања Лука.

губројним потешкоћама које се одражавају на рад полиције, док у процесном смислу ова радња се и не користи (до сада нити у једном случају није коришћен информатор као посебна истражна радња). Због тога је нужно унапређење постојећих и изграђивање нових криминалистичких и кривичнопроцесних процедура, стандарда и принципа коришћења информатора у сузбијању криминала. У раду ће бити приказани неки од могућих стандарда и рјешења која се тичу оперативног, али процесног коришћења ове изузетно корисне, али и осјетљиве радње.

Кључне ријечи: информатор, криминалистика, кривичнопроцесно право, принципи, криминал, сузбијање криминала.

ПОЈАМ ИНФОРМАТОРА

Улога информатора у заштити друштва од криминалитета је нужна и оправдана, нарочито у оним његовим сегментима који спадају у тешка кривична дјела, организовани криминалитет и консенсуални криминалитет. Заправо, коришћење информатора посебно долази у обзир код тежих и сложенијих случајева организованог криминала, било у погледу криминалног организовања, било у погледу криминалних активности. Тако се информатор може успјешно користити код оних криминалних организација које карактерише висок степен затворености, те је теже инфилтрирати прикривеног истражитеља или приликом разоткривања криминалних активности у вези кријумчарењем и нелегалном трговином наркотицима, оружјем и муницијом, кријумчарење људима и других тешких кривичних дјела.¹ С друге стране, јавни интерес и сигурност грађана захтијевају да се храброст и спремност на сарадњу ових лица, без обзира на мотив, поштује и максимално штити.² Ипак, коришћење информатора у сузбијању криминалитета, а посебно његових најтежих облика, као што је организовани криминалитет, мора бити строго контролисана и пажљиво пред-

¹ Дакле, коришћење информатора у сузбијању организованог криминалитета може да представља најефикаснију и најјефтинију истражну методу. Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Cincinnati: Anderson Publishing Co, 241.

² Наиме, врло често су о информаторима присутни негативно мишљење и ставови. С једне старане, 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“ примедби, 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.

узета.³ Једноставно, информатори, својим информацијама, посебно када се ради о криминалним активностима које доносе огроман профит (нпр. трговина дрогом, трговина оружјем, трговина људима, и др.), могу лако истражитеља (агенцију за спровођење закона) да обману, односно доведу у замку.⁴

Питање коришћења информатора у сузбијању криминала код нас је поприлично заступљено. Постоји значајано теоријско обухватање ове проблематике, као и велико практично искуство. Ипак, много је проблема и даље присутно и отворено. Заправо, чини се да садашња литература по овом питању не прати актуелну проблематику, при чему је практично поступање са информаторима препуштено искуству, а врло често и импровизацијама. Стиче се утисак да је ово "општепозната" тема којој се не посвећује довољна пажња (у теорији су заступљеније "атрактивније теме" попут савремених метода сузбијања криминала, а у пракси се користе "атрактивније радње" попут прикривеног истражитеља). Постојећем концепту коришћења информатора у сузбијању криминала могао би да се наведе низ замјерки: превазиђена схватања, неадекватне класификације, запостављање његовог кривичнопроцесног аспекта, непотпун законски и подзаконски оквир његовог коришћења, недовољно изграђени принципи и стандарди коришћења информатора, и други.

Информатор је лице које је ангажовано од стране агенција за спровођење закона ради добровољног, повремениог или трајног, али увијек тајног (конспиративног), доставља информације агенцијама за спровођење закона (прије свега полицији и тужилаштву) о активностима криминалног карактера или предузима какве друге мјере и радње, а које могу бити од значаја за спријечавање, откривање, расвјетљавање и доказивање кривичних дјела и лишење слободе учинилаца.⁵ Дакле, информатором се може сматрати свако лице које на напријед наведеним основама (добровољно, повремено или константно, тајно) даје информације⁶ полицији или тужилаштву или предузима какве друге мјере и

³ 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. В. (2008). *Criminal Investigation*, Fourth Edition, New York: McGraw Hill, p. 457.

⁴ Berg, L. В. (2008). *Criminal Investigation*, Fourth Edition, New York: McGraw Hill, p. 457.

⁵ Упореди: Алексић, Ж., Шкулић, М., Жарковић, М. (2004). *Криминалистички лексикон*, Смедеревска Паланка: Дигитал Дизај, стр. 109; Бошковић, М., Матијевић, М. (2007). *Криминалистика оператива*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова; Петровић, Б. (2004). *Наркокриминал*, Сарајево: Правни факултет, стр. 306.

⁶ Информација (лат. *informatio*), вијест, порука, обавјештење које се у ужем смислу односи на неке чињенице, а у ширем на облике мишљења. У друштвеним односима посебан значај имају јавне информације државних органа и институција (намијењене обавјештавању јавности) и научне информације које изражавају закономјерности у објективном свијету. У криминалистичкој пракси информација се схвата као промјена настала у вези са извршењем кривичног дјела. Криминалистичке информације се могу подијелити на оперативне и доказне. Види опширније: Бошковић, М. (1999). *Криминолошки лексикон*. Нови Сад: Матица српске, стр. 110; Алексић, Ж., Шкулић, М., Жарковић, М. (2004). *Криминалистички лексикон*, Смедеревска Паланка: Дигитал

радње, које се могу користити за откривање и доказивање кривичних дјела. Јасно је да је то оно лице које располаже битним информацијама које се односе на одређене чињенице (а не било какве) које могу имати оперативни или доказни карактер (лични и материјални докази). Оперативне информације могу имати оргоман значај у поступку откривања и расвјетљавања кривичног дјела и проналажењу и лишавању слободе учиниоца, али не могу послужити као основ доношења пресуде, за разлику од доказних информација (под условом да су на законит начин прикупљене). Поред тога информатор организовано и тајно поступа по упутствима и задацима припадника полиције или тужилаштва и пружа им информације и податке о кривичним дјелима, учиниоцима, мјестима гдје се могу наћи докази и саучесници, као и друге информације које су релевантне и које су у вези са криминалном дјелатношћу и од значаја за сузбијање криминала. Исто тако информатор, осим давања података, може да обавља и друге послове као подршку криминалистичким обрадама, укључујући упознавање са криминалним структурама, увођење прикривеног истражитеља у криминалну организацију, стварање услова за постављање средстава за тајни надзор и техничко снимање, и друге активности. Наиме, сама инфилтрација прикривеног истражитеља у криминалну организацију као процес довођења прикривеног истражитеља у реално најизгледнију позицију из које ће му бити омогућен приступ криминалној организацији, њеним структурама, плановима, итд. је веома захтјевна и неизвјесна активност. Криминалне организације, односно њени чланови, а посебно управљачка структура, су врло опрезне када је ријеч о непровјереним и непозданим партнерима. Због тога, врло често је потребно ангажовати информатора, који ће "гарантовати" за прикривеног истражитеља, те омогућити његово увођење у криминалну организацију или склапање симулованих послова са криминалном организацијом.⁷

Ипак, у теорији, посебно криминалистичкој, присутни су различити приступи овој проблематици. Посебно су изражени проблеми термилошке природе. Тако се, врло често, користе стручни термини попут информатор, информант, доушник, поузданик, вигилант, сарадник, оперативна веза, и друго, као и жаргонски називи као што су цинкарош, потказивач, пребег, њушкало, шпијун,

Дизај, стр. 110.

⁷ Заправо, информатор тада потврђује креирану легенду прикривеног истражитеља, потврђујући његов "нови" идентитет и криминалну прошлост. Врло често информатор је тај који омогућава остваривање првог контакта прикривеног истражитеља са осумњиченим лицем. Такође, информатор омогућава прикривеном истражитељу стално изграђивање и учвршћивање увјерења у криминалним структурама о себи као особи која је одана и поуздана, а све то уз припремљену легенду о свом цјелокупном идентитету. Исто тако, информатор може да буде веома значајан и приликом остваривања и одржавања контакта са прикривеним истражитељем. Ово посебно долази до изражаја када није могуће остварити директни контакт са прикривеним истражитељем, или би то било скопчано са знатним потешкоћама, те би могло цијелу прикривену операцију довести у питање. На крају, информатор може агенцијама за спровођење закона помоћи и током провјеравања и контроле рада прикривеног истражитеља (као један од начина).

тастер и слично. Сматрамо да је термин информатор адекватан и да на прави начин означава лице које даје информације које се односе на неке чињенице. У том смислу, мишљења смо да је непотребно ширити термилошке дискусије око назива информатора, дајући му већи или мањи значај у односу на термилошку одредницу. Поред тога изражени су и проблеми у садржајном смислу, односно погледу лица које може бити информатор. Тако се поставља питање на који начин су та лица дошла до информација корисних за истрагу (да ли случајно или на неки други начин, укључујући и само вршење криминалне активности), који су им мотиви давања информација (материјални, морални, итд.), какав је карактер информација које достављају (повјерљиве, мање повјерљиве, неповјерљиве), на који начин и коме саопштавају информације (конспиративно, прикривено или отворено, какав статус има информатор (припадништво криминалној организацији, чланство у криминалној групи, припадништво јавним или државним институцијама и слично), итд. У сваком случају, најопштије посматрано то су лица која саопштавају битне информације (оперативне или доказне) у повјерењу, повремено или континуирано полицији, која их и ангажује, или предузимају какве мјере и радње по налогу полиције и тужилаштва (а по одобрењу суда), а које могу бити од значаја за откривање и доказивање кривичних дјела (прикупљање личних и материјалних доказа), при чему се рад са овим лицима заснива на сарадњи полиције са грађанима или се формализује на начин предвиђен законом (Законом о кривичном поступку).

Надаље, јасно је да не можемо свако давање информација и лица која дају те информације, сматрати и користити као информаторе, а нарочито не у смислу коришћења информатора као посебне истражне радње. Потребно је ангажовање и рад са информаторима разликовати од сличних активности, као што су нпр. прикупљање претходних обавјештења и информација. Претходна обавјештења и информације полиција и тужилаштво прикупља од свих грађана којима су познате поједине чињенице у вези са кривичним дјелом и учиниоцем, док информатори представљају лица која су посебно ангажована на добровољној основи у циљу пружања полицији или тужилаштву релевантне информације од значаја за откривање и доказивање учињених кривичних дјела или за вршење нових дјела, као и за друге послове безбједности, а њихови субјективни и објективни услови омогућавају такву њихову дјелатност.⁸ Исто тако, потребно је коришћење информатора разликовати од коришћења прикривеног истражитеља. Основна разлика је у чињеници да је информатор цивилно

⁸Према томе, стварање и рад са информаторима не може се идентификовати са криминалистичко-тактичком радњом прикупљања претходних обавјештења од грађана, која представља ширу и свакодневну активност полиције која се односи на неограничени број грађана, док се рад са оперативним везама односи искључиво на одређен број лица која су ангажована уз њихов пристанак за такву сарадњу. Ни одређене процесне одредбе које се односе на позивање грађана, разговор са њима и документовање садржаја разговора не могу се примјенити на оперативне везе са којима је полицијски рад строго конспиративан. У: Бошковић, М., Матијевић, М. (2007). *op. cit.*, стр. 325.

лице, а прикривени истражитељ је полицијски службеник/овлашћено службено лице. Из ове чињенице произилазе и све остале разлике. Најбитнија је, свакако, да прикривени истражитељ располаже законским овлашћењима⁹ у току реализације посебне истражне радње, док та овлашћења нема информатор. Такође, прикривени истражитељ наступа са измјењеним идентитетом (креираном легендом), укључујући и “нова” докуметна (личну карту, возачку дозволу, пасош, и слично) која може користити у правним пословима, док приликом коришћења информатора не постоји потреба за прикривањем његовог стварног идентитета, јер је управо суштина рада са информаторима достављање информација којима они већ располажу. Поред тога прикривени истражитељ се обично инфилтрира у криминалну средину (криминалну организацију) с циљем тајног дјеловања и прикупљања доказа, док информатор и сам потиче из криминалног окружења, тако да не постоји потреба његовог посебног тајног инфилтрирања. Уз то, уобичајене дилеме које се неминовно јављају уз коришћење прикривених истражитеља и информатора у вези с извршењем кривичних дјела, рјешавају се у духу института материјалног кривичног права о крајњој нужди, сили и пријетњи као разлогу искључења противправности, односно кривице за извршено дјело.¹⁰ С друге стране, и информатор, као и прикривени истражитељ, дјелује на основу истих законских услова (Закон о кривичном поступку), те своје активности остварује у криминалној средини.¹¹ На крају можемо навести и друге предности ангажовања информатора у сузбијању организованог криминалитета у односу на неке друге посебне истражне радње. Као прво, рад са информаторима је традиционална криминалистичка (оперативно-тактичка) радња, те да је кроз дуго времена свог постојања и коришћења показала значајне резултате у криминалистичком раду на откривању и доказивању кривичних дјела и њихових учинилаца, а тиме и своју оправданост. Осим тога, овом методом знатно мање се ограничавају основна људска права, него неком другом посебном истражном радњом, а поред тога не изискује посебне захтјеве у погледу избора, припреме, обуке, финансијских издатака и неких других сложених аспеката ангажовања, као што је случај нпр. са прикривеним истражитељем. С друге стране, практични аспекти ангажовања информатора могу представљати предности у односу на ангажовање прикривеног истражитеља. Ова чињеница је посебно изражена у малим срединама, па чак и држава-

⁹ Мисли се првенствено на овлашћења којима располажу полицијски службеници, а која су им дата појединим законским прописима. Нпр. у Републици Српској полицијска овлашћења су прописана Законом о унутрашњим пословима, Законом о полицијским службеницима, као и Законом о кривичном поступку (у току истраге) и Законом о прекршајима када се поступа у оквиру кривичног или прекршајног поступка.

¹⁰ Видети: Стојановић, З. (1999). *Коментар КЗ СРЈ*, Београд: Савремена администрација, стр. 52.

¹¹ 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.

ма које су релативно мале по пространству и броју становника (какав је знатан број европских држава, укључујући и земље у региону: БиХ, Србија, Хрватска, Црна Гора, Македонија, Словенија, Албанија, итд.), гдје о криминалним круговима није тешко прикупити информације о неком лицу које је потенцијално нови члан или криминални партнер. Такође, у ужим просторним оквирима, са мањим бројем чланова друштвене заједнице, преступници готово по правилу знају све припаднике полицијских и других безбједносних служби, тако да у случају додјеливања овим другим тајног задатка, њихов фиктивни идентитет лако може бити откривен. Зато се често као једино рационално и изводљиво рјешење намеће управо оно које информатору даје улогу прикривеног истражитеља, у ком случају се ништа не фингира када је ријеч о идентитету истражног субјекта. Оно о чему се максимално мора водити рачуна јесте тајност његовог ангажовања од стране полиције.¹²

КЛАСИФИКАЦИЈА ИНФОРМАТОРА

Питање класификације информатора је сложено и зависи од аспекта посматрања. Класификација као нужан методолошки приступ у процесу организовања информација ради њиховог лакшег проучавања, има прије свега теоријски карактер када је ријеч о информаторима. Њена практична примјенивост је доста упитна. Наиме, у нашој, али и иностраној литератури, присутни су различити критеријуми класификације информатора, узимајући свакако у обзир и ауторски приступ класификацији. Тако постоје различите врсте лица које достављају информације, од неповјерљивих до потпуно повјерљивих, од мање поузданих до потпуно поузданих, итд. За њихово означавање користе се различите термиолошке одреднице (информант, информатор, сарадник, оперативна веза, итд.). У пракси ови критеријуми могу стварати многобројне проблеме, па и злоупотребе. Да ли се ради о оперативној вези или информатору, сараднику или информанту, остаје на оперативном раднику да о томе одлучи, а у складу са тим и поступа према њима. Затим питања прерастања односа из једне категорије информатора у другу је доста спорно и подложно различитим врстама злоупотреба. Дакле, у сваком случају се ради о лицу које, на напријед наведеним основама и напријед наведени начин, доставља полицији информације. Најважније је правити разлику да ли се информатор користи као оперативна радња или као посебна истражна радња. То је суштинска разлика. У том контексту сматрамо да лица која полицији или тужилаштву достављају информације треба назвати збирним називом “информатори”, без даљих термиолошких класификација, при чему је нужно правити разлику да ли се ради да информанте користе у оперативне или доказне сврхе.

Ипак, ради коезистентности, уз уважавање досадашњих напора аутора у

¹² Маринковић, Д.: *Сузбијање организованог криминала*, Прометеј, Нови Сад, 2010, стр. 400.

овом правцу, даћемо приказ неких класификација информатора. Наш професор Водинелић разликује двије категорије лица која полицији тајно саопштавају информације значајне за њено криминалистичко поступање: информанте и информаторе¹³, док у оквиру информатора разликује три категорије лица: поузданике (гаранте), вигиланте и агенте провокаторе¹⁴. Професори Матијевић и Бошковић у смислу коришћења информатора сматрају стварање оперативних веза које се заснивају на непосредном оперативном раду припадника полиције који раде на сузбијању криминалитета, реализујући план оперативног рада ширећи и усклађујући оперативни рад у зависности од садржаја добијених оперативних информација. У том контексту разликују двије врсте оперативних веза и то: информатор и сарадник.¹⁵ Професори Кривокапић и Крстић, врше подјелу према критеријуму усмјерености, те оперативне везе дјеле на: информаторе, консултатне и опсерваторе.¹⁶

¹³ Под информантима подразумијева лица која случајно и пригодно сазнају за планирана или извршена кривична дјела и њихове учиниоце, а најчешће их карактерише чињеница да често контактирају са веома разноликом категоријом лица, те су у прилици да сазнају многе информације, укључујући и информације из криминалног миљеа. Информатори су лица спремна да не припадајући полицији, на дуже вријеме, а свакако више од једног случаја, истражним органима пружају криминалистичке и кривичноправно релевантне информације, при чему се њихов идентитет и улога начелно чувају у тајности. Водинелић, В. (1994). Проблематика криминалистичко тактичких института – информант, информатор, прикривени полицијски извиђач у демократској држави, *Безбедност*, бр. 2, Београд: Министарство унутрашњих послова Србије, стр. 181-182.

¹⁴ Поузданик је грађанин коме полиција вјерује на основу цјелокупног проучавања његове личности и искустава у конспиративном раду са њим. Вигилант, припада криминалним круговима, вршио је или врши кривична дјела, креће се у криминалним срединама, што је његова главна одлика. Агент провокатор је лице које подстрекава друго лице на вршење кривичног дјела, како би то лице било затечено у његовом извршењу, *in flagranti*. Водинелић, В. (1994). *op.cit.*, стр. 181-182.

¹⁵ Под информатором се подразумијева лице које је ангажовано од полиције и које добровољно пружа податке и информације од значаја за супротстављање криминалитету и за вршење других унутрашњих послова из области безбједности. Сарадник по структури дјелатности, степену повјерљивости и по односу са припадником полиције, представља садржајнији и сложенији вид оперативне везе у односу на информатора. Сарадник представља лице које је добровољно пристало на сарадњу са полицијом и које свјесно, организовано и тајно поступа по упутствима и задацима припадника полиције и пружа им информације и податке о кривичним дјелима, учиниоцима, мјестима гдје се могу наћи докази и саучесници, као и друге информације које су релевантне и које су у вези са криминалном дјелатношћу и од значаја за обављање унутрашњих послова. Бошковић, М., Матијевић, М. (2007). *op.cit.*, стр. 324-325.

¹⁶ Информатори су лица која најчешће случајно или пригодно сазнају информације које се односе на криминалну активност и обрате се полицији тим информацијама. Консултанти могу да буду лица која посједују разноврсна специјалистичка знања из одређених значајних за конкретну криминалистичку обраду (стручњак за рачунарске системе и др.). Опсерватори су лица која најчешће по природи свог посла могу да дођу до одређених информација значајних за криминалистички рад (конобари, рецепционари, таксисти). У: Кривокапић, В., Крстић, О. (1999). *Криминалистика тактика II*. Београд: Полицијска академија, стр. 348.

У америчкој литератури информатор је свако лице које пружа корисне и поуздане информације о криминалним активностима агенцијама за спровођење закона на основу којих се могу прикупити и обезбједити докази о извршеном или планираном вршењу кривичних дјела.¹⁷ Класификовано је пет категорија грађана са којима полиција контактира и који могу представљати извор информација: *Грађанин са јавном свијешћу* је категорија грађана која даје податке добровољно и није мотивисана никаквим посебним интересом, а има карактеристике информатора у смислу пријатељских, родбинских, познаничких и других веза; *Анонимни грађани* су категорија грађана која доставља вриједне информације, очекујући да њихов идентитет буде заштићен, не очекујући неку накнаду (ради се о грађанима који су по природи посла, становања у прилици да запазе релевантне податке и информације); *Повјерљиви информант* – јесте грађанин који полицији доставља информације у тајном, повјерљивом облику. Ова категорија информанта односи се на оне грађане који могу имати и криминални досије и који очекују одређену материјалну или сличну надокнаду, уз жељу да им идентитет обавезно буде заштићен, што значи да нису спремни свједочити на суду; *Повјерљиви информант - свједок* (кооперативни свједок) односи се на лице које има непосредна сазнања о криминалним радњама, а које може бити посредно умјешано у кривични случај. Ова категорија информанта обично пристаје и на свједочење у даљој истрази о непосредним сазнањима, те је значајна за обезбјеђење доказа. Због тога рад са овим информантима мора бити посебно одобрен и контролисан; *Повјерљиви информант - саучесник* (повјерљиви информатор високог нивоа) је лице које је укључено у криминалне активности. То је појединац који је од раније регистрован као учинилац кривичних дјела или саучесник, а њихово учешће је директно или блиско у ланцу доказа (лице које преноси дрогу, возач камиона и сл.), а рад са овом категоријом лица је посебно организован и контролисан (нпр. обезбјеђен је судски надзор). Ова лица се користе као информатори зато што се претпоставља да су таква лица била у јединственој прилици да виде или чују ствари које су у вези са криминалним активностима.

У Њемачкој се разликују двије категорије лица која органима надлежним за спечавање и сузбијање криминала конспиративно саопштавају информације или им на други начин помажу, и то: информаторе и сараднике. Информатори су лица спремна да у одређеним случајевима, ради задобијања повјерења, органима кривичног гоњења саопштавају информације важне за њихов рад, док је сарадник лице које је спремно, иако не припада органима кривичног гоњења, да их тајно подржава при расвјетљавању кривичних дјела у дужем временском периоду, а чији се идентитет нарочито држи у тајности. Коришћење информатора и ангажовање сарадника налаже, с једне стране, анализу кривичнопроцесних захтјева за непосредношћу прикупљања доказа и потпуно истраживање

¹⁷ *The Attorney General's Guidelines Regarding The Use Of Confidential Informants*; Приступљено: 22.05.2012. <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/dojguidelines.pdf>

стања ствари, а са друге стране, испуњавање јавних задатака обезбјеђивањем повјерљивости, односно држање у тајности идентитета ових лица.¹⁸

Хрватско законодавство омогућава коришћење поузданика као посебне доказне радње, којом се могу прикупљати докази, чије коришћење у кривичном поступку није незаконито. Тако је законским¹⁹ и подзаконским прописима²⁰ у Хрватској прописано да је поузданик грађанин који добровољно, на основу налога судије истраге и по упутствима државног тужиоца или полиције спроводи посебне доказне радње. Прије почетка реализације посебних доказних радњи поузданик потписује изјаву у којој је наведено да пристаје спроводити посебне доказне радње у својству поузданика, којом приликом му се појашњавају његова права и обавезе. Током предузимања ове посебне доказне радње поузданици могу се користити прикривеним аудио и видео уређајима и другим техничким уређајима за стварање техничког записа о спровођењу посебних доказних радњи. Поред тога, поузданици могу спроводити симуловану продају и откуп предмета те симуловано давање поткупнине и симуловано примање поткупнине. Поузданици се на суду могу саслушати по правилима саслушања заштићеног свједока. Новчана средства прибављена примјеном симулованих правних послова постају средства државног буџета, а тако прибављени предмети постају власништво Републике Хрватске којим се користи Министарство унутаршњих послова.

КРИМИНАЛИСТИЧКИ ПРИНЦИПИ АНГАЖОВАЊА ИНФОРМАТОРА У СУЗБИЈАЊУ КРИМИНАЛИТЕТА

Коришћење информатора могуће је у сузбијању свих врста криминалитета, а посебно је значајно код оних које врше професионални делинквенти, чију дјелатност карактерише организованост и конспиративност, те консесуалних деликата.²¹ Задаци информатора зависе од самог циља ангажовања, односно да ли је информатор ангажован као оперативно-тактичка мјера и радња или као посебна истражна радња.²² Досадашња криминалистичка пракса профилисала

¹⁸ Маринковић, Д. (2010). *Сузбијање организованог криминала*, Београд: Прометеј, стр. 386

¹⁹ Закон о казненем поступку Хрватске, Народне новине, број 152/2008 и 76/2009.

²⁰ Правилник о начину провођења посебних доказних радњи, Народне новине, број 102/2009.

²¹ Коришћење информатора у сузбијању организованог криминалитета, карактерише неколико специфичности у односу на коришћење информатора у сузбијању осталих облика криминалитета. Као прво, обично се ангажују лица (добровољно јављају) која потичу из криминалне средине, те која су смањењем казне, "промјеном" стране или добијањем имунитета од тужиоца мотивисана за сарадњу са агенцијама за спровођење закона.

²² Тако, лицу ангажованом за сарадњу, односно информатору, могу се дати задаци који се односе на: спречавање вршења кривичних дјела, откривање кривичних дјела и учинилаца, припремање кривичног дјела, откривање непознатих учинилаца већ извршених кривичних

је неке опште принципе коришћења информатора у сузбијању криминалитета, који се могу сагледати кроз фазе ангажовања информатора, и то: идентификовање информатора и ангажовање за сарадњу, управљање и контрола дјеловања информатора и окончање сарадње са информатором. Ове фазе су општег карактера, те би требало да представљају садржај сваког сарадничког односа информатора и агенције за спровођење закона.

Идентификовање информатора је прва фаза сарадничког односа, која у великој мјери зависи од агенције за спровођење закона, чија процјена треба да одговори на питања да ли одређено лице, које располаже одређеним информацијама, може бити ангажовано као информатор? Важна питања идентификовања информатора и његовог ангажовања за сарадњу јесу мотив, објективна и субјективна својства лица која могу да пруже корисне информације и податке, постављеног задатка и друго. Мотив ангажовања информатора представља један од кључних фактора, будући да се и сам сараднички однос заснива на добровољној основи. Конкретни мотиви за информатора за сарадњу са агенцијом за спровођење закона могу бити различити, укључујући одговорност, страх, кајање, новчану надокнаду, освету, итд.²³ Дакле, увијек када је то могуће истражитељ би требао поуздано утврдити мотиве информатора за сарадњу, те у вези са тим избјегавати ангажовање одређених категорија лица, као што су: егоистични информатори (ови информатори су често најтежи за обраду, јер настоје у потпуности имати контролу над вођењем истраге), информатори са Џејмс Бонд синдромом (ови информатори се толико идентификују са повје-

дјела, прикупљање одређених доказа у односу на кривично дјело и учиниоца, пружање корисних информација о појединим кривичним срединама, објектима и пунктовима, пружање података о дјелатности лица склоних вршењу кривичних дјела. Исто тако информатор може свједочити на суду о околностима и чињеницама које је непосредно спознао, а које се могу користити као доказ у кривичном предмету. Поред наведених, од информатора се може тражити и извршење других задатака у вези са спречавањем, откривањем и доказивањем кривичних дјела, а шта ће се све тражити зависи од садржаја конкретне криминалистичко-оперативне ситуације и способности и стручности сарадника и његових објективних могућности, при чему треба водити рачуна о основном правилу да се од сарадника не могу тражити они задаци који су ван његових субјективних и објективних могућности и за које се претпоставља да их он не може извршити. Бошковић, М., Матијевић, М. (2007). *op.cit.*, 324-325.

²³ Врло је важно процјенити мотиве у сваком појединачном случају, јер ова лица могу имати и сумњиве мотиве за пружање својих услуга агенцији за спровођење закона, што може представљати проблеме у каснијим фазама рада са информаторима. Интервјуисање потенцијалних информатора и питања која требају бити постављена морају да покажу мотиве и објективност информатора: која је информаторова мотивација за сарадњу и да ли је иста особа раније кориштена за сличне активности и каква јој је поузданост и каква је способност информатора да се прилагоди средини, задатку и да ли има лични интерес (освета или жеља да помогне некоме) за активно ангажовање у овој ситуацији. Потребно је утврдити одакле информатору информације (резултат властитог запажања / закључивања или чуо од трећих, трач), да ли воли да лаже, да се хвали или манипулише полицијом и другим особама. Да ли је информатор вољан да се појави као свједок на суду, има ли ранија искуства и знање о кривичном правосуђу како би дјеловање и свједочење било прихватљиво. Brawn, F. M. (2001). *Criminal investigation: Law and practice*, Butterworth Heinemann,, p. 270.

реном улогом да често само конструишу ситуације и догађаје, често преувеличавају своја сазнања, итд.), “неостварене” информаторе (то су лица која из било којих разлога нису успјела да се квалификују за позиције у агенцијама за спровођење закона, те на овај начин покушавају да се укључе у спровођење закона), перверзне информаторе (они нуде своје услуге агенцијама за спровођење закона у циљу идентификације тајних агената, учења метода рада или елиминације својих конкурената у криминалним круговима. Треба водити рачуна да и саме криминалне организације настоје да инфилтрирају своје припаднике у агенције за спровођење закона на овај начин), информаторе “повратнике” (ово је категорија информатора који су већ имали сараднички однос, а били су укључени у криминалне активности и раније).²⁴

Лица која по објективним својствима могу бити ангажована представљају ону групу лица која посједују објективна својства, тј. која се објективно налазе у таквој ситуацији да могу да пружају релеванте информације у вези са криминалном дјелатношћу. Лица која по субјективним особинама могу бити ангажована не морају да припадају криминогеној средини, али се њихове карактеристике заснивају на интелигенцији, комуникативности, сналажљивости, спретности, образовању, као и посједовању одређених знања, вјештина и др. У том контексту као информатор може бити лице које: припада криминогеној средини и обухваћен је истражном радњом; не припада криминогеној средини, али лица која су обухваћена истражном радњом имају у њега поверења, те су му познате радње и намјере криминогене средине; је ван носилаца криминалне дјелатности, али је објективно у могућности да учовава и фиксира трагове и чињенице и о њима пружа податке. Лица која припадају криминогеној средини представљају ону категорију лица која се баве криминалном или неком дугом душтвено опасном дјелатношћу и, без обзира на то што се ради и криминогеној средини, она ипак представља део друштвене цјелине која у ширем смислу карактерише одређено друштво.²⁵ За ангажовање лица из криминогене средине за сарадника нужно је познавати криминалну дјелатност те средине и других њених битних карактеристика, односно врсте и начина вршења кривичних дјела, и сходно томе вршити анализу и прогнозу њиховог даљег вршења и, у ок-

²⁴ *Drug Enforcement Handbook*. (1994). U.S. Department of Justice, Drug Enforcement Administration, pp. 11-12.

²⁵ Када се говори о ангажовању лица из криминогене средине, мора се имати у виду чињеница да се појам криминогене средине не може уопштавати и да се ова средина састоји од других мањих криминогених средина, које се опет међусобно разликују по врстама кривичних дјела која врше, објектима напада, средствима извршења, начину понашања и по субјективним карактеристикама учинилаца кривичних дјела. Све то указује на одређене специфичности појединих криминогених средина које улазе у састав веће криминогене средине, а оно што им је заједничко, управо јесте криминогеност. Ове специфичности криминогене средине битно је познавати управо приликом ангажовања оперативних веза, јер то омогућава да се ангажује оно лице које је стварно потребно и чији профил одговара захтјевима полиције за извршавање одређених задатака, односно за лакши продор у одређену криминогену средину.

виру тога, обухватити и извршена кривична дјела са непознатим учиниоцима, при чему се претходно морају прикупити и провјерити сви подаци о лицу из криминогене средине које се планира ангажовати, како би се могле утврдити његове склоности и способности, мотив ангажовања и спремност за сарадњу. Лица која не припадају криминогеној средини карактерише њихова неприпадност криминалној средини, или таква њихова друштвена припадност и положај у друштву – различитим групацијама – који могу да буду веома различити, али међу тим групацијама постоји комуникација, као и комуникација између припадника тих друштвених групација и припадника криминогене средине. Ове различите групације чине родбинске, пријатељске и познаничке везе са лицима из криминогене средине. Такође, у групу лица која не припадају криминогеној средини, а која могу да буду ангажована као информатори од стране полиције, спада и она категорија лица која су по својим радним мјестима и положајима објективно у могућности да дођу у контакт са проблемима сузбијања криминалитета или са лицима из криминогене средине, као и категорија лица која по субјективним особинама могу бити ангажована као информатора.²⁶

Управљање и контролисање рада са информаторима је понекад најтежи дио прикривеног задатка. Управљање и контрола дјеловања информатора подразумијева укупност активности агенције за спровођење закона које су усмјерене на правилно и адекватно коришћење информатора у сузбијању криминалитета. Ове активности укључују формализовање сарадничког односа са информатором путем формирања документације²⁷, евентуалне обуке информатора са посебним акцентом на обуку којом информатори стичу знања како осумњичене неби наводили на извршење кривичног дјела (подстрекавање), као и обуку руковања техничким средствима. Од информатора се може тражити да потпише изјаву (уговор о ангажовању) у погледу преузимања одговорности (права и обавеза) у току сарадничког ангажмана. Овај својеврсан уговорни однос посебно је значајан када се информатор користи као посебна истражна радња у кривичном поступку (истрази). На овај начин информатор се обавезује на добровољно поступање у предузимању у истрази. Када се изврши избор међу кандидатима и ангажује лице за сарадњу по претходном одобрењу надлежног старјешине, с тако изабраним сарадником оперативно ради и одржава контакт задужени припадник полиције.²⁸ Веза између припадника полиције и

²⁶ Бошковић, М., Матијевић, М. *op.cit.*, 328-331.

²⁷ Након пристанка на сарадњу од информатора се могу узети отисци прстију, фотографије и биографски подаци, а ако се ради о плаћеном информатору то се констатује документом којег потписује информатор. Исто тако, води се ажурна документација о информаторовој активности и продуктивности.

²⁸ Припадник полиције који је задужен за оперативни рад с ангажованим лицем мора овом лицу прво детаљно и јасно да дефинише и објасни задатак због којег је ангажовано. Код ангажовања информатора не смију се прећи законске границе у раду и не смије се у погледу етичког дјеловања информатору обећати ништа што се не може испунити. Код ангажовања информатора за новац потребно је испоштовати писана правила, формалности око потписивања сваке исплате.

ангажованог лица, у зависности од криминалистичко-оперативне ситуације и расположивих могућности, може се одржавати непосредним контактном²⁹, али и посредством трећег лица. Контакти, поред личног, се могу одвијати и писменим путем, телефоном, мобилним телефоном, електронском поштом и сл., при чему ове начине треба користити само изузетно и када нужност то налаже.³⁰ Сараднички однос који се одвија између ангажованог лица и припадника полиције подлеже посебној заштити и остаје тајна и након окончања те сарадње, а обухвата мјере заштите према лицу ангажованом за информаторе, заштите припадника полиције и повјерења у рад агенције за спровођење закона а и заштите извршења оперативног задатка.³¹ Читав ток сарадничког односа одвија се уз поштовање начела криминалистике, а посебно начела чувања службене тајне, тако да за успостављени сараднички однос зна само најужи и онај нужни број припадника полиције, јер се ради о специфичном оперативној методи који једино под таквим условима може да се користи и допринесе добијању значајних оперативних информација. Извјештај који сарадник подноси може бити у усменој или писменој форми и на основу њега припадник полиције саставља посебан извјештај, са чијим садржајем упознаје непосредног руководиоца. Потребно је истаћи чињеницу да не треба имати пуно повјерење у информације добијене од ангажованог лица, већ те информације треба провјерити кроз друге облике криминалистичке дјелатности, а нарочито ако је лице ангажовано на основу обавезујућег материјала. Када се информатор користи као посебна истражна радња о својим активностима требао би сачињавати писмене извјештаје, које би требали овјеравати надлежни у агенцијама за спровођење закона који реализују ову посебну истражну радњу (припадници полиције или тужиоци).

Окончање рада са информаторима је уобичајна фаза сарадничког односа која је условљена многим разлозима (промјена пребивалишта информатора, промјена радног мјеста полицијског службеника, одлазак у пензију, итд.). У таквом случају треба сагледати о каквом се информатору ради, па ако је то ква-

²⁹ Најбоље је да се веза одржава непосредним контактима, а да се такви састанци одржавају на оним мјестима гдје је загарантована тајност. Лични контакт са информатором омогућава провјеру психолошког статуса информатора и вјеродостојност информација, а омогућава да се прикупи што је могуће више података. Са информатором треба водити разговор у вези са постављеним задатком, како би се припадник полиције увјерио да је сараднику јасно шта се од њега тражи, односно како би стекао утисак о односу сарадника према постављеном задатку.

³⁰ Поред телефона и компјутера, од техничких средстава могу се користити радио станица, телеграф, телепринтер и телефакс, средства која такође не гарантују потпуну тајност.

³¹ Заштита лица које је ангажовано за сарадника подразумијева заштиту тјелесног интегритета, заштиту угледа и положаја тог лица у друштву, заштиту његове породице и материјалних добара, као и заштиту у случају да ангажовано лице изгуби живот, буде повријеђено или се разболи, а те посљедице настану у вези са послом његовог ангажовања. Треба истаћи и чињеницу да се сараднику надокнађују стварни трошкови које је имао у току извршења оперативног задатка. Поред тога, сарадник се може наградити (новац, поклон, услуга и сл.) уколико се оцјени да је уложио посебне напоре у извршавању оперативног задатка.

литетан информатор који се и даље може користити за оперативну дјелатност полиције, онда се такав информатор предаје на везу другом припаднику полиције, али је за такав поступак потребна и сагласност сарадника. Сараднички однос није бесконачан и он у одређеним случајевима престаје.³²

ЗАКОНСКИ ОСНОВ КОРИШЋЕЊА ИНФОРМАТОРА КАО ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ

Као што је већ наведено, информатор у сузбијању криминалитета може бити коришћен и као посебна истражна радња. Ипак, ово питање је не само запостављено, већ често и потпуно погрешно тумачено, до тога да информатор не може бити коришћен као посебна истражна радња, већ искључиво као помоћни метод код ангажовања прикривеног истражитеља (нпр. увођење прикривеног истражитеља у истрагу, и слично). С тим у вези информатор до сада и није био примјењиван као посебна истражна радња, док је прикривени истражитељ коришћен у истрагама. Овакав став 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. Дакле, практични разлози који се наводе за некоришћење информатора као посебне истражне радње, а који полазе од тумачења закона да се информатор може искључиво користити само заједно са прикривеним истражитељем, да се коришћењем информатора неби могли обезбједити законити докази, да је информатор нестручно лице, итд. нису прихватљиви. 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 обезбједити 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 и ефикасно примјенимо ову радњу. Исто тако, ова посебна истражна радња је далеко једноставнија и практичнија за примјену од многих других (укључујући свакако коришћење прикривеног истражитеља), захтјева ангажовање мањих капацитета (људских и материјалних), а њоме се знатно мање ограничавају права и слободе осумњи-

³² Ако је завршен задатак због којег је лице било ангажовано за сарадњу, ако више нема потребе за одређеним профилем информатора, ако ангажовано лице више није у објективној и субјективној могућности да пружа информације и податке од значаја за сузбијање криминалитета, ако ангажовано лице умре, ако се ангажовано лице разболи од болести која му онемогућава такву дјелатност, на захтјев ангажованог лица, када информатор промјени мјесто пребивалишта, или припадник полиције радно место, а сарадник није дао сагласност да буде преузет од другог припадника полиције, када интереси агенција за спровођење закона то захтјевају. У: Бошкових, М., Матијевић, М.: *op.cit.*, 337.

чених лица (начело сразмјерности).³³ Заправо, коришћење информатора у сузбијању организованог криминалитета може да представља најефикаснију и најјефтинију истражну методу.³⁴ Уколико се обезбједи законитост, материјали и информације до којих дође информатор, могу послужити као доказ у кривичном поступку – коришћење информатора као посебне истражне радње.

.....Законом о кривичном поступку Републике Српске³⁵ коришћење информатора прописана је као посебна истражна радња³⁶ (члан 234. став 2. тачка д), која се може примјенити против осумњиченог за кога постоје основи сумње да је сам извршио кривично дјело из законом издвојене групе кривичних дјела или учествује у извршењу таквог кривичног дјела, као и против осумњиченог за кога постоје основи сумње да је с другим лицима учествовао у извршењу кривичног дјела наведеног у члану 235. овог Закона, односно учествује с другим лицима у извршењу таквог кривичног дјела, ако се докази не могу прибавити на други начин или би прибављање доказа било повезано са несразмјерним потешкоћама. Даље, Законом је прописано да информатори не смију предузимати активности које представљају подстрекавање на извршење кривичног дјела, те уколико су преузете такве активности, то је околност која искључује кривично гоњење подстрекаваног лица за кривично дјело учињено у вези с овим радњама (члан 234. став 5.). Законом није временски ограничено коришћење информатора као посебне истражне радње. Коришћење информатора, као посебне истражне радње, одређује наредбом судија за претходни поступак, на образложени приједлог тужиоца, који садржи: податке о лицу против кога се радња предузима, основе сумње из члана 234. ст. 1. или 3. овог Закона, разлоге за њено предузимање и остале битне околности које захтијевају предузимање радњи, навођење радње која се захтијева и начин њеног извођења, обим и трајање радње (члан 236. став 1.). Наредба судије за претходни поступак као и приједлог тужиоца из става 1. овог члана чувају се у посебном омоту. Тужилац и судија за претходни поступак ће састављањем или

³³ Шикман, М. (2011). *op.cit.*, стр. 1-27.

³⁴ Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Cincinnati: Anderson Publishing Co, p. 241.

³⁵ *Закон о кривичном поступку Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске, број 53/12.

³⁶ Законом о кривичном поступку Републике Српске у Глави XVII (члан 234– 240), *Посебне истражне радње*, прописане су 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. Истражне радње су: а) надзор и техничко снимање телекомуникација, б) приступ компјутерским системима и компјутерско сравање 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, њ) симуловани и контролисани откуп предмета и си-муловано давање поткупнине, е) надзирани превоз и испорука предмета.

преписом записника без навођења личних података информатора или на други одговарајући начин спријечити да неовлашћена лица, осумњичени и његов бранилац открију идентитет информатора (члан 236. став 4.). Подаци и информације добијени коришћењем информатора чувају се док се чува судски спис (члан 237. став 4.). На крају Законом је предвиђено да технички снимци, исправе и предмети прибављени под условима и на начин прописан овим законом могу се користити као докази у кривичном поступку, док се информатор може саслушати као свједок, или као заштићени свједок о току спровођења радњи или о другим важним околностима (члан 240).

Дакле, у погледу коришћења информатора као посебне истражне радње, постоји законски основ. Иако би могао 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.³⁷

КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПРИНЦИПИ АНГАЖОВАЊА ИНФОРМАТОРА У СУЗБИЈАЊУ КРИМИНАЛИТЕТА

Полазећи од наведеног, коришћење информатора као посебне истражне радње подразумева испуњавање и одређених стандарда, као што су:

- заснованост на закону (начело законитости) – утврђивање постојања законског основа у погледу врсте кривичних дјела према којима се одређују посебне истражне радње и начина коришћења ове посебне истражне радње;
- заступљеност начела супсидијаритета – уколико се у конкретном кривичном случају не могу обезбједити докази на други начин или другим мјерама и радњама блажег карактера;
- обезбјеђење судског надзора предузимања ове посебне истражне радње – доношење наредбе судије за претходни поступак (судска наредба мора бити у писаној форми), отварања посебног омота списка, редовно подношење извјештаја о дјеловању информатора, итд.;
- ангажованост од стране полиције или тужилаштва – информант мора бити ангажован од стране овлашћеног службеног лица полиције (полицијски службеник) или тужилаштва (тужилац, тужилачки истражиоц), односно мора

³⁷ Шикман, М. (2011). Коришћење посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела – критички осврт у Републици Српској и БиХ. *Правна ријеч, број 29/2011*, Година VIII, Бања Лука: Удружење правника Републике Српске. стр. 611-633.

њима достављати повјерљиве информације. Нужно је да се ово достављање информација реализује непосредно или другим погодним начином, а никако преко посредника или других сарадника. Поред тога ангажованост од стране полиције или тужилаштва подразумијева да информатор у току свог дјеловања, поступа по упутствима и сугестијама полицијских службеника или тужилаца, којима је циљ обезбјеђење одређених доказних материјала;

- располагање информацијама о криминалним активностима – информант мора располагати информацијама о криминалним активностима које морају имати одређену употребну вриједност, те морају бити одређеног квалитета, тј. морају бити од користи за доказивање кривичних дјела. Такође, такве информације требале би бити поуздане и повјерљиве;

- достављање информација у “повјерењу” – полази се од претпоставке да постоје оправдани разлози због којих информатор дјелује у тајно, анонимно и на прикривен начин. Због тога је потребно идентитет информатора и њихову улогу чувати у складу са начелом тајности – гарантовање повјерљивости. Ипак, гарантовање повјерљивости треба прецизно регулисати, односно процјенити за која кривична дјела је ово оправдано и сврсисходно и на који начин оно треба да буде реализовано;

- спремност на свједочење и сарадњу – информатор треба да изрази спремност за свједочење када се за то укаже потреба, тј. у даљим фазама кривичног поступка.³⁸ Исказ информатора (о ономе шта је видео и шта је чуо) требао би да буде таквог квалитета, како би се на основу њега (наравно и других доказа) могла заснивати пресуда (лични доказ). У том контексту као најважнија околност узима се чињеница да ли информатор био у прилици да непосредно чулно опажа криминалне активности о којима свједочи. У складу са законским прописима, уколико се то покаже за потребно, могуће је обезбједити свједочење тако да се заштити идентитет информатора;

- предузимање других мјера и радњи од стране информатора – ове мјере и радње подразумијевају предузимање каквих симулованих послова, омогућавање инфилтрирања прикривеног истражитеља у криминалну средину или других радњи које укључују обезбјеђивање доказа за вођење конкретног кривичног поступка.

³⁸ Тако су и неки високо рангирани припадници криминалних организација у Америци, као што су Nicky Barnes, Jimmy Fratianno, Sammy Gravano, Mickey Featherstone, Anthony Casso, Antohony Accetturo, Michael Franzese и Peter Savino постали информатори агенција за спровођење закона који су свједочили против сопствених криминалних организација. Види опширније: Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Cincinnati: Anderson Publishing Co; Shawcross, T. (1995). *The War Against the Mafia*, New York: Harper; Franzese, M. (1993). *Quitting the Mob*, New York: Harper; Pryor, J. (1994). Heroin King-Turned-Informer, Ex-Mob Underboss Gets lenient Term for Help as Witness, *The New York Times*, September 27, 1994; Capece, J. (1994). Lucchese Crime Boss Sings, *The Daily News*, March 3, 1994; Demaris, O. (1982). *The Last Mafioso*, Bantam, New York; English, T. J. (1991). *The Westies: The Irish Mob*, New York: St. Martins; Raab, S. (1994). Mafia Defector Says He Lost His Faith, *The New York Times*, March 2, 1994.

Коришћењем информатора, на напријед наведеним принципима, можемо доћи до изузетно корисних информација/доказа о криминалној организацији (структура, састав, организација, итд.), криминалним активностима (кривичним дјелима која врше), као и другим релевантним информацијама. Исто тако, а с аспекта сузбијања организованог криминалитета информатори могу имати значајну улогу као свједоци у кривичним случајевима организованог криминала. Наиме, неспоран је законски основ који даје могућност саслушања информатора као свједока или заштићеног свједока у кривичном поступку, о току спровођења радњи или о другим важним околностима. С тим у вези информатори се у кривичном поступку саслушавају по правилима саслушања свједока или саслушања заштићених свједока.³⁹ Предмет исказа свједока информатора су чулна опажања неке чињенице из прошлости, важне за кривични поступак, која могу да потичу из непосредног (властитог) опажања или из посредног сазнања, у ком случају он наводи извор сазнања. Информатор може свједочити и о ономе што се прича и говори. 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.⁴⁰ Нема дилеме да информатори, посебно они који потичу из криминалне средине, располажу са одређеним информацијама које се као његов исказ могу користити као докази у кривичном поступку. Дакле, исказ информатора, као свједока може бити доказ у кривичном поступку, али је оцјена доказне вриједности таквог исказа најтежа од свих оцјена доказне вриједности радњи доказивања. Основни проблем при оцјени исказа информатора јесте утврдити у којој мјери се изјава информатора о чињеницама подударна са стварним стањем. Осим истинитог исказа (када постоји подударност између исказа и реалности чињеница), постоје и лажан и погрешан исказ (када постоји неподударане исказа информатора са реалношћу из разлога који су ван воље и свести информатора као свједока). Погрешан исказ може настати због грешака приликом примања утисака (грешке у перцепцији) и њиховог памћења, као и због излагања онога што је информатор примио (грешке у репродуковању). Неподударане исказа информатора са реалношћу може да наступи из разлога који зависе од воље и свијести информатора, и тада

³⁹ Исказ свједока (изјава) даје се, по правилу, у усменој форми. Исказ свједока треба да буде дат у току поступка, и то тужиоцу, односно суду. Саопштења дата другим органима (овлашћеним службеним лицима, органима државне управе или другим државним органима), макар узета и у форми записника, нису искази свједока у смислу кривичног поступка. Овлашћена службена лица могу ради извршења својих задатака тражити потребна обавјештења од грађана и позивати грађане (члан 219. ст. 2. и 3), али их не могу саслушавати као свједоке, јер кривични поступак у коме то својство стичу још није започет. Свједоком се постаје тек пошто је исказ дат тужиоцу, односно суду. Симоновић, М. (2007). *Кривично процесно право*, Бања Лука: Факултет за безбједност и заштиту, стр. 198.

⁴⁰ Види опширније: Симоновић, Б., Матијевић, М. (2007). *Криминалистичка тактика*, Бања Лука: Интернационална асоцијација криминалиста, стр. 294-319.

је исказ лажан. Истинитост или неистинитост исказа информатора као свједока цијени се према његовој сагласности са догађајем (*објективни критеријум*) и према стварном сазнању свједока о догађају и његовој свијести и хтијењу дати лажан, односно истинит исказ (*субјективни елемент*).⁴¹

ЗАКЉУЧАК

Коришћење информатора данас је врло значајна оперативно-тактичка али и посебна истражна радња, будући да је актуелним процесним законодавством, код нас, овој радњи дата и доказна снага (ЗКП БиХ од 2003. године, а ЗКП Републике Српске од 2009. године). Наиме, један од основних разлога коришћења информатора јесте чињеница да врло често (коришћењем традиционалних метода и средстава) није могуће прикупити доказе о извршењу конкретних кривичних дјела, са једне стране, док с друге стране коришћење неких посебних истражних радњи (нпр. прикривени истражитељ) је повезан са знатним отежавајућим околностима, а одликује их и сложеност примјењивања. Зато информатор може бити кључни свједок на суду или омогућити обезбјеђење других материјалних доказа који могу обезбједити изрицање осуђујуће пресуде организаторима и вођама криминалне дјелатности.

Наравно, треба бити свјестан и лоших старана ангажовања информатора у сузбијању криминалитета, као што су поузданост информација, кредибилитет информатора, нестручност у кривичноправном и криминалистичком смислу што може утицати на законитост прибављених доказа, могућност злоупотреба статуса информатора (привилегија), итд. Наиме, чињеница да информатор обично потиче из криминалне средине, као и узимање у обзир њихових мотива (освета, новац, и др.) озбиљно доводе у питање њихов кредибилитет, као и поузданост информација које достављају. Сасвим је разумљиво питање: може ли се и колико информатору вјеровати? Такође, питање је колико информатор, као грађанско лице (врло вјероватно без стручности у кривичноправно смислу) може обезбједити валидне доказне материјале. Наиме, и када се обезбједи законски стандарди у погледу услова и начина коришћења информатора као посебне истражне радње, постоји велика могућност да информатори, усљед непознавања законских и подзаконских прописа, доказе обезбједи на начин који ће искључити њихов доказни карактер (незаконити докази).

⁴¹ Симовић, М. (2007). *op.cit.*, стр. 204.

ЛИТЕРАТУРА

- Алексић, Ж., Шкулић, М., Жарковић, М. (2004). *Криминалистички лексикон*, Смедеревска Паланка: Дигитал Дизај.
- Bell, R. E. (2001). Undercover sting operations in money laundering cases, *Journal of Money Laundering Control*, No 4.
- Berg, L. V. (2008). *Criminal Investigation*, Fourth Edition, New York: McGraw Hill.
- Бошковић, М., Матијевић, М. (2007). *Криминалистичка оператива*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
- Бошковић, М. (1999). *Криминолошки лексикон*. Нови Сад: Матица српске.
- Brawn, F. M. (2001). *Criminal investigation: Law and practice*, Butterworth Heinemann.
- Водинелић, В. (1994). Проблематика криминалистичко тактичких института – информант, информатор, прикривени полицијски извиђач у демократској држави, *Безбедност*, бр. 2, Београд: Министарство унутрашњих послова Србије.
- Drug Enforcement Handbook*. (1994). U.S. Department of Justice, Drug Enforcement Administration.
- Закон о кривичном поступку Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске, број 53/12.
- Закон о казненом поступку Хрватске*, Народне новине, број 152/2008 и 76/2009.
- Кривокапић, В., Крстић, О. (1999). *Криминалистичка тактика II*. Београд: Полицијска академија.
- Петровић, Б. (2004). *Наркокриминал*, Сарајево: Правни факултет.
- Правилник о начину провођења посебних доказних радњи, Народне новине, број 102/2009.
- Маринковић, Д. (2010). *Сузбијање организованог криминала*, Нови Сад: Прометеј.
- Симовић, М. (2007). *Кривично процесно право*, Бања Лука: Факултет за безбједност и заштиту.
- Симоновић, Б., Матијевић, М. (2007). *Криминалистичка тактика*, Бања Лука: Интернационална асоцијација криминалиста.
- Стојановић, З. (1999). *Коментар КЗ СРЈ*, Београд: Савремена администрација.

The Attorney General's Guidelines Regarding The Use Of Confidential Informants;

Пристапљено: 22.05.2012. <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/dojguidelines.pdf>

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.

Шикман, М. (2011). Коришћење посебних истражних радњи у истрагама кривичних дјела – критички осврт у Републици Српској и БиХ. *Правна ријеч, број 29/2011*, Година VIII, Бања Лука: Удружење правника Републике Српске.

Шкулић, М. (2005). Прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања, *Безбедност* број 3/05, Београд: Министарство унутрашњих послова Србије.

CRIMINALISTICS AND CRIMINAL-PROCEDURE PRINCIPLES OF USE OF INFORMANTS IN CRIME SUPPRESSION

Abstract: *It is not a novelty in terms of criminal science that informants are used to suppress crime. As a matter of fact, informants represent a traditional, operational method that police use to uncover criminal offences and their perpetrators (It is quite often said that a police officer is as successful as his informants are). At the same time, it is an issue of sensitive nature, since “investigator-informant” cooperation represents a two-way relation, which may have some implications at police work (disclosure of information, concessions towards informants, etc.). Besides the mentioned, the informant can also have a procedural significance in crime suppression, since his deployment is regulated by criminal procedure legislation. Therefore, it is not only the operational (heuristic) role that the informant performs; he also has an evidential role, in the sense of gathering and providing evidence. The latter gives the informant a special dimension (and sensibility). In any case, the abovementioned offers two ways in which informant’s role in crime prevention can be observed: first, it can be seen as an operational-tactical measure, and second as a special investigative action. In the first case, the use of informant has an informal, operational character, and the evidence gathered in this manner cannot be used as proof in a court procedure. On the other hand, when use of informant represents a special investigative action it has a formal connotation, it is defined by the Criminal Procedure Law, and the material and information gathered in this manner are of evidential significance (personal and material evidence) in a court procedure and a court decision can be based upon them. Therefore, it is necessary to make a distinction between the informant being used as a source of operational information, and an informant being used as a special investigative action that provides evidence (personal and material). Nevertheless, no matter the fact that use of informant proves very significant in crime and criminals disclosure and evidence gathering, in practical terms, its range is quite limited. In operational sense, the use of informants is burdened by many difficulties reflected on police work, while in procedural sense, this method has not been used yet (there has not been a case where an informant was used as a special investigative action). Therefore, it is necessary to enhance present criminalistics and criminal-proceeding procedures, methods and principals, as well as to invent new ones. This paper will show some of possible standards and solutions that tackle operational, as well as procedural use of this extremely sensitive action.*

Key words: *informant, criminalistics, criminal-procedure legislation, principles, crime, crime suppression.*

НЕЗАВИСНОСТ СУДСКЕ ВЛАСТИ И ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Проф. др Срето Ного*
Проф. др Неђо Даниловић**
Александра Даниловић, адвокат ***

Апстракт: Власт је увек јединствена, и уобичајна подела власти на судску, законодавну и извршну је само у функцији остваривања тог јединства и развоја демократије у друштву. Предвиђено је да су све три власти самосталне и независне, као и да друге две власти не могу вршити утицај нити одређивати шта треба да ради судска власт. Оваква подела настала је још у 18. веку, као резултат тежње да се човек заштити од свемоћи државне власти.

За деловање судске власти има основа само када се јави неки спор око права. У решавању тог спора, суд свој ауторитет црпи из чињенице да је он део државне власти, и управо снагом те власти, он ауторитативно решава спорове о праву. Од судске власти, као надлежне, се очекује да снагом аргументата и своје функције каже каква су законска решења, шта је право и правда и да о томе донесе своју обавезујућу одлуку. У неким системима власти она има задатак и да примењује изречене санкције.

Кљуне речи: власт, судска власт, право, судско право, судска независност, судска самосталност, право на правично суђење, заштита људских права.

1. Увод

У последње време стално слушамо да се реформа судске власти мора спровести до краја и да те процесе нико не може зауставити. Да ли је то убеђивање да су започети процеси у складу са жељама и хтењима некога ко је

* Проф. др Срето Ного, Мегатренд универзитет, Факултет за државну управу и администрацију у Београду.

** Проф. др Неђо Даниловић, Мегатренд универзитет, Факултет за државну управу и администрацију у Београду.

*** Дипл. правник, Александра Даниловић, адвокат из Београда.

то наредио, или се истински залажемо да успе та реформа? Верујем да у Србији нико трезвен не размишља да није неопходна реформа судске власти. Започете процесе немогуће је зауставити или, пак, вратити на почетну тачку. Међутим, могуће је учинити све да ти процеси буду доиста реформа, а не довођење партијских истомишљеника на позиције судске власти.

Мишљења сам да сви они који иоле познају на којим принципима функционише власт у једном друштву знају да је власт у једној држави јединствена. Да би смо боље разумели те процесе, неопходно је, пре свега, одговорити на питање *шта је власт?* Власт је друштвена појава, пре свега, карактеристична за људско друштво, мада се неки њени чиниоци и манифестације могу наћи и у животињским заједницама и заједницама инсеката.

Општа дефиниција власти у људском друштву могла би да гласи: *власт је „специфичан облик концентрисане релативно трајне, организоване друштвене моћи, чији носиоци легитимно (легално) прописују правила понашања и присилом обезбеђују понашање других у складу са прописаним нормама. Специфичност власти као моћи изражава се кроз њену релативну трајност, организованост и тежњи ка апсолутизму. Ова тежња се испољава кроз настојање власти да за све облике и начине живота пропише норме понашања, као и да развијањем организације (механизма) власти - буде обавештавана о свим токовима друштвеног живота и понашањима појединаца, да принуди и присили, процедуром и санкцијама, све припаднике организације и заједнице на поштовање прописаних норми.“*¹

Специфичност власти као моћи изражава се кроз њену релативну трајност, организованост и тежњи ка апсолутизму. Ова тежња се испољава кроз:

1. настојање власти да за све облике и начине живота пропише норме понашања;

2. развијањем организације (механизма) власти тако да буде: способна, обавештена о свим токовима друштвеног живота и понашањима појединаца, да принуди и присили процедуром и санкцијама све припаднике организације и заједнице на поштовање прописаних норми. Власт, коју држава врши у једном друштву, не представља просто насиље владајуће структуре над другим. Та власт се врши на различите начине, ка и од различитих органа.

Кроз развој људског друштва дошло се до сазнања да је, ради спречавања да дође до злоупотребе власти, извршена подела у циљу обезбеђивања равнотеже између највиших органа власти. Тако, данас готово у свим друштвеним заједницама сусрећемо поделу на законодавну, судску и извршну власт. У начелу, сви се слажемо да законодавну власт обавља парламент, извршну власт врши влада, а судску власт би требало да врше судови. Нажалост, то у пракси најчешће није тако.

¹ О томе, видети шире: Срето Ного, *Судско право*, Београд, 2010.

Процеси глобализације и транзиције неминовно се одражавају и на судску власт, односно, на њену независност. Тим процесима је угрожена та независност, пре свега, од стране извршне власти, која настоји, и у томе и успева, да прописује организацију, делокруг рада, па и начин избора носилаца судске функције. У таквим условима, наука је позвана да искаже своје мишљење и укаже на неодрживост такве праксе.

У досадашњој правној науци нема свестране анализе вредносно – телеолошке (од грчке речи *telos* – циљ, сврха) димензије судског права, која би послужила као база за даље научно проучавање и уопштавање у овој области. Телеолошким тумачењем правних норми долазимо до спознаје њиховог смисла и циља. Овим тумачењем долазимо до спознаје шта се одређеном правном нормом жели заштитити, и до сазнања суштине и смисла самог закона, тј. *ratio legis*.

Наука је могућа тек када се појам може одвојити од појаве, то јест, када је могуће приказати повезаност између појава у облику везе између појмова: „над сваким паром појава лебди њихов духовни облик! Јер појаве, ако се схвате научно, у ствари су појмови. Појам је појава уздигнута до своје бити, а изван те бити она је посве случајна и само привид: кроз појам ово случајно и привидно уздиже се до нужног и битног. Ако се тако може рећи, теоријски појам је нормативни модел појаве (и зато релативно сталан), а операционални појам искуствени модел те појаве (и зато променљив). Поређење између два модела показује колико овај други одступа од оног првог – колико је искуствено употребљив. Наука је вештина претварања појава у појмове, и односа међу појавама у научне законе: сазнање као превођење појава у појмове, стварности у симболе.

„Из казаног произилази да у истраживању судског права, као гране права и правне науке, ваља повратити и васпоставити достојанство теоријског појма самог судства. Јер, без теоријског појма није могуће извести описни појам. Теоријски појам је оно суштинско у односу на описни појам. Он није празан, како се веома често да запазити у литератури, јер у себи садржи и оно опште и специфичну разлику (одређивања и разликовања, додуше у облику апстрактне истине), дакле теоријски појам је а-приори једна синтеза“, како је већ истакао Хегел у свом учењу о појму.²

Демократски принципи судског поступка, као и начела праведног поступања претворени су у савремено доба у универзална људска права и постали су критеријуми за оцену сваког појединачног правног поретка. Они се не могу свести само на законитост као поступање суда по закону (јер закони могу бити и тирански), већ представљају низ садржински одређених захтева који се постављају пред правосудне органе, а изграђивани су током историје, посебно у модерно доба, истовремено с борбом за владавину права и заштиту људских

² Срето Ного: *Судско право*, Мегатренд, Београд, 2010, стр. 54,

права. У том смислу се и порекло принципа поступка у складу са правом може наћи у Великој повељи слобода из 1215. године.

Судска грана власт у једној држави се заснива на уставним начелима о правосуђу, као и на ратификованим међународним документима. Свака држава настоји да кроз уставна начела обезбеди поштовање општеприхваћених гаранција права и слобода човека, саджаних у документима Уједињених нација и другим међународним актима.

Када говоримо о судовима, онда треба да имамо у виду да судска грана власт припада судовима, и да је она независна од друге две гране власти – законодавне и извршне. Судови су “самостални органи државне власти који штите слободе и права грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост.”³ Одлуке судова су “обавезне за све и не могу бити предмет ван судске контроле.”⁴ Наиме, судску одлуку може преиспитати само надлежни суд и то по тачно утврђеној законској процедури и сви друштвени чиниоци су дужни да поштују извршну судску одлуку. Поштовање и доследна примена ових начела је гаранција независности судске власти у једној држави.

У Европској конвенцији о људским правима садржана је читава лепеза обавеза које суд мора уважавати приликом разматрања процесних права сваког субјекта. Правом на фер и правично суђење штити се велики сет права које појединац има када се нађе пред судом. Ова Конвенција садржи темељне принципе на којима би требао да се заснива грађански и кривични поступак у свим демократским земљама. Њоме се гарантује право на правично суђење у брзом и јавном поступку. Односно, Европска конвенција о људским правима омогућава сваком појединцу да приликом остваривања његових субјективних права суд мора обезбедити:

1. право на тужбу,
2. право на суђење пред судом који је установљен законом,
3. право на суђење пред надлежним судом,
4. право на суђење пред независним и непристрасним судом,
5. право на правично суђење,
6. право на доказивање,
7. право на брз и ефикасан поступак.

Међутим, то ни у ком случају не значи да судови приликом разматрања појединих захтева, треба да воде рачуна само о правима наведеним у овој конвенцији. Напротив, остваривање наведених права могу да доведу до стварања нових права, и то нарочито путем тумачења утврђених права садржаних у конвенцији.

³ Закон о уређењу судова, “Службени гласник РС” бр.116, Београд, 2008, стр. 1.

⁴ Закон о уређењу судова, “Службени гласник РС” бр.116, Београд, 2008, стр.2.

Стваралачким тумачењем правне норме, у пракси се удомаћило начело да свако има право, када сматра да су му је учињено неправо, да се обрати суду у циљу решавања одређеног питања. На путу ка остваривању тог права, не смеју да постоје никакве ни правне ни практичне сметње. Из овога права изводи се и право на коначну судску одлуку, и правовремено извршење судске одлуке у парничном поступку. Судови имају огромну јуриспруденцију у погледу остваривања људских права.

Битан услов за остваривање права садржаних у Европској конвенцији о људским правима јесте претпоставка да се та права остварују пред независним и непристрасним судом. При томе се полази од претпоставке да је “суд орган који само утврђује, декларативно, да је дошло до повреде или угрожавања права, или да учињена радња представља не – право, примењујући опште (апстрактно) правило на чињенично стање које је утврдио. Исту декларативну делатност суд врши и онда када утврђује да није извршена повреда или угрожавање права или да није учињено не – право.”⁵ Могло би се рећи да је данас опште прихваћено становиште да је суд овлашћен и дужан да тумачи правна правила која примењује. У тумачењу права суд не сме применити правну норму која није утемељена на закону.

Према нашим и не само нашим налазима, најзначајнији принцип за остваривање људских права пред судовима је независност судства, односно право на независног судију. Поставља се питање, зашто је то најважнији принцип у остваривању људских права? У одговору на ово круцијално питање мора се поћи од чињенице да готово све научне теорије и емпиријске генерализације говоре да такав положај обезбеђује, по правилу, ваљану примену процесних права, односно принципа.

У свим савременим друштвима садржано је одређење да суд мора бити независан и непристрасан орган. Ови принципи чине општеприхваћене правне принципе који се примењују у свим судским поступцима. Судској независности и непристрасности дају се различита значења у многим земљама. У правном систему Републике Србије, под судском независношћу се сматра да су судови у обављању своје функције независни и да суде на основу Устава и закона. Такође, предвиђено је да ни један државни орган не може да суду одређује или, пак, наређује како да суди. Треба указати да такво право нема ни законодавна грана власти (Скупштина) која доноси одговарајуће законе, а да се и не говори да такво право ни у ком случају не може да има извршна грана власти. Начело судске независност садржи и Устав Републике Србије (члан 96.).

Суд је везан само оним процесним правилима која потичу из закона или других признатих извора права. Треба имати у виду да савремено процесно право допушта судији да у неким процесним ситуацијама бира између више

⁵ Ратко Марковић: Уставно право и политичке институције, осмо издање, “НИП Јустинијан”, Београд, 2003, стр. 11.

могућих начина поступања, за разлику од старијег процесног права које је било засновано на принципу строгог законског реда. Могућност прилагођавања поступка конкретним резултатима довела је до утврђивања начела судског управљања поступком. Нису у праву они који сматрају да применом овога принципа суд добија дискрециона овлашћења за која не важе начела законитости, јер се суд приликом избора процесне норме може кретати само у оним оквирима који су предвиђени законом, па је тешко такво право квалификовати као дискреционо. Осим тога, треба имати у виду да је у већини савремених процесних права (изузетак је англоамерички модел) забрањено да странке саме уговарају конвенционални поступак пред државним судовима. Процесне норме морају бити садржане у закону, а ти закони имају когентан, императивни карактер.

2. Независност судске гране власти

Данас, суштину независности судске гране власти чини могућност судова да спорну правну ствар реше доношењем непристрасне одлуке без непосредног или посредног притиска и утицаја и да је та одлука у складу са важећим законима. Приликом одлучивања о спорној правној ствари, суд је ограничен само правом и законом, односно “потчињен је само Уставу и закону.”

Једна од демократских тековина савременог света је право свакога лица на правично и јавно суђење у разумном року пред надлежним, независним и непристрасним судом који је утемељен на основу закона. Свака држава је дужна да на својој територији ствара услове за независан рад судова и судија.

На значај судске независности указују и резолуције Уједињених нација о основним начелима независности судства - Резолуција бр. 40/32, од 29. новембра 1985. године и Резолуција бр. 40/146, од 13. децембра 1985. године. Ове резолуције не подлежу ратификацији, јер нису међународни уговори, али су јако значајне за одређење судске независности у националним законодавствима.

У резолуцијама Уједињених нација предвиђено је да је:

“1. Независност судства зајамчена од државе и заштићена Уставом и националним законима. Дужност је свих установа, владиних и других, да поштују независност судства.

2. Судство решава изнесене случајеве непристрасно, на основу чињеница и у складу са законом, без икаквих ограничења, недостојних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или уплитања, посредних или непосредних, било од ког и из било којих разлога.

3. Судство је надлежно да суди о свим судским стварима и има искључиво овлашћења да одлучи да ли предмет који им је поднет спада у судску надлежност како је она одређена законом.

4. Не сме бити никаквог неодговарајућег или неоправданог уплитања у судски поступак, нити су одлуке судова подложне преиспитивању. Ово начело не дира у право судске власти да приступи преиспитивању и право надлежних органа да ублаже или промене казне које изрекну судови, у складу са законом.

5. Свако има право да му суде редовни судови према установљеном законском поступку. Не могу се стварати судови који не примењују поступке ваљано установљене у складу са законом, да би се редовни судски органи лишили своје надлежности.

6. У складу с начелом независности судства, судије имају право и обавезу да воде рачуна о томе да се судске радње спроводе праведно и да права свих странака буду поштована.

7. Свака држава чланица је дужна да обезбеђује средства која су судству потребна за нормално обављање функција.”⁶

Ставови Уједињених нација значајно су допринели одређењу судске и судијске независности у националним законодавствима.

Допринос одређењу судске и судијске независности дао је и Савет Европе, чији су ставови садржани у Европској повељи о статуту за судије и у Препоруци Комитета министара Савета Европе Р (94) 12 о независности, ефикасности и улози судија (Rec (94) 12 E *On the independence, efficiency and role of judges*). Ова документа значајно доприносе учвршћивању судске и судијске независности и стварају све неопходне претпоставке за владавину права у државама чији је правни систем утемељен на овим принципима.⁷

Независност судова и судија у доношењу одлука, о спорној правној ствари, у Републици Србији је загарантована Уставом и бројним законским одредбама. У Уставу Републике Србије из 2006. године, у члану 32. се каже: “Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.”⁸

У Закону о уређењу судова се иде још даље, па се у члану 3. каже: “Судска грана власт припада судовима и независна је од законодавне и извршне власти.”

⁶ На Седмом конгресу Уједињених нација за спречавање злочина и поступање према преступницима, одржаног у Милану од 26. августа до 6. септембра 1985. године, донета је Резолуција о основним начелима независности судства, која је потврђена од стране Генералне скупштине УН у новембру и децембру 1985. године. <http://www.act.org.yu>.

⁷ Шире о томе видети: Универзална декларација о независности правосуђа, усвојена 1983. у Монреалу, Основна начела о независности правосуђа, усвојена од УН 1985. године, Европска повеља о судијама, усвојена 1993. у Висбадену, Европска повеља о статуту судија са допунским образложењем, усвојена 1998. у Стразбуру, Универзална повеља о судијама, усвојена 1999. у Тејпеју.

⁸ Устав Републике Србије, “Службени гласник РС,” Београд, 2006, чл. 32.

Судови су самостални органи државне власти који штите слободе и права грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост. У члану 3. овога Закона се искључиво говори о независности судске власти:

“Судску одлуку може преиспитати само надлежни суд у законом предвиђеном поступку.

Свако је дужан да поштује извршну судску одлуку.”⁹

Према томе, ни један државни орган, па ни извршна власт, не може одбити извршење судске одлуке зато што јој се та одлука не свиђа или, пак, што погађа нека њена права.

Како се одређује и дефинише судијска независност у Републици Србији, види се из Закона о судијама, где је у члану 1. предвиђено: “Судија је, у поступању и доношењу одлуке, независан.

Он суди и просуђује на основу устава, закона, других општих аката и по својој савести.”¹⁰

Овим законом омогућено је да се судије сматрају независним у вођењу судског поступка и доношењу пресуда. Наиме, у члану 19. Закона о судијама се каже: “Судија је слободан у заступању свог схватања чињеница и права у свему о чему одлучује.

Изузев у образложењу одлуке, или када то закон посебно налаже, није дужан да икоме, па ни другим судијама и председнику суда, објашњава своја чињенична и правна схватања.”¹¹

Суштину судске независности чини обавеза судова да спор око права реше доношењем непристрасне одлуке, која ће се темељити на важећим законским прописима. Одлука суда мора бити донета без ичијег утицаја и мешања у решавање тог спора, било непосредно или посредно. Приликом одлучивања о насталом спору око права, суд је дужан да своју одлуку темељи на праву и у границама законских решења, односно “потчињен је само Уставу и закону.”

Поред судске непристрасности, врло важно је обезбедити и судијску независност која се, између осталог, огледа у забрани утицаја на судије приликом вршења судијске функције. Дакле, неопходно је стварати друштвени миље у којем ће судови о спорним стварима одлучивати самостално и независно, а своје одлуке темељити на законима, као и услове у којима ће бити готово немогуће доношење незаконитих одлука под било чијим утицајем са стране, а посебно, не под утицајем извршне власти или, пак, под политичким утицајем. Темељећи судску власт на овим принципима, до пуног изражаја долази судска независност и самосталност, која се испољава и кроз организациону и функционалну одвојеност судова од других органа власти.

⁹ Закон о уређењу судова, “Службени гласник РС”, бр. 116, Београд, 2008, стр. 2.

¹⁰ Закон о судијама, “Службени гласник РС”, бр. 116, Београд, 2008, стр. 1.

¹¹ Исто, стр. 4.

Међутим, независност и самосталност судске власти у једном друштву не постиже се прокламацијама и прописивањем тих елемената у уставима. Без стварних промена у друштву и без обезбеђења свих неопходних услова за независан и самосталан рад, као и без обезбеђења свих неопходних гаранција које ће стварати и обезбеђивати услове за несметан рад судске власти, нема њене пуне независности и самосталности.

Положај суда и судија у друштву не би смела да вреднује извршна грана власти, што се најчешће чини, већ највише судске институције. Недозвољена је пракса, што је и против уставно, да је судска грана власт "продужена рука извршне гране власти", или, пак, да се судија изједначава са чиновником у државној управи. Оваква мишљења и настојања неминовно треба одбацити као правно неутемељена и јасно рећи да она негирају постојање треће гране власти у друштву, тј. судске гране власти, и неминовно анулирају све напоре за стварање услова за независност и самосталност судске власти.

Задатак друштва, па и правне доктрине, је да се избори за доследну судску независност и самосталност, чиме ће дати и недвосмислен допринос развоју правне државе, у којој ће право бити легитимно у свом настанку и легално у својој примени. Само на тај начин, судска власт ће дати свој пуни допринос заштити и афирмацији општеприхваћених друштвених вредности. Развијајући и негујући такву праксу, развијамо и нашу свеукупну правну културу, која ће допринети стварању позитивног јавног мњења о улози и значају судске власти, права, суда и судија у држави и шире.

Са развојем правне државе неопходно је да се судска власт све више потврђује као трећа грана власти у друштву, а њена независна и самостална функција као битна претпоставка опстанка те власти.

3. Независност судске гране власти

Независност судијске функције је новијег датума. Имајући у виду да је деловање судске власти омеђено законом, сам Монтеѕкје је писао да је судија закон који говори (*Iudex est lex loquens*). Зато је и сматрао да је судска независност дискутабилна. Наиме, суштина непристрасности судске власти огледа се у обезбеђењу непристрасности судије у пресуђивању у спору око права. "Јемства независности суда и судије су многа, а међу њима најпознатија су два: начин на који се постаје судија и јемство професионалног положаја судије. Начин на који се постаје судија може бити тројак: 1. коцком; 2. избором од стране парламента или посебних тела или самостално; 3. на основу успеха, односно резултата у посебним школским установама, као на пример у Националној школи судства, када је реч о редовним судовима (*Ecole Nationale de la Magistrature*) или Националној школи управе када је реч о управним судовима (*Ecole Nationale*

d Administration). Највише се оспорава, са становишта обезбеђивања независности судија, избор од стране парламента, односно именовање од стране шефа државе. Истиче се да такав начин постанка судије не искључује ризик политизације судија и довођења у питање њихове независности.¹²

Иако извршна грана власт настоји, на разне начине да утиче на независан рад судија кроз разне облике свога деловања, у демократском друштву не сме се дозволити да избор судија зависи од парламентарних изборних резултата. Гаранције професионалног положаја судије су, такође, бројне, а најважније су следеће:

1. Сталност судијске функције, што значи када судија једном буде изабран да обавља судијску функцију више не подлеже поновном периодичним изборима. Суштина овог принципа је да гарантује судији да нико, а посебно извршна власт, неће моћи због његове непослушности у обављању судијске функције, да га кажњава, или, пак, да га премешта из једног у друго место у циљу његовог дисциплиновања.

2. Обезбеђеност могућности напредовања у судијској хијерархији. Неопходно је да Високи судски савет утврдити објективна мерила која ће обезбедити аутоматско напредовање у судијској хијерархији, а не да извршна власт у томе има главну реч и да стално предлаже нека “нова” решења.

3. Утврђена дисциплинска одговорност судија. Потребно је утемељити праксу да се ни једна дисциплинска одговорност судије не може покренути пре сагласности Високог судског савета, чија је улога и да се стара о обезбеђивању услова за независност судија.

Своју друштвену функцију суд може да оствари само ако је његова позиција самостална и независна у односу на друге две гране власти, тј. законодавну и извршну. Суштину судске независности данас чини могућност судова да спорну правну ствар реше доношењем непристрасне одлуке, без непосредног или посредног притиска и утицаја и да је та одлука у складу са важећим законима. Суд треба да има такву позицију која му обезбеђује слободу да правним нормама, које треба да примени, да значење које треба да имају у реалном животу. Дајући тим пресудама своје виђење правних норми, судови су ограничени само законским оквирима.

О значају независности судијске функције указују и поменута основна начела УН о независности судства, усвојена са жељом да допринесу да се унапреди независност судства у свим државама чланицама. Због њиховог значаја и далекосежности које имају на развој судске гране власти, даћемо их у интегралном облику.

¹² Ратко Марковић: Уставно право и политичке институције, НИП Јустинијан, Београд, 2003, стр. 615.

У првом делу, основна начела говоре о независности судства, где се указује да ‘1. Независност судства је зајамчена од државе и заштићена Уставом и националним законом. Дужност је свих установа, владиних и других, да поштују независност судства.

Судство решава изнесене случајеве непристрасно, на основу чињеница и у складу са законом, без икаквих ограничења, недостојних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или уплитања, посредних или непосредних, било од кога и из било којих разлога.

1. Судство је дужно да суди о свим судским стварима и има искључиво овлашћење да одлучи да ли предмет који им је поднет спада у судску надлежност како је она одређена законом.

2. Не сме бити никаквог неодговарајућег или неоправданог уплитања у судски поступак, нити су одлуке судова подлежне преиспитивању. Ово начело не дира у право судске власти да приступи преиспитивању и право надлежних органа да ублаже или промене казне које изрекну судови, у складу са законом.

3. Свако има право да му суде редовни судови према установљеном законском поступку. Не могу се стварати судови који не примењују поступке ваљано установљене са законом, да би се редовни судски органи лишили своје надлежности.

4. У складу са начелом независности судства, судије имају право и обавезу да воде рачуна о томе да се судске радње спроводе праведно и да права свих странака буду поштована.

5. Свака држава чланица је дужна да обезбеђује средства која су судству потребна за нормално обављање функција.

6. У складу са Универзалном декларацијом о људским правима, судије, као и други грађани, уживају слободу изражавања, уверења, удруживања и окупљања; под условом, ипак, да се у остваривању тих права увек понашају тако да чувају достојанство свог позива и непристрасност и независност судства.

7. Судије могу да оснивају удружења судија или друге организације и да ступају у њих да би бранили своје интересе, унапређивали професионално образовање и штитили независност судства.

8. Лица одабрана да врше функцију судија биће поштена и стручна и имаће одговарајуће образовање и правничке квалификације. Све методе избора судија штитиће од неутемељеног именовања. Избор судија треба да се обавља без дискриминације на основу расе, боје, пола, вере, политичког и другог убеђења, националног или социјалног порекла, имовног стања, породичног порекла и друштвеног положаја; правило по коме кандидат за судију мора бити држављанин дотичне земље не сматра се дискриминаторним.

9. Закон јамчи трајање мандата судија, њихову независност, безбедност, одговарајућу надокнаду, услове службе, пензију и старосу границу одласка у пензију.

10. Без обзира да ли су наименовани или изабрани, судије не могу бити смењене док не напуне године старости потребне за обавезан одлазак у пензију или им не истекне мандат, ако такво ограничење постоји.

11. Ако систем унапређења судија постоји, мора се заснивати на објективним чиниоцима, а нарочито на њиховој стручности, поштењу и искуству.

12. Додељивање предмета судијама у оквиру суда коме припадају је унутрашње питање из надлежности судске управе.

13. Судије су везане професионалном тајном у погледу претреса и у погледу поверљивих података које сазнају током обављања своје дужност изван јавне расправе, и не могу бити приморани да сведоче о тим питањима.

14. Не дирајући у дисциплинске поступке, право на правни лек или обештећење од државе, у складу са националним законом, судије треба да уживају лични имунитет од грађанских тужби за накнаду штете за непрописне радње или пропусте у вршењу судијске дужности.

15. Оптужбе или жалбе против судија, поднете у вези са судијским и професионалним способностима биће брзо и праведно размотрене, у одговарајућем поступку. Судија има право на правично саслушање. Почетна фаза разматрања случаја биће поверљива, осим ако судија не захтева другачије.

16. Судија може бити удаљен с дужности или разрешен само ако је неподобан да настави са обављањем своје функције због неспособности или недоличног понашања.

17. Одлуке о свим дисциплинским поступцима и поступцима за удаљење с дужности или разрешење доносе се у складу с устаљеном праксом понашања судија.

18. Одлуке о дисциплинским поступцима за удаљење с дужности или разрешење треба да буду подлежне независном преиспитивању. Могуће је да се ово начело не примењује на одлуке највишег суда или законодавне власти у оквиру разрешења највиших државних званичника или сличног поступка.

Уједињене нације, усвајајући ова начела и препоручујући их земљама чланицама па и шире, теже да она буди инспирација националним законодавствима у њиховој практичној примени, Уједињене нације су пошле од чињенице да у пракси постоји раскорак између прокламованих циљева и стварног стања. То указује да је немогуће остварити основна људска начела, као што су једнакост пред законом, претпоставку невиности и право сваког човека на правично и јавно суђење пред надлежним, независним и непристрасним судом, који је установљен на основу закона, ако се не поштују основна начела судске независности.

Начела о назависности судске власти, усвојена од стране Уједињених нација, нашла су своје адекватно место у Уставу и законима донетим у Републици Србији. Међутим, то ни у ком случају не значи да је наше судство ослобођено било каквог утицаја извршне власти. Напротив, извршна власт стално настоји да смисли нове облике утицаја на судску власт. Када тај утицај не могу да остваре директним мешањем, онда под видом разних реформи правосудног система врши разне притиске на судску независност. Чак и у случајевима када се судије буне против таквих ‘реформских промена,’ извршна власт успева да преко законодавне власти донесе такве прописе, и на тај начин индиректно, а често и директно, врши утицај на рад судија.

Друштвено миље у коме судије обављају своју професионалну делатност у многоме утиче на судијску независност. На њу велики утицај има и сам квалитет законских прописа. Уколико су они јасни, прецизни и тачно одређују оквире и правце судијског деловања, такви закони не остављају простор за деловање с поља од било кога. То је један од битних фактора који доприноси остварењу судске независности.

Из напред изложеног може се извући закључак да је принцип судске самосталности и независности један од темељних принципа савременог судског права и гаранција остваривања права на правично суђење. Отуда се с правом постављају питања - да ли судија може бити независан и самосталан када о његовом избору, положају, плати напредовању, дакле о свим битним статусним питањима одлучује извршна власт?¹³ Може ли се говорити о самосталности судија када о њиховом буџету одлучује извршна власт?¹⁴ Заговорници одржања статуса *quo* ће рећи да је ово лажна дилема и да извршна власт нема никакав утицај на судску власт. Анализа судских спорова у којима је предмет оптужнице извршна власт указује да ти спорови обично дуже трају, или се, пак, ‘чека’ да извршној власти истекне мандат па се тек онда о томе одлучује. Међутим, однос судске и извршне власти претставља јако сложен и вишеслојан проблем и заслужује много подробнију анализу тако да се на овим питањима више нећемо задржавати. Овде су поменути, пре свега, као битан фактор који доприноси стварању услова за остваривање права на правично суђење.

Од непроцењивог значаја је да суд у кривичним поступцима буде независан. Међутим, исто тако, врло је важно да суд у тим поступцима буде и непристрасан, да пружа довољно гаранција да се тај суд доживљава као непристрасан, односно да на њега не могу да врше утицај државни органи и парламентарне политичке странке. При томе, треба имати у виду да је веома тешко доказати да је неки судија пристрасан. Наиме, увек се полази од претпоставке

¹³ У најновијем предлогу у саставу Високог судијског савета поредвиђено је да ‘по службеној дужности члан тог Савета буде и министар правде’. Поставља се питање зашто председник Врховног суда није по ‘службеној дужности’ члан неког тела које бира министра правде?

¹⁴ У Стратегији реформе правосуђа Републике Србије предвиђено је да се тек 2011. године почне уводити правосудни буџет. Оправдано се поставља питање зашто чекати и још три године?

да је судија непристрасан док се не докаже супротно. Непристрасност суда је врло битна у циљу стварања владавине права. Она претпоставља да код суда и судија постоји потпуно одсуство предрасуде или, пак, пристрасности у односу на странке. Циљ правде, правичности и владавине права није само да правда буде спроведена, већ да се тако утврђеној правди верује.

Процеси глобализације и транзиције неминовно се одражавају и на независност судске власти. Тим процесима је угрожена та независност, пре свега, од стране извршне власти, која настоји, и у томе најчешће и успева, да прописује организацију, делокруг рада, па и начин избора носилаца судијске функције. У таквим условима рада судова, немогуће је говорити о постојању права на правично суђење. О томе, илостровано сведочи најновији избор судија и тужилаца у Републици Србији, на шта је указала и Европска унија. У таквим условима, наука је позвана да искаже своје мишљење и укаже на неодрживост такве праксе.

4. Закључак

Заштита и брига о људским правима постала је стварност. Готово да нема законског акта у коме нису садржане норме које упућују на то. Законодавство Републике Србије тим питањима посвећује значајну пажњу. Међутим, иако је на том плану постигнут напредак, још увек законодавство не садржи чврсте гаранције које би обезбедиле да рад судова буде независан, посебно од извршне власти. Управо, из тих разлога не можемо бити задовољни како се остварује право на правично суђење.

Битна претпоставка обезбеђивања судске независности као основног предуслова за остваривање права на правично суђење је стварање нормативних, економских и свих других неопходних претпоставки за развој и јачање независне судске власти. То су и основни предуслови за обезбеђење права на правично суђење. Тешко је обезбедити право на правично суђење уколико немамо самосталну и равноправну судску грану власти са извршном и законодавном граном власти. Отуда и произилазе захтеви за јачање судске гране власти на свим нивоима. Тешко је очекивати да судови буду независни и самостални у остваривању својих циљева, мисија и задатака ако им свака нова извршна грана власт прописује начин организовања, избора и деловања, ако под изговором спровођења реформе правосуђа проводи лустрацију носилаца правосудних функција и ако истински није посвећена изградњи правне државе која ће почитати на принципима владавине права.¹⁵ У таквим условима нема и правичног суђења.

¹⁵ Видети шире: Неђо Даниловић, Срето Ного, *Проблеми остваривања правне државе*, Зборник радова са међубнародне конференције – Проблеми примене међународног кривичног права у националном кривичном праву, Удружење за међународно кривично право и Интермакс, Тара, 2012.

Литература

- Арнаудовски Љупчо: *Организацијата, функцијата и улогата на правосудните органи на Кресненското востание, у Правилата – Уставот на Македонскиот востанички комитет во Кресненското востание*, Скопље, 1980.
- Авес Мицхело: *Правото на "добар судија" – од независноста на судите до развојот на судската власт*, Зборник на трудови од Меѓународната конференција, "Македонско – француски денови на правото – 200 години од Цоде цивил", Скопје, 2005.
- Ch. Perelman: *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963.
- Ѓокоровски, Т.: *Sociologija na pravoto*, Скопје, 1996.
- Douglas O. William: *Амерички систем поделе власти, контроле и равнотеже*, "Архив за правне и друштвене науке," бр. 1–2. Београд, 1962.
- Родољуб Етински: *Право на делотворан правни лек у светлу праксе Европског суда за људска права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.2, Нови Сад, 2004. и Нацрт Закона о парничном поступку и право на суђење у разумном року, Европско законодавство, бр. 9-10, Београд, 2004.
- Родољуб Етински и др.: *Остваривање права на суђење у разумном року у Републици Србији*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10, Нови Сад, 2007.
- Европска конвенција о људским правима, "Досије", Београд, 2004, стр.14.
- Europe in a Time of Change: Crime Policy an Criminal Law, Council of Europe, Rekomendation No. R (96)8 and explanatory memorandum and report on responses to developments in the volume and structure of crime in Europe in a time of change, Strasbourg, 1999.
- Камбовски Владо: *Кривичноправно судовање у Македонији у XVII i XVIII столећу*, Одвјетник, бр. 5–6. Загреб, 1974.
- Камбовски Владо: *Основни проблеми конституисања судског права као гране права и правне науке*, "Правни живот", бр. 12, Београд, 2006,
- Камбовски Владо: *Правда и внатрешни работи на ЕУ*, Скопље, 2005.
- Лазаревић П. Адам: *Теорија тумачења закона и судска пракса*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 1–2. Београд, 2006.
- Лукуић Радомир: *Методологија права*, "Научна књига", Београд, 1979.
- Александар Јакшић: *Европска конвенција о људским правима*, "Центар за публикације", Београд, 2006.
- Марковић Ратко: *Уставно право и политичке институције*, осмо издање, "НИП Јустинијан", Београд, 2003.

Неђо Даниловић, Срето Ного, *Проблеми остваривања правне државе*, Зборник радова са међународне конференције, Удружење за међународно кривично право и Интермакс, Тара, 2012.

Срето Ного: *Судско право*, Мегатренд, Београд, 2010.

Rols Džon: *Teorija pravde*, ‘‘JP Službeni list SRJ’’, Beograd, 1998.

Уговори Европске уније, Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Београд, 2004.

Уједињене нације 1945–1995. између признања и покуде, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1995.

Уједињене нације 1945–1995. између признања и покуде, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1995.

Устав Републике Србије, ‘‘Службени гласник’’, Београд, 2006.

Full Professor Nogo Sreto, PhD

Full Professor Danilović Neđo, PhD

Bachelor of Law Danilovic Alexandra, Attorney

INDEPENDENCE OF THE JUDICIAL BRANCH OF GOVERNMENT AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

Summary

Government is always unique, and the usual separation of powers between the judiciary, legislature and executive is the only function this unity and the development of democracy in society. It is anticipated that all three independent and autonomous authority, and that the other two authorities can not exercise influence or determine what should be done by the judicial authority. This division was created in the 18th century, as a result of the tendency to protect one of the omnipotence of the state government.

Judicial authorities to act only when there is reason appeared to be some dispute over rights. In resolving this dispute, the Court derives its authority from the fact that he is part of the government, and that is the strength and power; he authoritatively resolve disputes about the law. From the judicial authorities, as relevant, it is expected that the force of argument and say what their functions are legal decisions, what is the law and justice and to bring about a binding decision. In some systems, it has the task of government and to apply the sanction imposed.

Key words: *the government, judiciary, law, judicial law, judicial independence, judicial independence, the right to a fair suđelje, protection of human rights.*

PRAVDA, ODGOVORNOST I DRUŠTVENI LEGITIMITET PRAVOSUĐA

Branko Perić*

1. Uvodne napomene

Jedna slika iz XVI vijeka nosi naziv „Alegorija pravde“. Naslikao ju je Direk Volckretsc Coornhert. Na slici je u prvom planu žena koja gura kolica (civare) u pravcu provalije. Desno je gola žena vezanih ruku i stopala, koja leži na zemlji. U pozadini, na uzvišenju, je krilata figura, koja drži ruke zajedno u molitvi, ili ruka koja davi. Pored njenih stopala stoji vaga i mač koji je pao na zemlju. Žena sa kolicima je Mišljenje, svezana žena je Istina, a krilata figura u pozadini je Pravda. Istina (Veritas) leži vezana i povrijeđena na ulici. Sudija (Justitia) bježi, a obmana – javno mišljenje (Opinio) vozi svijet u pakao.¹ Čini se da je ova srednjevijekovna alegorija aktuelna i danas.

Da li je javno mišljenje preuzelo kontrolu i prisvojilo istinu, a pravda pobjegla, odbacujući vagu i mač? Ozbiljno pitanje za regulatora sudskog sistema i nas koji želimo da se ozbiljno bavimo pravdom!

2. Percepcija pravde

Na globalnom planu teku procesi koji dovode u pitanje pravdu kao civilizacijsku vrijednost koja je temelj sudske vlasti.

Od Platona i Aristotela, preko Ulpijana i Cicerona, do Tome Akvinskog, Frensis Bekona i pravnih filozofa prošlog vijeka, pravda se izučavala kao vrhunska vrijednost. Ona se pojavljivala kao suštinsko pitanje filozofije prava. *Pravdoljubivost*, najljepša riječ u srpskom jeziku, na najbolji način objašnjava dubinsko značenje pojma pravde.

* Бранко Перић, судија Суда БиХ

¹ Vidjeti opširnije: Philip Langbroek: Upravljanje sudovima i sudijama, Ponovno razmatranje tenzija između odgovornosti i nezavisnosti pravosuđa, <http://vkc.library.uu>

Sve češće se može čuti, od umnih i običnih ljudi, kako je sve više prava, a sve manje pravde! U ovom vremenu sveopšte tranzicije, ljudi se svakodnevno susreću sa zakonima koji ne slede pravdu nego joj se rugaju. Nacionalni ustavni sudovi, kao i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu, zatrpani su apelacijama za zaštitu prava koja se krše. Čak su i sudije, ti «čuvari pravde», kako ih je nazivao Aristotel, i «sluge zakona», kako su ih krstile pristalice pozitivizma, suočene sa zakonima koji narušavaju elementarne principe njihove nezavisnosti, stalnosti sudijske funkcije i njihove ekonomske nezavisnosti. U odbrani svojih prava sudije u Srbiji i zemljama u okruženju podnose tužbe protiv države. U Sloveniji su sudije stupale u štrajk u odbrani svoje ekonomske nezavisnosti. Pravosudne reforme su u nekim tranzicijskim zemljama (Srbija) mnoge sudije ostavile bez posla u procedurama koje su bile sve samo ne pošten postupak izbora. Ima li za sudije većeg poniženja od gaženja njihovih prava!?

Sa međunarodnom pravdom stvari stoje mnogo gore. Moćni svijet se sve više vraća sili i sve manje oslanja na pravdu! Elementarna međunarodna prava, civilizacijski strpljivo građena kao opštevažeći sistem, krše se u ime nejasnih politika. Šizofrenija moćnih prijeti uništenju pravde kao najznačajnije civilizacijske vrijednosti.

Omar Kadr je zarobljen u Avganistanu 2002. godine. Optužen je da je bacio ručnu granatu od koje je poginuo američki vojnik, narednik Kristofer Spir. Omar je u trenutku hapšenja imao 15 godina. Prije zarobljavanja u mjestu Kost, u istočnom Avganistanu, Omar je dva puta ranjen i izgubio je oko. Za optužbu nije bilo dokaza. Ona se zasniva na «priznanju» koje je Omar navodno dao istražiteljima tokom dugotrajnog zatočeništva u nekom logoru.

Mediji su objavili da je Omar izveden pred vojni sud nakon osam godina naj-surovijeg tretmana u američkim vojnim zatvorima (Bagram u Avganistanu i Gvantanamo). Sudija je prihvatio njegovo priznanje kao dokaz u neformalnom prethodnom sudskom postupku..

Na raznim stranama svijeta danas se vode ratovi sa sumnjivim ciljevima. Njihovi protagonisti vojne intervencije opravdavaju odbranom ljudskih prava (humanitarne intervencije!?). Gledali smo skoro kako se bombama razara Libija. Umjesto zabrane letova radi zaštite civilnog stanovništva, NATO je sa bezbjedne visine uništavao civile i infrastrukturu jedne zemlje pokušavajući da ubije njenog predsjednika. Stradanje civila se u vojnim bilansima naziva "kolateralna šteta". Ne tako davno razaran je Irak, a njegov predsjednik je ubijen pod optužbom da je prijetio hemijskim oružjem. Tek nakon totalnog uništenja jedne države i ubistva njenog predsjednika, demokratski svijet je priznao da Sadam Husein nije imao hemijsko oružje i da su optužbe bile lažne. Bili smo svjedoci vandalskog razaranja Srbije. Sa najmodernijim zračnim projektilima rušene su bolnice i mostovi. U rušenju nacionalne televizije ubijeni su nedužni radnici.

U Bosni i Hercegovini demokratski svijet je stvorio do sada neviden protektorat. U srcu demokratske Evrope petnaest godina vrhovna vlast je u rukama visokog

predstavnik, koga nije biraо narod. On suspenduje akte zakonodavne i izvršne vlasti, nameće zakone, oduzima lične dokumente, ostavlja ljude bez zaposlenja, oduzima biračko pravo.... Njegove odluke nisu podložne preispitivanju ni jednog suda. U dvadeset prvom vijeku u srcu Evrope stoluje namesnik za koga ne postoji sud!

U Haškom sudu, pravosudnoj instituciji koju su osnovale UN, suprotno pravnim tekovinama kontinentalnog prava, za pritvor nema vremenskog ograničenja. U ovom trenutku neki od utamničenih čekaju presudu devet godina! Ovaj sud je nadležan samo za neke zemlje i samo za neke počiniоce krivičnih djela protiv humanitarnog prava. Drugi međunarodni krivični sud takođe neće biti nadležan za najmoćnije zemlje. Njihovi vojnici će moći da ubijaju širom svijeta bez straha da će im se suditi u nekom sudskom procesu.

U Bosni i Hercegovini, na optužene za ratne zločine, suprotno osnovnom pravnom načelu da se prema optuženom primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela, primjenjuje se krivični zakon koji je donešen desetak godina kasnije, koji za ista krivična djela predviđa dvostruko veće kazne. Više nije važno što je zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona fundamentalna tekovina krivičnog prava! U Hrvatskoj i Srbiji optuženik za isto krivično djelo, iz istog ratnog događaja, može biti osuđen na duplo manju kaznu, nego u BiH. Tako je voljom nevidljivog zakonodavca uspostavljena regionalna neravnopravnost pred zakonom.

Primjeri pokazuju da živimo u vremenu ozbiljne destrukcije pravde i civilizacijskih vrijednosti. Demokratski svijet je sebi uzeo za pravo da donosi presude bez suđenja i suda. Demokratski svijet je odlučio da ubija bez suđenja i suda. Pravda, kao ideal i nada civilizacije, sve je manje vidljiva. Jesmo li pristali da sila postaje pravo!?

Francuska više nema svog Voltera. Njemačka više nema svog Gustava Radbruha, koji je početkom prošlog vijeka upozoravao pravnike, a sudije posebno, da postoje zakoni koji su suprotni pravdi zbog čega im se ne smije dati važnost prava. Ukazujući na civilizacijski značaj pravde, Radbruh² kaže da čak i pravna načela moraju imati jaču pravnu snagu od zakona, upravo zbog toga što su im vijekovi primjene dali društveni i pravni značaj.

Pravnička pamet više nije nada čovječanstva. Pravni stručnjaci su vješto kumpirani i uvučeni u projekte moćnih. Njihove ideje više nisu u službi pravde i za spas čovječanstva, oni su sredstvo za uvećanje kapitala i moći. Oni su upregnuti u falange za odbranu međunarodne nepravde. Pravni stručnjak je danas instrument u projektu, nosilac akcionog plana, vođa tima, član kluba, ili međunarodni birokrata čiji je zadatak da piše izvještaje koji će se dopasti nalogodavcima.

Ljudi postaju zabrinuti za sudbinu pravde. Njihovo razumijevanje globalnih procesa i pojedinačnih slučajeva (ne)pravde nije dobar saveznik sudske vlasti. Povjerenje u pravosudne sisteme i djelotvornost pravde sve više se podriiva.

² G. Radbruh: *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980., str.267.

3. Правосуђе и јавно мишљење

Ovakvo razumijevanja pravde dovodi sudove i sudije u nezavidan položaj. Gubitak povjerenja u pravdu izlaže sudove i sudije žestokoj javnoj kritici. Moglo bi se reći da su oni danas najkritikovaniji segment vlasti.

Istovremeno, pravosudni sistem postaje poligon svojevrstnih skandala. Evo kratkog podsjećanja! Prije godinu dana suspendovan je glavni tužilac Tužilaštva BiH zbog nedoličnih kontakata sa osumnjičenim trgovcima oružjem. Njegov prethodnik je pod nerazjašnjenim okolnostima bio primoran da podnese ostavku. Predsjednik jednog osnovnog suda u Republici Srpskoj pravosnažno je osuđen zbog zloupotrebe položaja. VSTS je nakon toga utvrdilo da je nastupila zastara disciplinskog postupka u ovom slučaju tako da je predsjednik i danas sudija. Jedan federalni tužilac je razriješen dužnosti zbog pozajmljivanja novca od kriminalaca protiv kojih je vodio istragu. Drugi tužilac je suspendovan zbog komunikacije sa osumnjičenim u toku postupka i obećanja da će slučaj biti sređen. Predsjednica jednog suda je zahtijevala od sudije da promijeni svoju odluku, a kada on to nije učinio – istu je pocijepala. Jedan sudija je razriješen dužnosti zbog seksualnog zlostavljanja cvjećarke. Jedan sudija je sudio u slučaju bliskog srodnika. Nekoliko sudija je disciplinski odgovaralo zbog korištenja službenih automobila u privatne svrhe. Izgleda da je to redovna praksa.

Veliki broj okončanih disciplinskih postupaka pokazuje nizak nivo etičnosti u pravosuđu. Sve se to događa nakon najrigoroznije reforme pravosuđa i i sveobuhvatne edukacije iz oblasti etičkih standarda.

Dodaju li se tome kontroverzne sudske odluke, nekonzistentna kaznena politika, politički uticaji na tužilaštva i sudove i veliki broj oslobađajućih presuda u slučajevima koje je pratio medijski publicitet – slika sudskog sistema postaje prilično mračna.

Šta se događa sa moralom nosilaca pravosudnih funkcija? Kakve su profesionalne sposobnosti nosilaca pravosudnih funkcija? Kuda ide pravosudni sistem? Kakvo može biti povjerenje javnosti u pravosuđe sa ovakvim skandalima? Kako izgraditi društveni legitimitet sudskog sistema koji pati od hronične nemoralnosti? Šta su uzroci ovakvog stanja u jednom sistemu koji se u teoriji označava kao treći stub vlasti? Ovo su samo neka od pitanja koja zahtijevaju javni odgovor.

Da bi se došlo do odgovora, bilo bi neophodno prethodno razmotriti uzroke kontroverznog stanja u kome se nalazi pravosudni sistem i obim odgovornosti triju vlasti za ovakvo stanje.

4. Geneza erozije povjerenja u pravosuђе

Ako je pravosuđe izloženo oštroj javnoj kritici, bilo zbog moralnog kredibiliteta nosilaca pravosudnih funkcija ili zbog kontroverznih odluka, postavlja se pitanje

šta su uzroci ovakvog stanja? Da li građani mogu da vjeruju da im sudovi garantuju pravdu? Da li je pretjeran fokus medija na pravosuđe i da li sloboda javnog govora ugrožava pravdu? Postoje ozbiljna ograničenja da se odgovori na ova pitanja.

Da bi se došlo do odgovora bilo bi neophodno prethodno razmotriti uzroke kontroverznog stanja u kome se nalazi pravosudni sistem i obim odgovornosti triju vlasti za ovakvo stanje.

4.1. Refleksije reforme pravosuđa

Gubitak legitimiteta pravosuđa počinje sa **izuzimanjem reforme pravosuđa iz nadležnosti domaćih institucija**. Od tog trenutka izvršna i zakonodavna vlast su odbacile odgovornost za uspjeh reforme sektora pravde. Umjesto podrške pravicima reforme koje je dizajnirala međunarodna zajednica (OHR i Nezavisna pravosudna komisija), domaći političari kritikuju način na koji se reforma provodi i konstantno proces proglašavaju neuspješnim. Umjesto da se javnost ohrabruje i uvjerava da je reforma u interesu pravde i efikasnosti pravosudnih institucija, procesi teku obrnutim smjerom: proizvodi se dodatno nepovjerenje u rezultate i ciljeve reforme.

Paralelno sa reizborom sudija i tužilaca od strane nezavisnog tijela, čime je političarima uskraćena mogućnost dominantnog uticaja na izbor i imenovanje sudija i tužilaca, visoki predstavnik nameće niz zakona koji (prema mišljenju političara) nemaju ustavnopravnu osnovu. **Nametnuti zakoni** instaliraju u domaći pravosudni sistem niz novih i potpuno nepoznatih instituta u kontinentalnom pravu (tužilačku istragu, sporazumijevanje o krivnji, retroaktivnu primjenu zakona, preuzimanje predmeta iz nadležnosti nižih sudova). To dodatno ruši ugled sistema u javnosti i smanjuje prag povjerenja u pravosudni sistem (posebno na državnom nivou).

4.2. Koncept nezavisnosti

Nametanjem zakona o Visokim sudskim i tužilačkim savjetima (VSTS)³, kao nezavisnim regulatorima pravosudnog sistema, produbljen je jaz između pravosuđa i izvršne i zakonodavne vlasti. Nadležnosti VSTS su postavljene toliko široko da je gotovo postao nevidljiv uticaj izvršne vlasti na organizaciju pravosuđa i njegova odgovornost za efikasnost sistema.⁴ Zakonodavna vlast nema nikakve nadležnosti u

³ Vidi: Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BIH (Sl. glasnik 15/02, 26/02, 35/02, 42/03), Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću F BiH (Sl. novine 22/02, 41/02, 19/03, 67/03 i 17/04) i Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom savjetu RS (Sl. glasnik 31/02, 55/02, 114/03 i 30/04).

⁴ Vidi: Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom savjetu BIH (Sl. glasnik BIH br. 25/04, 93/05 i 48/07).

pogledu imenovanja sudija, tužilaca, predsjednika sudova i glavnih tužilaca. Parlamenti čak nisu dobili nikakva ovlaštenja u pogledu godišnjih izvještaja o pravosuđu: mogli su da ih samo prime k znanju! Izvršna vlast je imala odgovornost samo za finansiranje sistema, dok je u pogledu sudske administracije imala podijeljene nadležnosti sa VSTS. Tako je društveni legitimitet pravosuđa nesmotreno žrtvovan zbog visokog stepena nezavisnosti. Pravosudni sistem, sa oreolom nezavisnosti, našao se na marginu društvenog interesovanja, istovremeno izložen oštroj kritici.

4.3. Zakonodavne inicijative

U zakonodavnim tijelima gotovo svih zemalja u tranziciji užurbano su donošeni paketi reformskih zakona. Ozbiljnom poslu obično nisu prethodile ozbiljne analize i stručne i javne rasprava, a pogotovo ne komparativne analize. Posao se otaljavao da bi se ispunili zadani «ciljevi i uslovi», riješili neki konkretni tranzicioni problemi i izvršilo kakvo-takvo «usklađivanje». Gubio se iz vida sistem pravnih normi, kompatibilnost pravnog poretka i nije se razmišljalo kakve će posljedice nova regulitava proizvesti u oblastima koje nastoji urediti po novim modelima.

Tako se događalo da su zakoni suprotni ustavima, podzakonski akti u nesaglasnosti sa zakonima, a ustavi neusklađeni sa međunarodnim konvencijama. U normativnom zamešateljstvu žrtva su bili pravda i pravna sigurnost. Često se sticao utisak da društvo nije zadovoljno novim zakonodavstvom.

Krivicu za opasnu zakonodavnu brzopletost snose, prije svega, političari kojima je u procesima tranzicije forma bila važnija od suštine, a brzina dokaz uspješne politike. Ali, nije moguće amnestirati ni međunarodne faktore koji u politički nezrelim društvima zahtijevaju brze i sveobuhvatne promjene kao znak opredjeljenosti za reforme, ne pomažući u analizama i pripremi dobrih prijedloga.

Zabrinjava odsustvo domaće profesionalne odgovornosti za izgradnju funkcionalnog pravnog sistema u kome će vladavina zakona biti garant demokratske perspektive društva. A do dobrih zakona se dolazi samo na osnovu dobrih analiza i ozbiljnih rasprava!

5. Percepcija pravde i odgovornost pravosuđa

Način na koji se odvijala tranzicija snažno je uticao na percepciju pravde. Na žestoke kritike (osnovane i neosnovane) nije bilo očekivanog i jasnog odgovora iz pravosuđa. Pravosudna zajednica nije razumjela da ima odgovornost prema javnosti.

Po prirodi stvari, pravda se vezuje za pravosuđe. Rad pravosuđa pravdu čini vidljivom. Sudske presude su ovaploćenje ideje pravde, a sudija njen tvorac. Presuda je proizvod sudije i odraz njegove vizije pravde. Ona je najdirektniji odraz vještine sudije da razmakne kulise i osvijetli pravdu.

Povjerenje u sudiju i sud daje suštinsko značenje pravdi. Bez njih je pravda utopija. Slikar sa početka teksta je očigledno bio zabrinut za pravdu upravo zbog javnog nepovjerenja u sud. Ovakvo razmišljanje vodi nas na teren odgovornosti pravosuđa za pravdu.

Pravosuđe mora pravdu učiniti vidljivom u svom radu. Da bi pravda bila vidljiva, ona mora biti dostupna u kratkom roku, razumljiva i opšteprihvatljiva. Dakle, pravosuđe mora biti efikasno. Pravosuđe ne smije odgovornost za društvenu percepciju pravde prebacivati na druge dvije vlasti. Za lošu pravdu (nepravdu) ne može izgovor biti loš zakon, niti pravosuđe može tvrditi da su loši zakoni problem za pravdu.⁵

Za građane je Pravda u rukama države. Država je garant pravde u najširem smislu riječi. Sudska vlast je samo dio državne vlasti. Otuda je logično da i politička sfera, koja konstituiše vlast, mora imati odgovornost za pravdu.

Zakonodavac je potpunu odgovornost za pravosuđe prenio na VSTS. U osnovnim odredbama je to nedvosmisleno naglašeno.⁶ To je dovelo do tačke nerazumijevanja za koju se ne nudi rješenje.

6. Tenzije između pravosuđa i političke sfere

Pomjeranje težišta odgovornosti za pravosudni sistem sa izvršne i zakonodavne vlasti na nezavisnog regulatora (VSTS) proizvelo je niz sporenja i rasplamsalo različite tenzije. Najozbiljnije pitanje na toj relaciji svakako je pitanje odgovornosti. Politička sfera optužuje pravosudni sistem i regulatora zbog institucionalne neodgovornosti. Ključna teza koja se pojavljuje u javnom diskursu svodi se na pitanje: kome odgovara VSTS i kome odgovara pravosuđe?

Istini za volju, u Zakonu o VSTS ova relacija nije vidljiva. VSTS nije podvrgnut nikakvim uticajima izvršne i zakonodavne vlasti.

Kada je u pitanju izvršna vlast, ona ima obavezu da finansira pravosudni sistem i da u tom dijelu uzme u obzir mišljenje VSTS. Ovakav odnos podrazumijeva saradnju na izradi prijedloga i zajedničko predstavljanje prijedloga na parlamentu.⁷ U praksi je uloga ministra pravde u ovom dijelu pravosudne problematike značajnija u odnosu na VSTS. Od njegovog razumijevanja problema i sposobnosti da se nametne ministru finansija u izradi konačnog prijedloga parlamentu zavisi sudbina pravosudnog budžeta.

Ostale podijeljene nadležnosti koje VSTS ima sa ministarstvom pravde nisu od bitnijeg značaja. One se svode uglavnom na davanje mišljenja povodom određenog

⁵ Vidi: G. Radbruch: *ibid.*, str. 267.

⁶ Član 3. stav 1. glasi: „Savjet kao nezavisni i samostalni organ ima zadatak da osigura nezavisno, nepristrasno i profesionalno pravosuđe.“

⁷ Vidi: član 17. tačke 14-18. Zakona o VSTS.

broja pitanja koja se tiču zakona i drugih propisa i sudske administracije.⁸

Suštinu kontroverzi odnosa sudske i izvršne vlasti moguće je razmatrati na nekoliko nivoa. Prvi nivo odnosio bi se na legislativno uređenje modela sudske administracije. Drugi bi se mogao ticati kreiranja modela finansiranja pravosuđa (u nekim zemljama je to model zasnovan na rezultatima). Treći bi se mogao odnositi na tehnološke inovacije. Zatim, pitanje uticaja izvršne vlasti na efikasnost. Sva ova pitanja su u sferi legitimnog interesovanja izvršne vlasti.

Danas je sudska administracija sastavni dio pravosuđa i pod direktnom kontrolom sudske vlasti. Administracijom upravljaju predsjednici sudova. Loše funkcionisanje sudske administracije ugrožava vršenje sudijske funkcije i može direktno uticati na rezultate pravosuđa. Međutim, za vršenje upravnih ovlaštenja predsjednici nemaju nikakve odgovornosti. Oni ne mogu imati nikakve konsekvence za loše vršenje upravnih ovlaštenja. Zbog toga ne mogu biti izloženi nikakvim sankcijama. Ta vrsta vještina eventualno može biti od značaja za ponovno imenovanje na predsjedničku funkciju.

Čini se da izvršna vlast ima legitimne pretenzije na više ovlaštenja nad sudskom administracijom. Snažnija ovlaštenja bi je učinila odgovornijom za model organizacije, uvođenje tehnoloških inovacija, ukupnu opremljenost i njenu efikasnost. Prepuštanje ovih ovlaštenja izvršnoj vlasti ne bi trebalo ugroziti sudski sistem, ali bi sasvim sigurno relaksiralo postojeće tenzije i doprinijelo društvenom legitimitetu pravosuđa.

Jedina obaveza koju VSTS ima prema parlamentima jeste dostavljanje godišnjeg izvještaja o radu pravosuđa.⁹ Podnošenje izvještaja ne može prouzrokovati nikakve posljedice po sudsku vlast. Izvještaj se razmatra na parlamentu, ali se ne usvaja, niti odbacuje. Jednostavno, izvještaj se prima k znanju. Kritike koje se iznesu ostaju u parlamentu bez ikakvog dejstva. Parlament nema ovlaštenje da zahtijeva od pravosuđa donošenje politika procesuiranja, strategija progona, ili pooštavanje kaznene politike. Naravno, takva vrsta rasprave na parlamentu nije onemogućena, ali praksa pokazuje da parlament nije zainteresovan za rasprave koje ne obavezuju i čiji učinak nije izvjestan

Može se postaviti pitanje kakav smisao može imati izvještaj o radu pravosuđa ako izabrani predstavnici vlasti svoje razmatranje ovog akta svode samo na upoznavanje? Čini se da je sa ovakva odredba Zakona o VSTS onemogućila neophodnu komunikaciju između zakonodavne i sudske vlasti i diskreditovala pravosuđe kao odgovoran sistem.

Ima li parlamentarna vlast legitiman interes da utiče na sudsku vlast i šta bi bio primjeren stepen interesovanja? Na kraju, na koji način bi trebao da se odvija dijalog parlamentarne vlasti i pravosuđa?

Zakonodavna vlast je mjesto gdje se trebaju rađati ideje i slivati zakonodavne inicijative, pa i one koje se tiču dizajniranja pravosudnog sistema. Da bi se inicijative

⁸ Vidi: član 17. tačka 28. Zakona o VSTS.

⁹ Vidi: čl. 20. stav 3. Zakona o VSTS BiH.

podsticale i dovoljno razumjele, dijalog tri vlasti mora biti otvoren i funkcionalan. Bez takvog dijaloga tri sistema vlasti mogu postati autistični sistemu između kojih će se tenzije samo produbljivati.

Rješenje koje bi moglo riješiti problem i podstaći djelotvoran dijalog mora uključivati razmatranje izvještaja o radu pravosuđa i donošenje preporuka i mišljenja koja će biti razmatrana u okviru pravosuđa i postati osnova za dalji dijalog. Takva komunikacija mora biti otvorena, argumentovana i krajnje transparentna. Javnost mora znati kakav se dijalog vodi i na kakvim pozicijama stoji sudska i politička vlast. Bez takvog dijaloga pravosudni sistem može pasti u potpunu anonimnost i postati prostor bez ideja i snage da se nosi sa izazovima tranzicije.

Dijalog je jedini način da se tenzije između sudske, izvršne i zakonodavne vlasti smanje, a istovremeno ojača povjerenje javnosti u sva tri stuba vlasti. U tom pravcu neophodne su izmjene zakona i promjena dosadašnje komunikacijske prakse.

7. Zaključna razmatranja

Primjeri na koje smo ukazali pokazuju da živimo u vremenu ozbiljne destrukcije pravde kao civilizacijskih vrijednosti. Podrivanje pravde ozbiljno ugrožava kredibilitet sudskog sistema. Na ovu objektivnu činjenicu sudski sistem mora da reaguje.

Sudijski i tužilački skandali dali su dodatne argumente za žestoku kritiku pravosuđa i optužbu da sistem nije sposoban da se samoorganizuje. Potrebno je hitno analizirati gdje su uzroci ove i ovakve destrukcije. VSTS mora otvoriti ovaj problem i zajedno sa drugim institucijama tražiti rješenje.

Percepcija nekih sudskih odluka (prije svega odluka Tužilaštva i Suda BiH) otvara mnoga kontroverzna pitanja kao što su: pravo na pravično suđenje, selektivna pravda, odnos suda i raznih udruženja žrtava rata, pravo komentarisanja nepravosnažnih sudskih odluka, osporavanje kredibiliteta sudija (klevete i uvrede), neprimjeren pritisak na sudije i pravosudni sistem, odnos medija i pravosuđa... Postoje ozbiljne indicije da pravosuđe postaje faktor kulturološkog rizika. O tome se mora povesti javni dijalog u kome se mora čuti mišljenje pravosudne zajednice.

Odgovornost pravosudnog sistema je ključna tačka nerazumijevanja. U političkom diskursu VSTS je institucija koja nema odgovornost za svoje odluke i stanje u pravosudnom sistemu. Vrlo često se koristi sintagma o «otudenom centru sudske moći», što u javnosti diskredituje instituciju i sudski sistem. VSTS nije učinio dovoljno da se ovaj kontroverzni odnos razjasni u javnom dijalogu i unaprijedi u mjeri koja će učvrstiti povjerenje u sistem i doprinijeti autoritetu institucija.

Prvi korak u traženju odgovora na ova pitanja treba biti javni dijalog sudske, izvršne i zakonodavne vlasti. On bi trebao rezultirati podijeljenim odgovornostima za organizaciju i funkcionisanjem sudskog sistema na najboljim pravnim standardima. Podijeljene odgovornosti ne smiju da ugroze standard sudijske nezavisnosti i nezavisnosti sudskog sistema kada je u pitanju vršenje sudijske dužnosti.

Summary

A serious destruction of justice and jeopardizing the credibility of the judicial system require a social reaction.

The perception of certain judicial decisions (primarily the decisions of the Prosecutor's Office of BiH and the Court of BiH) has raised many controversial issues such as: the right to a fair trial, selective justice, the relations between the court and different war victims' associations, the right to comment on non-final judicial decisions, challenging of the judicial credibility (defamation and insults), exerting inappropriate pressures on the judges and the judicial system, relations between the media and the judiciary... There are strong indication that the judicial system has become a factor of cultural risk. In view of the foregoing, a public dialogue must be pursued so that the views of the judicial community could be heard.

The responsibility of the judicial system is the crucial point of misunderstanding. Within a political discourse, the HJPC is an institution that does not bear the responsibility for the decisions thereof and for the situation in the judicial system. The phrase "alienated center of judicial powers" has been very frequently used to discredit the institution and the judicial system in the public. The HJPC has taken no sufficient action to clarify this controversial attitude in a public dialogue and to improve the relations to such an extent that will strengthen the trust into the system and contribute to the institutions' authority building.

The first step in efforts to find answers to those issues should be a public dialogue between the judicial, executive and legislative authorities. This dialogue should result in shared responsibilities for the organization and functioning of the judicial system pursuant to the best legal standards. The shared responsibilities must not jeopardize the standard of the independence of judges and the judicial system independence when it comes to the exercise of judicial duties.

**VAŽNOST ISKAZA SVJEDOKA I NEKI ASPEKTI NJEGOVE
ZAŠTITE U SVJETLU NOVOG KRIVIČNOPROCESNOG
ZAKONODAVSTVA CRNE GORE**

Mr Jelena Pajković*

***Apstrakt:** U radu su prezentovani glavni aspekti legislative u Crnoj Gori u oblasti zaštite svjedoka. Važnost iskaza svjedoka uočava se još od rimskog kaznenog prava, a u Crnoj Gori se normativno razrađuje zaštita svjedoka pred sudom, tokom krivičnog postupka i izvan krivičnog postupka - Krivičnim zakonikom, Zakonikom o krivičnom postupku i Zakonom o zaštiti svjedoka. Novo zakonodavstvo u Crnoj Gori u velikoj mjeri je prihvatilo međunarodne pravne standarde kada je riječ o mjerama zaštite svjedoka, kao u krivičnom postupku, tako i izvan krivičnog postupka.*

Preispitivanje postojećeg krivičnog zakonodavstva sa aspekta savremene nauke krivičnog prava treba da služi njegovom stalnom usavršavanju.

A zakonodavstvo, shvaćeno kao proces stvaranja zakona, nužno je stalni proces u kojem svaki korak ima svoju ulogu. Jedan korak je zajednički – očuvanje slobode i osnovnih prava čovjeka i građanina. Kao jedno od suštinskih ljudskih vrijednosti, pravo mora biti zaštitnik slobode.

***Ključne riječi:** krivično zakonodavstvo Crne Gore, svjedok, zaštita svjedoka.*

»U nedostatku sopstvenog opažanja moramo se zadovoljiti iskazom onoga koji je to opažanje načinio (svjedok) ili onoga koji tvrdi da je to od njega čuo«

Dr Rudolf fon Jering¹

* Mr Jelena Pajković, Универзитет Црне Горе, Подгорица, Црна Гора.

¹ R. Jering, Cilj u pravu.

UVOD

U pravnoj teoriji i praksi nameće se pitanje poređenja između izvornog i izvedenog sticanja saznanja, a potreba za tim poređenjem je nesporna ako je cilj, a jeste, da se utvrdi istina, potpuna i nepobitna, što prevedeno na polje krivičnog prava znači postizanje osnovnog cilja krivičnog postupka koji mora da osigura »da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dijela izrekne krivična sankcija pod uslovima propisanim Krivičnim zakonikom i na osnovu zakonito sprovedenog postupka« (čl. 1 Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore² – u daljem tekstu: Zakonik).

Nacionalna zakonodavstva pri uređenju krivičnog postupka i ostvarenju ovih ciljeva uslovno su slobodna ili drugačije rečeno ograničena su dostignutim standardima zaštite prava građana, kako domaćim tako i međunarodnim. Upravo ovi standardi, koji ne proizilaze samo iz područja zaštite ličnih i imovinskih prava svakog građanina već i prihvaćenih oblika suzbijanja određenih vrsta kriminala, dovode do unifikacije i standardizacije određenih radnji u krivičnom postupku. Jedna od tih radnji, u cjelokupnom pravnom normiranju svih radnji krivičnog postupka, jeste radnja koju zakoni o krivičnom postupku nazivaju ispitivanje svjedoka.

Zašto je iskaz svjedoka važan za otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela i krivični postupak u cjelini?

Proučavanjem rimskog kaznenog prava, koje se odnosi na razdoblje kraljevstva (509. p.n.e-27.p.n.e), u okviru kaznenopravnih odredbi Zakonika XII ploča, kojima se štiti nesmetano provođenje pravde kao vrhovni javni interes, uočava se da značajno mjesto pripada važnosti iskaza svjedoka, koji su u to doba, kada pismo još nije bilo rašireno, predstavljali uobičajeno odnosno najvažnije dokazno sredstvo. Budući da su pravne poslove starog *ius civile* karakterisali strogi formalizam, prisutnost javnosti, svečani karakter, važnost svjedočenja pred sudom i teške posljedice lažnog svjedočenja dodatno su naglašene.

»Ako je neko bio svjedok kakve okolnosti pravnog posla pa odbije o tome svjedočiti neka bude nečastan i *intestabilis*³«.

Iskaz svjedoka ima veliko praktično značenje, jer se još uvijek, uprkos drugim savremenim načinima utvrđivanja činjenica, veliki broj odluka donosi upravo na osnovu svjedočenja⁴. Skoro da nema krivične stvari koja se, pored ostalih dokaznih sredstava, ne rasvjetljava i pomoću iskaza svjedoka. To je zbog toga što se malo krivičnih djela izvrši a da neko o njima nema određena saznanja.⁵ Zato je sasvim

² Sl. list CG, br. 57/09, 49/10.

³ *Intestabilis* – nesposobnost za svjedočenje; pojedinac koji ne može (zbog određenih svojstava ili ograničenja po kazni) napraviti oporuku ili pravni posao kod kojega su potrebni svjedoci – Ante Romac, Riječnik latinskih pravnih izraza, Informator, Zagreb, 1985, str. 157.

⁴ Tomašević, G., Krapac, D., Gluščić, S.: Kazneno procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2005, str. 104.

⁵ Radulović Drago: Krivično procesno pravo, CID, Podgorica, 2002, str. 216.

razumljiva tendencija krivičnog procesnog prava da ovo dokazno sredstvo stavi u što je moguće većoj mjeri na raspolaganje organima krivičnog postupka, što se postiže kroz normiranje ko može biti svjedok, ko mora biti svjedok i koje su dužnosti svjedoka.⁶

Nacionalno procesno zakonodavstvo ne daje direktnu definiciju pojma svjedoka, ali je dao elemente koji ga određuju, pa je iz odredbe člana 107 stav 1 Zakonika jasno da je svjedok bilo koje lice za koje postoji vjerovatnoća da će moći da pruži obavještenja o krivičnom djelu i učiniocu i o drugim važnim okolnostima. Međutim, ako se zakonodavac opredjelio, a jeste, da odredi bitne elemente pojma svjedoka, onda je trebao ići i korak dalje i dati definiciju koja bi bila dovoljno uopštena da bi mogla pokriti pozicije svjedoka u različitim pravnim sistemima i u isto vrijeme dovoljno konkretna da bi se mogla napraviti distinkcija između različitih učesnika u postupku, od drugih dokaznih sredstava, »jer davanje obavještenja, što se ističe kao bitan element pojma svjedoka, nije svojstveno samo svjedoku, nego obavještenja daju i građani, okrivljeni i vještak«⁷.

Upravo zbog važnosti iskaza svjedoka, zbog njegove višestruke uloge u cjelokupnom postupku, od trenutka izvršenja krivičnog djela do odluke suda, zaštita svjedoka javlja se kao, nesumnjivo, najznačajniji korak nužne intenzifikacije realizovanja započetih zakonodavnih reformi, koje imaju za cilj sveobuhvatnu implementaciju međunarodnih instrumenata na polju borbe protiv organizovanog kriminala.

Zaštita svjedoka se može pružati u osnovi na dva načina: procesnim i vanprocesnim mjerama. Osnovni kriterijum njihovog razlikovanja je karakter zaštitnih mjera koje se preduzimaju, odnosno način pružanja zaštite.

INSTITUT ZAŠTITE SVJEDOKA U ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Novo zakonodavstvo u Crnoj Gori u velikoj mjeri je prihvatilo međunarodne pravne standarde kada je riječ o mjerama zaštite svjedoka u krivičnom postupku i izvan krivičnog postupka. Konkretno, u okviru svojih obaveza iz čl. 24 Konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, Crna Gora je Krivičnim zakoni- kom i Zakonikom o krivičnom postupku uvela odgovarajuće mjere za borbu protiv organizovanog kriminala, regulisala zaštitu svjedoka pred sudom, tokom krivičnog postupka, a Zakonom o zaštiti svjedoka⁸ uredila zaštitu svjedoka, njegovog bračnog druga ili bliskog srodnika izvan krivičnog postupka.

Procesna zaštita obezbjeđuje se mjerama procesnog karaktera, odnosi se na poseban način ispitivanja svjedoka i poseban način učestvovanja u postupku, a te

⁶ Bejatović Stanko: Krivično procesno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 311.

⁷ Radulović Drago: Krivično procesno ... str. 217.

⁸ Sl. list RCG, br. 65/04.

mjere mogu biti: prikrivanje identiteta svjedoka prema opštoj javnosti, a izuzetno i prema odbrani, kao i mjere sprječavanja fizičkog susreta okrivljenog i svjedoka, tako da se procesne mjere zaštite svjedoka mogu grupisati kao: opšte mjere zaštite svjedoka, mjere upravljanja sudskim postupkom-glavnim pretresom i posebne procesne mjere zaštite svjedoka.

Zakonik ima razrađen sistem odredaba o procesnoj zaštiti svjedoka. Ovaj vid zaštite nije vezan za određena krivična djela, ni po vrsti ni po težini, što ne znači da sud neće imati u vidu i te činjenice kod određivanja procesnih mjera.

Uslovi koji treba da se ispune da bi se izdejstvovala procesna zaštita svjedoka dati su kumulativno. Ti uslovi su sljedeći: prvo, treba da postoji osnovana bojazan o izlaganju ozbiljnoj opasnosti, a opasnost mora biti konkretna a ne apstraktna i njeno postojanje mora biti konkretizovano činjenicom postojanja prijetnje, zastrašivanja ili sličnih radnji koje su neposredno vezane za svjedočenje, a ne pretpostavke da bi do njih moglo da dođe.⁹ Sljedeći uslov je da radnja zastrašivanja ima uzročno-posljedično dejstvo na svjedočenje, te procjena suda da iskaz svjedoka ima takav značaj kojim se opravdava donošenje rješenja o zaštiti.

Vanprocesna zaštita obuhvata mjere fizičko-tehničke zaštite svjedoka, obuhvaćene programom zaštite svjedoka.

Do uključenja u Program zaštite dolazi ako se iskaz lica kao budućeg svjedoka u krivičnom postupku, ocjenjuje toliko važnim da bez njegovog iskazivanja ne bi moglo biti dokazano krivično djelo ili bi njegovo dokazivanje na drugi način bilo znatno otežano, kod sljedećih krivičnih djela: 1) protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore; 2) protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom; 3) koja se vrše na organizovan način; 4) za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora u trajanju od 10 godina ili teža kazna.¹⁰

U Uvodnim odredbama Zakona o zaštiti svjedoka uvaženo je pravo okrivljenog protiv koga se vodi krivični postupak, u smislu da mjere i radnje koje se preduzimaju u postupku zaštite svjedoka odnosno njemu bliskog lica ne utiču na prava okrivljenog u krivičnom postupku.

Iako se u osnovi ova dva načina pružanja zaštite razlikuju po karakteru zaštitnih mjera koje se preduzimaju, ne može se povući apsolutna granica između njih, jer je u određenim slučajevima moguća istovremena primjena oba načina zaštite.

⁹ Simović Miodrag: Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać, 2005, str. 325, cit. po Radulović Drago: Mjere procesne zaštite ... str. 242.

¹⁰ Prva radna verzija Zakona o programu zaštite svjedoka, koju je sačinila radna grupa Ministarstva pravde Crne Gore, predviđjela je primjenu programa zaštite za krivična djela za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora u trajanju od najmanje 5 godina ili teža kazna. Nakon stručnih komentara da uključivanje u program zaštite obično vodi promjeni načina života u određenom vremenskom periodu, kao i sugestija da ovi i razlozi ekonomičnosti ukazuju na ograničenje primjene programa zaštite na teška krivična djela ili krivična djela počinjena od strane kriminalnih organizacija, utvrđen je predlog kako je citirano.

PREPOZNAVANJE POTREBE ZA ZAŠTITOM I PLANIRANJE PROCESNIH MJERA ZAŠTITE

Osnovni problem koji se javlja u vezi sa mjerama procesne zaštite svjedoka i drugih učesnika u krivičnom postupku proizilazi iz potrebe iznalaženja pravične ravnoteže između neophodnosti primjene pomenutih mjera i poštovanja prava optuženog na odbranu.

Drugim riječima, glavni problem je postići stalni balans između dva različita interesa – prava na odbranu (čl. 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda¹¹) i prava na život, slobodu i bezbjednost osobe, odnosno prava svjedoka da svjedoči slobodno, bez ikakvih pritisaka, pretnji i ugrožavanja.

Prepoznavanje potrebe za zaštitom je postupak koji ima za cilj da odredi razloge osjetljivosti svjedoka i/ili žrtve, na osnovu kojih će se predvidjeti njegove reakcije na radnje u krivičnom postupku (uključujući i suočenje sa okrivljenim tokom svjedočenja) i odrediti adekvatan postupak pružanja zaštite.

U planiranju procesnih mjera zaštite, direktno ili indirektno, uključeni su svi subjekti krivičnog postupka koji učestvuju u njegovoj realizaciji.

Cilj korišćenja mjera zaštite nije samo smanjenje ugroženosti svjedoka, nego (možda i prvenstveno) smanjenje njegovog osjećaja nesigurnosti. Jer svjedok koji se osjeća nesigurno ne može biti pouzdan svjedok, jer je velika vjerovatnoća da zbog tog osjećaja ugroženosti neće uopšte dati iskaz ili ga neće dati istinito i potpuno. S druge strane, kao što smo već naglasili, svako krivično djelo samo za sebe utiče na žrtve i svjedoke, svako ispitivanje proizvodi stres, a ti učinci se značajno povećavaju kod tzv. osjetljivih osoba. Istina, kod njih, za razliku od zastrašenih svjedoka, ne postoji stvarna prijetnja za sigurnost već samo osjećaj nesigurnosti ili nesposobnosti samostalnog djelovanja u zaštiti ličnih prava, i usljed toga teškoće pri svjedočenju, što u krajnosti utiče na rezultat krivičnog postupka. Smatra se da se razlozi osjetljivosti mogu ublažiti ili ukloniti adekvatnim mjerama podrške i pomoći. Pri tome, pružanje podrške i pomoći ne smije kod svjedoka stvoriti osjećaj obaveze da svjedoči na način za koji smatra da odgovara organima krivičnog gonjenja. Zato je važno prepoznati potrebu konkretne osobe.

Nakon prepoznavanja potrebe za zaštitom, pristupa se planiranju procesnih mjera zaštite, gdje je potrebno razlikovati dve situacije: 1) postojanje okolnosti koje ukazuju na konkretnu ugroženost pojedinih svjedoka; 2) prepoznavanje onih predmeta koji, s obzirom na složenost, težinu krivičnog djela ili neku drugu osobinu,

¹¹ Čl. 6 stav 3 tač d) Konvencije, koji govori o pravu na pravično suđenje, predviđa, između ostalog, i pravo optuženog u krivičnom postupku sa saslušava-ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni saslušaju-ispitaju i da se obezbjedi prisustvo i saslušanje-ispitivanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega. U osnovi ovo pravo osigurava načelo ravnopravnosti, koje se smatra osnovom pravičnog suđenja.

unaprijed ukazuju na potrebu primjene mjera zaštite prema svim svjedocima (čak i kad ne postoje okolnosti iz kojih proizilazi konkretna opasnost za neke svjedoke). Jedinstven kriterijum za prepoznavanje predmeta u kojem će biti neophodna primjena tih opštih procesnih mjera zaštite ne postoji, ali iskustvo pokazuje da su to po pravilu svi oni predmeti koji iz raznih razloga privlače poseban interes šire javnosti.

IZBOR ZAŠTITNE MJERE

Pet je osnovnih principa kojima sud treba da se rukovodi pri izboru vrste zaštitne mjere koja će se primjeniti u konkretnom slučaju:

1) Princip zakonitosti – opšti princip koji znači da sud može primjeniti samo zakonom propisane mjere zaštite. 2) Princip individualizacije – znači odabir i primjenu zaštitne mjere kojom će se, po osjeni suda, najbolje ostvariti svrha primjene ove zaštite. Individualizirati zaštitnu mjeru znači konkretizovati mjeru prema karakteristikama svakog konkretnog slučaja. Koja će mjera biti primijenjena zavisi od vrste krivičnog djela, kategorije svjedoka, oblika i stepena ugrožavanja, kao i pravnih i faktičkih mogućnosti za primjenu pojedinih mjera; 3) Princip kombinacije – znači mogućnost primjene više zaštitnih mjera istovremeno; 4) Princip srazmjernosti – podrazumijeva da mjere moraju biti odgovarajuće za suzbijanje opasnosti po svjedoka i njemu bliskih lica. Cilj korišćenja većine mjera nije samo smanjenje ugroženosti svjedoka nego i smanjenje njegovog osjećaja nesigurnosti. Zbog toga, u svim onim situacijama u kojima primjena određene mjere nema uticaja na zakonitost postupka koji se vodi, ali može povećati osjećaj sigurnosti svjedoka, treba odlučiti da se ta mjera primjeni; 5) Princip kompenzacije – znači obavezu suda da pri izboru odgovarajuće zaštitne mjere računa sa obavezom preduzimanja kompenzatornih mjera radi zaštite interesa odbrane.

ZAKLJUČAK

U krivičnom postupku, više nego u bilo kom drugom, postoji opšti interes da se činjenice pravilno utvrde. Činjenično stanje koje je potrebno za donošenje odgovarajućih odluka utvrđuje se pomoću dokaza (izuzev kad to nije potrebno) i treba da odgovara istini.

Dokazi mogu biti izvorni (neposredni) i izvedeni (posredni). Odnos između ovih dvaju vidova dokaza predmet je pravne teorije još od antičkog vremena.

Izvedeni način pribavljanja dokaza počiva na svjedocima. Svjedok je svako lice koje, bez obzira na svoj pravni status, posjeduje obavještajne podatke, odnosno informacije koje nadležni organi smatraju bitnim za krivični postupak i koji mogu dovesti to lice u opasnost ako ih ono objelodani.

Idealnog svjedoka nema, ali njegovo učešće u krivičnom postupku može biti od višestrukog značaja, jer njegov iskaz može služiti kao:

- izvor saznanja o drugim dokazima;
- sredstvo provjere utvrđenih činjenica;
- sredstvo prepoznavanja izvršioca;
- pomoć u otkrivanju i pronalaženju drugih svjedoka.

Takođe, lična saznanja svjedoka ipso facto predstavljaju dokaz u postupku.

Iskaz svjedoka je značajno dokazno sredstvo i uprkos latentnim nedostacima (greške u percepciji, sjećanju, reprodukciji) u velikom broju slučajeva ne može se zamijeniti ni jednim drugim dokaznim sredstvom. Ovo svojstvo iskaz svjedoka je zadržao i danas, u izmijenjenoj strukturi kriminaliteta, kojoj poseban pečat daju razni oblici organizovanog kriminala, i s njima povezana primjena ili spremnost na primjenu nasilja ili zastrašivanja.

Potreba za efikasnijim suzbijanjem savremenih oblika kriminaliteta u osnovi je pragmatičkog razloga za opravdanje maksimalne zaštite svjedoka i u krivičnom postupku i izvan krivičnog postupka. Drugi razlog je principijelne prirode i označava se kao potreba za zaštitom osnovnih ljudskih prava svjedoka. Treći razlog kojim se opravdava potreba zaštite svjedoka je formalno-pravne prirode i proizilazi iz obaveze usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa ratifikovanim međunarodnim konvencijama, kao i drugim međunarodnim pravnim standardima.

Zaštita svjedoka može se pružiti u osnovi na dva načina: procesnim i vanprocesnim mjerama. Novo zakonodavstvo Crne Gore obuhvatilo je oba ova vida zaštite svjedoka, a očekuje se da praksa pokaže održivost usvojenih rješenja.

CONCLUSION

In the criminal procedure, more than in any other, there is general interest to determine facts correctly. The factual state necessary for making adequate decisions is determined by means of evidence (except when this is not necessary) and should correspond to truth.

Evidence can be original (direct) and examined (indirect). The relation between these two types of evidence has been the subject of legal theory since classical antiquity.

The examined manner of obtaining evidence rests on witnesses. A witness is any persons who, notwithstanding his/her legal status, possesses intelligence data, i.e. information considered important for criminal procedure by the competent bodies and which can bring that person into danger if s/he reveals them.

There is no ideal witness, but his/her participation in the criminal procedure can be of manifold importance, because his/her testimony can serve as:

- source of knowledge about other evidence;
- means for checking determined facts;
- means for recognizing the perpetrators;
- assistance in revealing and finding other witnesses.

Also, personal knowledge of witnesses ipso facto represents evidence in the procedure.

Testimony of a witness is an important means of evidence and despite latent shortcomings (mistakes in perception, memory, and reproduction), in a large number of cases it cannot be replaced by any other means of evidence. The testimony of a witness retained this characteristic even today, with a changed structure of crime, to which various forms of organized crime and the related use or readiness to use violence or intimidation given a special character.

The need for more efficient prevention of modern forms of crime is in essence of pragmatic nature for justifying maximum protection of a witness both in a criminal procedure and outside it. The second reason is a matter of principle and is defined as the need to protect basic human rights of witnesses. The third reason by which the need to protect the witness is justified is of formal-legal nature and stems from the need to harmonize domestic legislation with the ratified international conventions, as well as other legal standards.

Witness protection can basically be provided in two manners: by procedural and non-procedural measures. New legislation of Montenegro encompasses both forms of witness protection, and practice is expected to show how sustainable the adopted solutions are.

MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD ZA RUANDU: ISTORIJA KONFLIKTA I OSNIVANJE

Dr Vladimir M. Simović*

Dr Marina M. Simović**

***Apstrakt:** U uvodnim napomenama analizirani su uslovi koji su pogodovali izbivanju građanskog rata u Ruandi i genocidu nad Tutsijima. Ubijanje Tutsija je bilo jedino mjerilo uspjeha, tako su podređeni mogli da prevladaju nad svojim nadređenim oficirima ili činovnicima - ako su pokazali da su predani genocidu. Ovakva fleksibilnost je ohrabrila one koji su bili spremni da za ličnu korist prelaze preko leševa. Preko noći nestala su sva zakonska i administrativna ograničenja, vojska je mogla da govori umjesto vladinih zvaničnika, policija da odobrava kandidate za administrativne pozicije, a medicinsko osoblje da naređuje vojne napade. Ovakva praksa nije samo ubrzala nego i učinila masovna ubistva efektivnijim. Ona je, s druge strane, u mnogome otežala da se razriješe kasnija pitanja odgovornosti pojedinaca.*

Zatim slijedi pregled osnovnih pitanja vezanih za osnivanje Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu: organizacija; izbor sudija, njihov položaj i obaveze; izuzeće, odsustvo i prestanak sudijske funkcije; tužilac; Sekretarijat; imunitet; unutrašnje funkcionisanje i nadležnost. Uočeno je da je Međunarodni krivični sud za Ruandu nadležan da krivično goni kako počiniocе zločina u njegovoj nadležnosti, tako i one koji su planirali, podstrekivali ili bili saučesnici u zločinu.

***Ključne riječi:** Međunarodni krivični sud za Ruandu, genocid, Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija, tužilac, sudija.*

UVODNE NAPOMENE

Da bismo razumjeli konflikt u Ruandi koji je bio neposredni povod za osnivanje Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, treba istražiti istoriju te zemlje i korijene naroda koji su bili učesnici u tom građanskom ratu. Između 1500. i 750.

* Dr Vladimir M. Simović, docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu u Baњoј Луци.

** Dr Marina M. Simović, Управа за индиректно опорезивање БиХ.

godine prije nove ere na teritoriju današnje Ruande doselilo se pleme Bantu, koje je protjeralo većinu plemena Tvasi koje je do tada lovilo na tom području. Istoričari ne mogu sa sigurnošću da kažu da li se podjela na Tutsije i Hutu desila prije doseljenja u Ruandu ili kasnije. Međutim, sigurno je da je podjela napravljena na osnovu društvenih klasa kojima su oni pripadali.¹ Razlike između dva naroda su se produbile reformama kralja Kigalija Rvabugirija. Rvabugiri je čvrsto vodio kraljevstvo Ruande i proširio ga do obala jezera Kivu. Njegovom smrću (1895. godine) počele su borbe za prijestolje, što je Njemačka iskoristila da bi 1897. godine, u ime Kajzera, kolonizovala Ruandu i Burundi, koje su tada bile poznate pod zajedničkim imenom Ruanda-Urundi.

Vrijeme pod njemačkom kolonijalnom vlašću je važno zbog toga što Nijemci nisu mnogo mijenjali postojeću hijerarhiju i prihvatili su Tutsije kao vladajuću klasu. Nijemci su vjerovali da je Tutsi vladajuća klasa superiorna u odnosu na Hutue i zbog njihovog „evropejskijeg“ izgleda.² Kolonizatori su podržali etničku podjelu zemlje i pomagali Tutsijima da pokore Hutue, koji nisu htjeli da se povinuju njihovoj vlasti.

Tokom Prvog svjetskog rata belgijske snage su 1916. godine porazile Nijemce i zauzeli Ruandu - kao neku vrstu osвете za njemačku okupaciju Belgije. Nakon završetka rata (1919. godine) Društvo naroda je odlučilo da Belgiji dopusti da i dalje upravlja Ruandom.

Za razliku od Njemačke koja se nije mnogo miješala u unutrašnja pitanja Ruande, Belgija je pokušala da uvede određene reforme. Među mnogobrojnim programima za poboljšanje zdravstvenog i obrazovnog sistema, Belgija je uvela i identifikacione kartice.³ Tako je otvoren put ka budućem konfliktu.⁴

Pedesetih godina 20. vijeka Ruanda je, kao i mnogo druge afričke zemlje, težila ka nezavisnosti i okončanju kolonijalne vlasti. Tako je novoformirana Organizacija ujedinjenih nacija dala Belgiji novi mandat da nadgleda proces nezavisnosti Ruande. U isto vrijeme dvije najveće „klase“ u Ruandi su odmah počele da se bore za vlast - Tutsi koji su željeli da zadrže postojeći sistem i u nezavisnoj Ruandi, i Hutu, koji su bili predvođeni pokretom za emancipaciju Hutua na čijem se čelu nalazio Gregor Kajibanda. Njegova želja je bila da sruši postojeću Tutsi monarhiju i formira republiku koja bi se sastojala od Hutu većine. Da bi to ostvario, osnovao je političku partiju Parmahutu (*Parti du Mouvement de l'Emancipation Hutu*; Partija pokreta za emancipaciju Hutua) i 1957. godine napisao „Hutu manifesto“ koji je, na neki način, bio priprema da se neizbježni konflikt odigra na čisto etničkoj bazi.⁵ Kao odgovor

¹ Tutsi su bili „viša“ klasa i uglavnom pastiri, dok su Hutu bili „niža“ klasa i bavili se pretežno poljoprivredom.

² http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Rwanda, German.

³ <http://www.historyworld.net/wrldhis/PlainTextHistories.asp?historyid=ad24>, A Belgian colony: AD 1914-1962.

⁴ U akciji izdavanja identifikacionih kartica 1933. godine 85 odsto ljudi u Ruandi izjasnilo se kao Hutu, 14 odsto kao Tutsi i jedan odsto kao Tvasi.

⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Rwanda, Strife and independence.

na postupke Hutua, Tutsi su formirali Unar partiju koja je ubrzo, kao i Parmahutu, postala militantna. Tenzije između dvije strane kulminirale su 1959. godine kada je počela tzv. Ruandska revolucija, poznatija kao „vjetar uništenja“ (Kinyarwanda).⁶

Tokom narednih mjeseci preko 100.000 Tutsija je ubijeno ili protjerano, a među izbjeglicama se našao i dvadesetpetogodišnji prestolonasljednik Mvami, koji je prebjegao u Ugandu. Sljedeće godine su u Ruandi održani izbori, na kojima su Hutu političari pobijedili s ogromnom većinom. Međutim, u drugom dijelu zajedničke kolonije Ruanda-Urundi, Burundi, Tutsi monarhija je još uvijek bila jaka i Tutsi su na izborima odnijeli pobjedu. S druge strane, Belgija, koja je uvidjela da se odnos snaga promijenio, okreće se više Hutuima i konačno održava referendum za ukidanje monarhije. Ruanda se 1962. godine otcjepljuje od Urundija, koji mijenja ime u Burundi i postaje konstitucionalna monarhija, te održava prve izbore na kojima pobjeđuje Gregor Kajibanda koji postaje prvi predsjednik Republike Ruanda. Kajibanda se ne ustručava da otvoreno pokaže da Tutsi nisu poželjni u Ruandi, pa se čak unutar vlade Tutsi nazivaju „bubašvabe“. Tako nastaju ciklusi nasilja u kojima obično Tutsi, koji su pobjegli na teritorije susjednih zemalja, upadaju u Ruandu, a Hutu odgovaraju pokoljem Tutsija koji su živjeli unutar granica Ruande.

Jedan od najvećih upada Tutsija se dogodio 1963. godine kada je nekoliko stotina Tutsija prešlo u Ruandu iz susjednog Burundija. Oni su uspjeli da dođu 20 kilometara do glavnog grada Ruande, Kigalija, prije nego što ih je napala i uništila armija Ruande. Ovaj događaj je uznemirio Hutue, koji su odmah proglasili vanredno stanje, naglašavajući potrebu da se „očisti žbunje“ od subverzivnih elemenata. Kroz nekoliko dana 14.000 Tutsija je masakrirano u južnoj provinciji Gikongoro, i to u planiranoj i koordiniranoj akciji.⁷ Odmah nakon masakra Tutsi su optužili Belgijance da su pomagali Hutuima da izvrše ova zlodjela. Zbog toga je formirana specijalna komisija Ujedinjenih nacija koja je istražila ove navode i došla do zaključka da su nad Tutsijima izvršeni zločini metodama koje „podsjećaju na nacističke“ i da ih je počinila Hutu vlast uz pomoć Belgijanaca.

Parmahutu partija, koja je idejni tvorac ovih masakra do 1965. godine, postala je toliko jaka da je zabranila sve druge partije i tako postala jedina legalna partija. Međutim, osam godina kasnije (5. jula 1973. godine) ministar odbrane Juvenal Habjarimana pokrenuo je vojni udar u kome svrgava s vlasti Gregora Kajibandu i Parmahutu partiju. Odmah nakon preuzimanja vlasti naredio je oko 60 ubistva zvaničnika, advokata i biznismena, bliskih prošlom režimu, a njihove porodice je podmitio da o tome ne govore.⁸ Odmah nakon toga raspustio je Parmahutu partiju i osnovao MRND (*Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement*) partiju koja je od 1975. godine bila jedina legalna stranka u Ruandi. Vlast

⁶ Iskra koja je pokrenula oružani sukob u kojem su Tutsi snaga premlatile Hutu političara Dominika Mbonjumutve. Vjerujući da je on ubijen, grupe Hutua su počele da sistematski napadaju Tutsije.

⁷ Engleski filozof Bertrand Rasel je ovaj događaj opisao kao „najstrašniji i sistematski najorganizovaniji masakr od Holokausta“.

⁸ Habjarimana je držao Kajibandu i njegovu ženu na tajnoj lokaciji gde je su oni navodno umrli od gladi.

je bila u rukama vojne hunte sve do 1978. godine kada je donesen novi ustav na osnovu koga je MRND postala „državna partija“, a Habjarimana predsjednik koji je mogao da bude biran na neograničen broj mandata. Lokalni činovnici su bili paralelno predstavnici partije i lokalne vlasti.

Model na osnovu koga je funkcionisala MRND partija podsjeća na komunističke partije u Kini i Severnoj Koreji.⁹ U isto vrijeme je Habjarimana izabran na petogodišnji mandat kao jedini kandidat uz glasove kako Hutua tako i Tutsija, jer je na početku oklijevao da primijeni političke odluke koje su favorizovale Hutu većinu. Ali, njegovo oklijevanje nije drugo trajalo, ubrzo je uveo kvote za zapošljavanje na univerzitetima i državnim službama koje su diskriminirale Tutsije.

I, dok je Habjarimana služio svoj novi mandat kao predsjednik u Ruandi, u susjednoj Ugandi su protjerani Tutsi konačno počeli da se organizuju. Patriotski front Ruande (PFR) je osnovan decembra 1987. godine na Sedmom kongresu RANU organizacije (Rwandese Alliance for National Unity) kao njen nasljednik. Novi PFR, sastavljen velikom većinom od boraca iz prošlog rata u Ugandi, bio je mnogo militantniji od prvobitne RANU organizacije. U međuvremenu, u Ruandi su 1989. godine održani izbori na kojima je Habjarimana bio ponovo jedini kandidat. On još jednom pobjeđuje, ali je pod ogromnim pritiskom javnosti samo godinu dana kasnije bio primoran da ukine sistem jednopartijske države i da dozvoli registraciju drugih političkih partija.

POČETAK GRAĐANSKOG RATA U RUANDI

Za vrijeme političkih reformi Habjarimana, 50 pripadnika PFR-a je, u noći 1. oktobra 1990. godine, prešlo iz Ugande u Ruandu ubivši pri tome carinarnika na graničnom prelazu Kagitumba. Odmah iza njih je prešlo granicu još nekoliko stotina pobunjenika, većina njih je pri upadu još uvijek nosila uniforme Nacionalne armije Ugande iz prošlog rata u toj zemlji. Patriotski front Ruande je zahtijevao da se riješi problem 500.000 protjeranih Tutsija, kraj etničke segregacije i sistema identifikacionih karata, kao i mnoštvo političkih i ekonomskih reformi, što je za cilj imalo da se ta organizacija predstavi kao demokratska i tolerantna. Osim toga, oni su željeli da stvore sliku da su žrtve tiranskog i korumpiranog režima.

Na početku invazije PFR je imao dosta uspjeha i, iako je bio u brojčano podređenom položaju, uspio je da proдре 60 kilometara u Ruandu, uglavnom zbog elementa iznenađenja. Međutim, već trećeg dana je vojska Ruande (FAR) počela da bilježi prve uspjehe. Francuska, koja je oduvijek imala veliki uticaj u Ruandi, snabdjela je FAR oružjem, minobacačima i oklopnim vozilima, pa čak i helikopterima. Nedugo zatim Francuska je, zajedno s tadašnjim Zairom, i direktno vojno intervenisala poslavši kontingente vojnika koji su bili stacionirani na Međunarodnom

⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Mouvement_R%C3%A9publicain_National_pour_la_D%C3%A9mocratie_et_le_D%C3%A9veloppement.

aerodromu u Kigaliju - kako bi PFR potisnuli nazad. Ove vojne akcije je vlada u Parizu pravdala tako što je tvrdila „da samo prekida agresiju iz jedne zemlje engleskog govornog područja“.¹⁰

U noći 4. oktobra 1990. godine vlast u Ruandi je organizovala lažni napad na Kigali, s pucnjavom i eksplozijama oko grada s namjerom da uplaši lokalno stanovništvo i da olakša pronalaženje PFR simpatizera među Tutsijima. Prema izjavama svjedoka, nakon ove akcije uhapšeno oko 10.000 ljudi, Tutsi su pronalazeni i ubijani granatama, a čitava sela su etnički očišćena. PFR, koji se pripremio samo za kratki rat, počeo je da se povlači kada je postalo jasno da nema ljudstvo i naoružanje za konvencionalno ratovanje. U međuvremenu se PFR-u pridružio major Paul Kagame, kome je povjeren nezahvalni zadatak da sakupi ostatke PFR-a i da ga reorganizuje. On je odlučio da razvije gerilski način ratovanja na sjeveru Ruande i poveo je preostale trupe u Virunga planine, predio u kome ruandska armija nije mogla da ih napadne. Za to vrijeme PFR je organizovao regrutovanje etničkih Tutsija u velikom broju zemalja Afrike, ali i u SAD-u i Evropi. Uporedo s regrutovanjem novih vojnika, PFR je prikupio značajna finansijska sredstva koja je iskoristio da se ponovo naoruža i snabdije medicinskim zalihama.

Već 23. januara 1991. godine Kagame je ponovo počeo rat, iznenadnim napadom na grad Ruhengeri. Ovaj napad nije imao veliki praktični značaj, ali je na taktičkom planu uspio da stvori klimu straha među Hutuima u Ruandi. Nakon ove akcije PFR se okrenuo klasičnom gerilskom ratu. Međutim, ovakav stil ratovanja je za posljedicu imao da ni jedna strana nije mogla da zada teži udarac drugoj. Sljedećih nekoliko godina postojalo je nekoliko pokušaja da se kroz pregovore dođe do primirja, i to sve do 13. jula 1992. godine kada je konačno potpisan ugovor o primirju u gradu Aruši u Tanzaniji. Prema ugovoru, dvije strane su trebale da određenog datuma polože oružje i da zatim počnu političke pregovore o diobi vlasti, a mir bi nadzirala Organizacija afričkog jedinstva.

Primirje nije potrajalo ni godinu dana, pošto je već u februaru 1993. godine PFR pokrenuo veliku ofanzivu, i to nakon izvještaja o masakru nad Tutsijima. Ofanziva je iznenadila vladine snage i dozvolila PFR-u da brzo zauzme Ruhengeri i krene zatim na jug, prema glavnom gradu. Vladine snage su se nalazile u rasulu i brzo se povlačile. Ubrzo je u Kigali poslato nekoliko stotina francuskih vojnika, kao i velike količine municije za FAR artiljeriju. Koliko je to promijenilo situaciju na terenu, najbolje svjedoči jednostrano primirje koje je PFR objavio u strahu da će morati da se suoči s elitnim francuskim padobrancima, a pri tome stigavši na samo 30 kilometara sjeverno od Kigalija.

Ovakva osjećanja među Hutuima je iskoristio Habjarimana. On je, pod izgovorom da želi da spriječi da Tutsi opet postanu vladajuća klasa i da samo štiti svoj Hutu narod, napravio programe za genocid koje bi trebalo upotrijebiti protiv svih Tutsija i onih koji im pomažu. U širenju ovakvih ideja mu je umnogome pomogao magazin „Kangura“ koji je počeo da izlazi kao pandan „Kanguka“ magazinu Tutsi-

¹⁰ Smyth, (1994), „Why Hutu and Tutsi Are Killing Each Other: A Rwanda Primer“, frankmysmith.com

ja.¹¹

Tokom ovih burnih godina u javnosti se pojavila nova militantna grupa mladih Hutua, pripadnika MNRD-a, koji su sebe nazivali „Interhamve“, što je u prevodu značilo „oni koji rade zajedno“. Ovu formaciju su izmislili saradnici Habjarimana, kojima je za njihov plan da uništen Tutsi manjinu bila potrebna vojna formacija koja bi izvršavala naređenja bez pogovora.

Situacija se drastično mijenja implementacijom Ugovora u Aruši, u kojem je Tutsi strana sa Habjarimanom dogovorila povratak svih izbjeglica, stapanje PFR oružanih snaga s FAR-om i formiranje tranzicione vlade u kojoj bi učestvovali i politički predstavnici PFR-a. Ovakav vid ustupaka Tutsijima je bio neprihvatljiv za desno krilo MNRD-a i Interhamve.

GENOCID NAD TUTSIMA

Krhko primirje koje je počelo povlačenjem PFR-a iznenadno se završilo 6. aprila 1994. godine, kada je predsjednički avion s Habjarimanom i predsjednikom Burundija u njemu oboren pri povratku sa pregovora u Dar es Salamu, a svi putnici su poginuli. Letjelica je bila pogođena raketom koju su najvjerojatnije ispalili Hutu ekstremisti.¹²

Mala grupa bliskih saradnika Habjarimana, koja je možda bila umiješana u atentat, odmah je odlučila da počne s ranije pripremljenim planom za uništavanje Tutsi manjine. Da bi taj plan sproveli u djelo morali su prvo da uspostave svoju vlast u Ruandi, što je praktično značilo da svi ostali pretendenti na vlast moraju biti ubijeni. Za samo nekoliko sati oficiri i lokalni činovnici su čak i u najudaljenijim provincijama Ruande poslali vojsku i miliciju da ubije lokalne Hutu i Tutsi vođe. Brzina i količina brutalnosti s kojom su napadači postupali. brzo se pročula kroz Ruandu i izazvala masovnu paniku.

Bogosora i grupa ljudi oko njega su i oficijelno htjeli da preuzmu vlast - da bi lakše sproveli svoje planove za genocid. Prvu ponudu Bogosore da preuzme vlast visoki oficiri FAR-a i predstavnik UN-a su odbili. Međutim, kako je PFR počeo da izvodi kontranapade, svako suprotstavljanje vojnih oficira Bogosori je izgledalo kao izdaja. Zbog toga su drugu ponudu Bogosore da preuzmu vlast prihvatili i vojni oficiri, ali i predstavnik UN-a. Tako je Bogosora uspio da napravi novu vladu punu ekstremista (maskiranu u legitimnu vlast). Preuzevši vlast, ekstremisti su sada mogli da sprovedu svoj monstruozi plan u svakom dijelu Ruande. Pripadnici UN mirovne misije koji su bili stacionirani u Ruandi su na samo nekoliko sati pokušali da očuvaju mir, da bi se zatim povukli u svoje baze. Nekolicina vojnih komandanata, koji su se još uvijek protivili Bogosori, apelovali su na njih da se ne povlače iz Ruande, znajući

¹¹ <http://www.trumanwebdesign.com/~catalina/kangura.htm>

¹² Reyntjens (1995), 44 i 45.

da će se kampanja svakodnevnih masovnih ubistava u tom slučaju nastaviti unedogled. S druge strane, francuske, belgijske i američke trupe su već počele sa evakuacijom stranih državljana iz Ruande. Prvi nagovještaj međunarodne ravnodušnosti prema sudbini Ruande je bilo povlačenje belgijskih trupa iz UN mirovnih trupa. Povod tome je bilo ubistvo 10 belgijskih vojnika od ekstremista kojima su mirovnjaci bili trn u oku. Vlada Belgije je reagovala tako što je vratila svoje trupe kući, ne želeći da pretrpi još gubitaka.

Ekstremisti su se zatim okrenuli uspostavljanju totalne vlasti u Ruandi. Pošto su kontrolisali sjever zemlje, pokušavali su da ubijede lokalne partije, činovnike i gradonačelnike u centralnom i južnom dijelu zemlje da se pridruže njihovom ubilačkom pohodu. Međutim, mnogi od njih su im se usprotivili, jer su vjerovali da se vojska i milicija bore da uspostave totalnu vlast MNRD partije. Kako bi uklonili ta strahovanja i ubijedili ih da im se pridruže, ekstremisti su preko radija emitovali apele uticajnih političara na nacionalno jedinstvo i na udruživanje svih Hutua protiv zajedničkih neprijatelja (Tutsija).

Do 15. aprila 1994. godine je postalo jasno da Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija neće narediti mirovnjacima da pokušaju da zaustave nasilje, već da je bliže odluci da povuče cjelokupnu mirovnu misiju. Sljedećih nekoliko dana ubijeni su načelnik generalštaba i najpoznatiji državni činovnici koji su se protivili ubistvima (jedan od njih zajedno s porodicom). Da bi zastrašili one koji su se kolebali da li da se im se pridruže, ekstremisti su ubili tri gradonačelnika iz centralne i južne Ruande. Kad ni to nije bilo dovoljno efektivno, u područja u kojima su se ljudi protivili ubijanju slati su militantni pojedinci koji su se dokazali u masakrima na sjeveru zemlje - da bi tamo služili kao neka vrsta instruktora. Dvije nedjelje nakon pada aviona (sa Habjarimanom i predsjednikom Burundija), organizatori genocida su imali pod kontrolom veliku većinu visoko centralizovane države. Razvijen je sopstveni set naziva za zločine koje su počinjeni - tako je ubijanje nazivano „samoodbrana“ ili „posao“, a mačete i vatreno oružje „alatke“.¹³

Koristeći tako dobro uspostavljen administrativnu, a kasnije i vojnu hijerarhiju, vođe genocida su uspjeli da ubistva Tutsija izvršavaju nevjerovatno efikasno i temeljito. Iako se danas zanemaruje učešće regularne vojske, nacionalne i lokalne policije - oni su umnogome doprinijeli broju žrtava. Njihovo znanje o vještini ratovanja i sredstvima za rat je bilo od velike važnosti, pošto su tek poslije snažnih napada vojske civilni učesnici u masakru ulazili u kuće Tutsija i ubijali preživjele mačetama, palicama i čekićima.

¹³ http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno1-3-02.htm#P21_7273, *The Structure*.

1. Strategije ubijanja i preživljavanja

Postojalo je više strategija za ubijanje Tutsija. Prvi i najčešći način je jednostavno ubijanje (od kuće do kuće) u određenim dijelovima grada ili sela, dok su ponekad pravljene i barikade oko tih kvartova da bi se Tutsi i Hutui koji su im se suprotstavljali spriječili da pobjegnu. Druga strategija koja je kasnije implementirana sastojala se u progonu Tutsija iz svojih kuća u škole, crkve i državne kancelarije ili druga javna mjesta gdje bi ih kasnije ubijali u operacijama velikih razmjera. Kako je kritika iz stranih zemalja bivala sve glasnija, organizatori genocida su bili primorani da prestanu s javnim ubistvima velikih razmjera. Međutim, oni su bili odlučni da završe ono što su počeli, pa su tako proglasili period „pacifikacije“ koji u stvari nije označio kraj ubistvima, već samo veću kontrolu nad ubistvima.

Radio RTL, koji se emitovao u Ruandi, imao je važnu ulogu u genocidu. Osnovan 8. jula 1993. godine, uz pomoć radija Ruande koji je kontrolisala vlast, on je postao poznat po rasističkoj propagandi protiv Tutsija i umjerenih Hutua. Široko je prihvaćeno da je RTL odigrao ključnu ulogu u stvaranju napete atmosfere koja je prethodila genocidu. Odmah po početku genocida, RTL se aktivno uključio čitajući liste s imenima Tutsija koji su trebali biti ubijeni i davao instrukcije ubicama gdje da ih nađu, a zatim je najavljivao njihova ubistva i tako huškao šire narodne mase.¹⁴

Učešće naroda u genocidu je bilo ogromno, jer je za participaciju u ubijanju vlada nudila uglavnom veoma siromašnom Hutu stanovništvu znatne materijalne pogodnosti. Gladnim Hutu mladima je donošena hrana, uniforme, alkohol i druga opojna sredstva. Onima koji su bili zaposleni na poljoprivrednim gazdinstvima, obećano je da će ih dobiti ako istjeraju ili ubiju Tutsije koji su ih posjedovali.¹⁵ Onima koji su živjeli u urbanijim sredinama obećavani su automobili, kuće, televizori ili kompjuteri. Nekima nisu ni bili potrebni podsticaji, na primjer u dijelu zemlje iz kojeg je poticao Habjarimana vlasti su trebale samo da daju znak za početak napada na Tutsije, dok su u centralnoj i južnoj Ruandi, gdje su Tutsi bili brojniji i bolje integrirani u zajednicu, mnogi Hutui isprva odbili da učestvuju u napadima.

Ljudi koji su prihvatili zadatak da ubiju određenu osobu, bili su tome veoma posvećeni. Kada su sa lista uklonjene prioritete mete, prešlo se na sistematsko ubijanje Tutsija. Prema svjedočenjima, Bogosora je rekao svojim vojnim zapovjednicima: „Počnite na jednoj strani...“, time naredivši sistematsko čišćenje cijelog grada od Tutsija s jedne strane na drugu.¹⁶ Ono što je posebno šokantno u vezi s ovim

¹⁴ Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Deposition de Témoin, Septembar 18, 1995 Dosije 57/95.

¹⁵ <http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno1-3-02.htm#TopOfPage>, Popular Participation.

¹⁶ Reyntjens (1995), 58.

genocidom, jeste da su žrtve mogle da kupe ubistvo metkom, jer s obzirom na druge načine na koje su ubijani Tutsi, mnogi su plaćali da budu ubijeni metkom. Oni koji nisu imali da plate bili su mučeni fizički i psihički, a potom ubijani na izuzetno brutalne načine.

Ono od čega su se Tutsi žene plašile više od smrti su masovna silovanja koja su u vrijeme genocida bila svakodnevna pojava. Silovano je na desetine hiljada Tutsi žena, djevojaka i djevojčica, od kojih je najmlađa imala samo dvije godine.¹⁷ Napadači su silovanje Tutsi žena shvatali kao sastavni dio plana za istrebljenje Tutsija. Silovanja su bila često izvršavana na javnim mjestima, na primjer u zgradama opština, uz znanje gradonačelnika. Mnoge su žene tokom silovanja bile i sakaćene mačetama i kopljima.

Suočeni s ovakvom brutalnošću, Tutsi su morali da počnu da se bore za sopstveni život. Najpoznatiji slučaj otpora je Bisesero, planinski greben, gdje su Tutsi odbijali napade milicije i vojske od 8. aprila do 1. jula 1994. godine.¹⁸ Drugi Tutsi, koji se nisu organizovali u grupe, uspjeli su da prežive tako što su bježali iz jednog mjesta u drugo ili, čak, ako su imali mogućnost, u drugu državu. Neki su se krili u najnevjerovatnijim mjestima kao što su presušeni bunari, tavanice ili polja šećerne trske. Drugi su kupovali svoju slobodu novcem, neki su da bi preživjeli plaćali svaki dan ili svaku sedmicu tokom genocida. Međutim, postoje i mnogi slučajevi kada su Hutui spašavali živote Tutsijima.

Do sredine maja 1994. godine vlast je naredila finalnu fazu genocida, pronalaženje i ubijanje preostalih preživjelih Tutsija. Kako se RPF sve više približavao Kigaliju, tako su i ubistva postajala brutalnija, nije bilo više tabu meta kao što su Tutsi muškarci zaštićeni svojim socijalnim statusom kao na primjer sveštenici ili ljekari.

Međutim, već krajem maja 1994. godine PFR je konačno uspeo da se probije do Kigalija, zauzevši aerodrom i veliki vojni kamp u Kanonbeu. Iako su ruandska vojska i milicija još uvijek držali dio glavnog grada, njihove vođe su već pobjegle. Kigali je 4. jula pao u ruke PFR-a, a dvije nedjelje kasnije ljudi koji su organizovali genocid su pobjegli iz Ruande.

2. Priznavanje genocida

Iako su svi veliki politički faktori koji su imali uticaja u Ruandi razumjeli težinu krize već tokom prvog dana nakon pada predsjedničkog aviona, niko od njih prvih nekoliko nedjelja nije zločine nazvao genocidom. Belgija, Francuska, SAD i Ujedinjene nacije su se bojale da će, ukoliko dešavanja u Ruandi nazovu genocidom, pod pritiskom međunarodne zajednice morati da reaguju. Umjesto da zaustave Bogosoru još u nastajanju genocida, svi su gledali da što bolje zaštite svoje interese, makar to značilo gubitak nevinih života. SAD su bile fokusirane na to da izbjegnu još

¹⁷ Human Rights Watch/FIDH, *Shattered Lives*, 24.

¹⁸ Human Rights Watch/FIDH interviews, Kigali, Septembar 9, 1995.

jedan debakl sličan Somaliji i da se ne umiješaju opet u konflikt daleko od domovine; Belgija je htjela da izvuče svoje vojnike što prije, a da pri tome sačuva „obraz“, a Francuska jednostavno da na svaki način očuva svoj uticaj u Ruandi. Jedina nada da se predstojeći genocid zaustavi u korijenu su bile Ujedinjene nacije i UNAMIR.¹⁹ Međutim, osoblje u Ruandi je bilo koncentrisano na to da po svaku cijenu izbjegne još jednu katastrofu u svojim mirovnim misijama. I da je postojala neka nada da se genocid spriječi, ona je umrla zajedno s 10 belgijskih mirotvoraca koje je Bogosora ubio upravo sa ciljem da šokira belgijsku javnost - da bi se mirotvorci povukli.

U tome je Bogosore uspio potpuno i konačno je mogao da sprovede u djelo svoj monstruozi plan. Pune tri nedjelje je međunarodna zajednica, predvođena članicama Savjeta bezbjednosti, ignorisala svakodnevne izvještaje o masovnim ubistvima u Ruandi, a trebalo joj je još tri mjeseca da konačno pošalje vojne snage da ih zaustavi. Konačno, 29. aprila generalni sekretar UN Butros Gali je javno izjavio da ubistva u Ruandi nisu povezana s ratnim dešavanjima i da moraju odmah prestati.²⁰ Istog dana, nestalne članice Savjeta bezbjednosti koje su do tada pratile uputstva stalnih članica - okrenule su protiv njih, zatraživši odgovorniju akciju u Ruandi. Međutim, proces slanja druge UNAMIR misije koji je tom prilikom pokrenut sproveden je u djelo tek krajem jula 1994. godine. Do tada je PFR već otjerao prelaznu vlast u egzil. Mnogi su kasnije kritikovali takvu vrstu inertnosti UN-a, optužujući ovu organizaciju da je neposredno pomogla genocid u Ruandi, dok je Organizacija afričkog jedinstva otišla korak dalje optuživši UN da ima dvostruke standarde, da je, s jedne strane, povlačila trupe iz Ruande, a, s druge, povećavala broj mirotvoraca u bivšoj Jugoslaviji. Reagovao je i Savjet bezbjednosti (30. aprila 1994. godine), izdavši obavještenje da je zabrinut zbog izvještaja o masakrima u Ruandi, pri tome navodeći definiciju genocida (bez korišćenja tog izraza). Osim toga, u obavještenju se traži od generalnog sekretara da predloži načine da se istraže optužbe o raznim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava. Kada je postalo jasno da će za genocid u Ruandi počinioci odgovarati, i drugi međunarodni politički činici su javno počeli da traže njihovo krivično gonjenje.

OSNIVANJE MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA ZA RUANDU

Nakon što su specijalni izvjestilac UN-a i komisija eksperata koje je imenovao Savjet bezbjednosti zaključili da su vlast i vojska u Ruandi počinili genocid i da je međunarodno humanitarno pravo prekršeno, Savjet bezbjednosti je 8. novembra 1994. godine osnovao Međunarodni krivični sud za Ruandu (ICTR). Sud je osnovan prema Rezoluciji Ujedinjenih nacija broj 955 - da bi krivično gonio ljude koji su

¹⁹ United Nations Assistance Mission for Rwanda UNAMIR (October 1993 – March 1996).

²⁰ http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno15-8-02.htm#P311_93936,AcknowledgingGenocide.

odgovorni za genocid u Ruandi i druge ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava u Ruandi ili ruandskih državljana u susjednim zemljama između 1. januara i 31. decembra 1994. godine.²¹ ICTR je osnovan prema poglavlju VII povelje UN-a koji se tiče prijetnji po međunarodni mir i prema kome su sve članice UN-a obavezne da saraduju sa sudom, bez obzira na to da li je to propisano njihovom domaćom legislativom. ICTR je ovlašćen da sudi osobama koje su „planirale, podsticale, naređivale, počinile ili na bilo koji drugi način učestvovalе“ u zločinima koji su u njegovoj jurisdikciji. Namjera Savjeta bezbjednosti je bila da se fokus istrage usmjeri prema vladinim zvaničnicima i posebno je istaknuto da držanje pozicije u vlasti u vrijeme zločina neće osloboditi te osobe od krivične odgovornosti niti umanjiti njihovu eventualnu kaznu. Nadređeni će biti odgovorni za radnje njihovih podređenih ukoliko su znali ili su imali razloga da znaju da se takve radnje planiraju, a nisu ih spriječili, dok, s druge strane, podređeni ne mogu biti oslobođeni krivice samo zato što su postupali po naređenjima nadređenih, ali im se to može uzeti kao olakšavajuća okolnost pri izricanju presude.

ICTR funkcioniše na sintezi kontinentalnog i *common law* pravnog sistema, s prevagom na *common law* sistemu. Njegov rad se zasniva na opšteprihvaćenim načelima sudskog procesa, uključujući naravno i pravo na žalbu. Osim toga, ICTR može dosuditi doživotnu kaznu, ali, u skladu sa modernim razvojem prava, ne izriče smrtnu kaznu. Sud može izuzetno narediti onima koji su proglašeni krivim da obnove imovinu žrtava, ali nema postupak za naknadu štete.

ICTR je prema svom statutu obavezan da poštuje *non bis in idem*, pravilo prema kome ni jednoj osobi ne smije biti suđeno pred nacionalnim sudom za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava ako joj je za te zločine već suđeno pred ICTR-om (član 9 Statuta²² ICTR). Međutim, u slučaju da se nekoj osobi sudi pred nacionalnim sudom za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava, ICTR može naknadno da joj sudi ako je: a) djelo koje joj je stavljeno na teret okarakterisano kao obično krivično djelo ili b) ako krivični postupak nije bio nepristrasan i nezavisan i ako je bio usmjeren da zaštiti optuženog od međunarodne krivične odgovornosti ili ako slučaj nije bio marljivo procesuiran. Ako ICTR određuje kaznu osobi koja je osuđena pred nacionalnim sudom za neko krivično djelo koje kao takvo postoji i u Statutu ICTR-a, ICTR će pri izricanju presude uzeti u obzir u kolikoj mjeri je ona izdržala kaznu.

²¹ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.

²² Statute of the International Tribunal for Rwanda (www2.ohchr.org/english/law/itr.htm). Usvojen od Savjeta bezbjednosti Rezolucijom 955 (1994) od 8. novembra 1994. godine. Noveliran Rezolucijom 1165 (1998) od 30. aprila 1998., 1329 (2000) od 30. novembra 2000., 1411 (2002) od 17. maja 2002 i 1431 (2002) od 14. avgusta 2002. godine.

Od 1995. godine sjedište ICTR-a je u Aruši u Tanzaniji. Prema Rezoluciji UN broj 977, Tribunal se u početku sastojao od dva vijeća i jednog žalbenog vijeća koje su dijelili s tribunalom za bivšu Jugoslaviju - da ne bi došlo do sukoba precedenata između dva suda. Oba vijeća se sastoje od troje sudija, dok je u žalbenom vijeću pet sudija. Zbog velikog broja optuženih u pritvoru i sporog napretka u njihovom procesuiranju, Savjet bezbjednosti je 30. aprila 1998. godine donio odluku da se ICTR-u doda još jedno vijeće.

Pored toga što su dijelili žalbeno vijeće, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i ICTR su u početku dijelili i istog tužioca. Iako je ovaj model bio dobar na polju razmjene iskustava između dva suda, na kraju je postalo jasno da se ovako nanosi šteta efikasnosti ICTR-a. Tužiocu Ričardu Goldstonu, koji je već uveliko bio zauzet predmetima iz bivše Jugoslavije, palo je teško da se nosi s dodatnim odgovornostima. Njegova nasljednica, sudija Luis Arbur, obećala je da će se više posvetiti predmetima ICTR-a. Međutim, kako je ona najčešće radila u svojoj kancelariji u Hagu, posmatrači iz Ruande su se žalili da je fokus tužioca opet na Tribunalu u Hagu. Vlada Ruande je 1998. godine pokušala da izdejstvuje postavljanje posebnog tužioca za ICTR, ali u tome nije uspjela.

Poslije osnivanja ICTR-a, postojala je namjera da se on smjesti blizu Kigalija, čak blizu mjesta nekih zločina. Međutim, zbog sigurnosti osoblja ICTR-a, odlučeno je da sjedište suda bude u malom gradiću Aruši, u susjednoj Tanzaniji. Zamjenik tužioca i osoblje njegove kancelarije su pak u Kigaliji, što je i dodatno usporilo komunikaciju unutar ICTR-a. To je bio samo vrh ogromnog brda problema s kojima se ICTR susreo u početnim godinama svog postojanja. Osnovan na provizionalnoj bazi, ICTR je nudio svojim zaposlenima samo ugovore na tri mjeseca i tako, naravno, nije uspijevao da nađe dovoljno kvalifikovano osoblje koje bi htjelo da se upušta u nesigurnu profesionalnu budućnost. Kada su, pak, zapošljavani kompetentni ljudi, nekad je bilo potrebno i do godinu dana da sjedište UN-a odobri njihove ugovore.²³ Čak je ponekad ponestajalo i osnovnog kancelarijskog materijala, i to zbog nedostatka novca i korupcije. Pred kraj 1996. godine problemi oko lošeg upravljanja ICTR-om su postali preveliki da bi se mogli jednostavno ignorisati, pa su zbog toga UN poslale revizora da utvrdi koji je uzrok tome. Nakon njegovog izvještaja otpušteno je nekoliko visokih službenika, uključujući i zamjenika tužioca.

Dvije godine kasnije ICTR je počeo da se redovno finansira, i to kroz godišnji budžet koji je iznosio oko 50 miliona američkih dolara. Iako su ta sredstva znatna, većina je bila namijenjena za administraciju suda (oko 34 miliona), dok je za kancelariju tužioca koja treba da obavlja posao zbog koga postoji ICTR, izdvojeno samo

²³ Human Rights Watch/FIDH interviews, Kigali, January 24, 1995.

14 miliona dolara. Za to vrijeme brzina kojom su slučajevi procesuirani je i dalje bila prilično mala, dijelom zbog navedenih administrativnih problema, a dijelom zbog neodgovornog ponašanja nekih sudija koji su uzimali produžene odmore, pa je tako u jednoj godini ICTR zasjedao samo četiri mjeseca. Neki od pritvorenika su čekali do dvije godine da počne njihovo suđenje, što je predstavljalo ozbiljan problem s obzirom na pravo optuženih na suđenje bez nepotrebnog odlaganja. Da bi riješio taj problem ICTR je, pored dodavanja još jednog vijeća, u maju 1998. godine uveo ubrzane postupke.

1. Organizacija ICTR-a

U skladu sa Statutom, ICTR se sastoji od tri organa: (1) vijeća (tri pretresna i jedno žalbeno); (2) Tužilaštvo i (3) Sekretarijat.

Vijeća se sastoje od maksimalno 16 stalnih i devet *ad litem* sudija od kojih dva ne mogu da budu iz iste države. Da bi se osiguralo izvršenje tako važnog zadatka kao što je kažnjavanje odgovornih za genocid koji se dogodio u Ruandi, sudije treba da ispune određene uslove. Oni moraju biti osobe visokih moralnog kvaliteta i integriteta i, prije svega, nepristrasne. Pored toga, sudije koje konkurišu za mjestu u ICTR-u moraju posjedovati kvalifikacije koje im u njihovim matičnim zemljama omogućavaju da budu postavljeni u najviša sudska tijela. Pri izboru sudija se posebno uzima u obzir njihovo iskustvo u krivičnom i međunarodnom pravu, uključujući međunarodno humanitarno pravo i ljudska prava.

ICTR koristi dva zvanična jezika (francuski i engleski), a osumnjičeni ili optuženi imaju pravo da koriste svoj jezik. Branilac optuženog može da zatraži dozvolu od sudije ili vijeća da koristi jezik koji nije jedan od zvaničnih ili nije jezik optuženog. Ako sudija ili vijeće dozvole korišćenje tog jezika, ICTR će snositi troškove prevođenja i tumačenja - ako predsjednik ocijeni da je to u interesu pravičnosti. Bilo koja druga osoba koja izlazi pred sud, a ne zna dovoljno dobro jedan od dva zvanična jezika, može koristiti svoj jezik, a troškove prevođenja i tumačenja će snositi ICTR.

2. Izbor sudija, njihov položaj i obaveze

Sudije pretresnih vijeća bira posebnom procedurom, koja se sastoji od nekoliko faza, Generalna skupština UN-a. U prvoj fazi generalni sekretar UN-a poziva sve države članice i sve države koje imaju stalnu posmatračku misiju pri UN-u da kandiduju sudije. Druga faza počinje u roku od 60 dana od poziva generalnog sekretara, a svaka država ima pravo da predloži maksimalno dva kandidata, od kojih nijedan ne smije imati isto državljanstvo i ne smije biti državljanin iste države kao bilo koji sudija žalbenog vijeća. U trećoj fazi generalni sekretar prosljeđuje primljene

kandidature Savjetu bezbjednosti koji na osnovu njih sastavlja listu od najmanje 22, a najviše 33 kandidata. Pri izboru Savjet bezbjednosti vodi računa o tome da su na listi zastupljeni glavni svjetski pravni sistemi (član 12 *bis c* Statuta). U četvrtoj i finalnoj fazi izbora sudija predsjedavajući Savjeta bezbjednosti prosljeđuje listu kandidata predsjedavajućem Generalne skupštine. S te liste Generalna skupština bira 11 stalnih sudija. Kandidati s apsolutnom većinom glasova smatraće se izabranim, a u slučaju da dvoje sudija dobiju potrebnu većinu glasova, izabranim će se smatrati kandidat koji je dobio veći broj glasova.

Prava i obaveze sudija su iste kao za Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju. Nijedan sudija ne smije da obavlja nikakvu političku ili administrativnu funkciju niti da bude savjetnik ili advokat u bilo kom slučaju. Ako je u nekom slučaju učestvovao kao savjetnik ili advokat, ili član domaćeg ili međunarodnog suda ili istražne komisije jednoj od stranaka u sporu, ne smije da učestvuje u donošenju presude. Prije stupanja na dužnost svaki sudija mora dati svečanu izjavu koju potpisuje u prisustvu generalnog sekretara UN-a ili njegovog predstavnika.

Sudije se biraju na mandat od četiri godine i mogu biti ponovo izabrane. Izbor *ad litem* sudija je umnogome sličan načinu izbora stalnih sudija. Procedura izbora *ad litem* sudije sastoji se, kao i procedura za izbor stalnih sudija, od četiri faze.

Ad litem sudije postavlja generalni sekretar UN-a, na osnovu zahtjeva predsjedavajućeg suda u Kigaliju - da bi služio u pretresnim vijećima za jedno ili više suđenja u kumulativnom periodu od tri godine. Ako zahtijeva određenog *ad litem* sudiju, predsjedavajući ICTR-a treba da ima na umu iste kriterijume o jednakoj zastupljenosti polova svih glavnih pravnih sistema i broj glasova koji je određeni sudija dobio od Generalne skupštine UN-a. *Ad litem* sudije uživaju ista prava i imaju iste obaveze kao i stalne sudije ICTR-a, imaju ista ovlašćenja, privilegije i imunitet. Oni, međutim, ne mogu biti birani za predsjednika ICTR-a ili bilo kog pretresnog vijeća suda. Osim toga, nemaju ovlašćenja da usvajaju pravila o postupku i dokazima, da pregledaju optužnicu ili da učestvuju u konsultacijama s predsjednikom u vezi s raspoređivanjem sudija, niti u vezi s pomilovanjem ili ublažavanjem kazne u skladu s odgovarajućim članovima Statuta ICTR-a.

Predsjednik ICTR-a se bira od stalnih sudija i mora biti član nekog od pretresnih vijeća. Nakon konsultacija sa stalnim sudijama, predsjednik raspoređuje dvoje sudija u žalbeno vijeće Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, a osam u pretresna vijeća ICTR-a. Predsjednik ICTR izuzetno može žalbenom vijeću rasporediti dodatno četiri stalne sudije koji služe u pretresnim vijećima nakon okončanja slučaja kome su dodijeljeni. Predsjedavajući suda, po potrebi, nakon konsultacija sa stalnim sudijama ICTR-a, dodjeljuje nekom od pretresnih vijeća *ad litem* sudije. Sudije služe samo u pretresnom vijeću kome su dodijeljene. Stalne sudije svih pretresnih vijeća biraju iz svojih redova predsjedavajućeg sudiju za svako pretresno vijeće posebno, čije su obaveze da nadzire rad tog vijeća u cjelini.

3. Izuzeće, odsustvo i prestanak sudijske funkcije

Sudija ICTR-a može biti izuzet iz konkretnog slučaja na osnovu dvije grupe razloga: a) razlozi koji se odnose na postojanje okolnosti koje dovode u sumnju sudijsku nepristrasnost i b) razlozi koji se odnose na funkcionalnu povezanost sudije s konkretnim krivičnim postupkom.

Prvi razlog za izuzeće se, prije svega, odnosi na kršenje uopštene klauzule prema kojoj sudija ne može učestvovati u bilo kom procesu u kom ima lični interes ili su postojale ili postoje okolnosti koje mogu uticati na njegovu nepristrasnost. Funkcionalna povezanost sudije s određenim krivičnim postupkom postoji ukoliko je sudija u konkretnom krivičnom postupku već vršio neki oblik sudijske funkcije. Tako, na primjer, sudija koji je odlučivao na glavnom pretresu ne može da učestvuje u drugostepenom postupku. Sudija koji sazna da postoji razlog za izuzeće, mora odmah da stane s postupanjem i da se povuče iz rješavanja tog konkretnog predmeta, a predsjednik ICTR-a mora odrediti drugog sudiju koji će ga zamijeniti. Stranke u krivičnom postupku mogu da iz istih razloga od predsjedavajućeg sudije raspravnog vijeća zatraže izuzeće sudije koji, nakon saslušanja sudije, zahtjev može iznijeti pred kolegijum predsjednika ICTR-a - za konačnu odluku.

Pored izuzeća, sudija može da odsustvuje na kratak ili trajni vremenski rok i, naravno, njegova sudijska funkcija može da prestane. Sudijska funkcija prestaje, prije svega, istekom mandata na koji je sudija biran - ako ne bude reizabran. Drugi način prestanka sudijske funkcije jeste povlačenje sudije ostavkom. Sudija svoju pisanu ostavku dostavlja predsjedniku ICTR-a koji je potom prosljeđuje generalnom sekretaru UN-a. U pisanoj ostavci sudija nije obavezan da navede razlog svog povlačenja.

U slučaju kada sudija mora da odsustvuje na kraći period zbog bolesti, drugih hitnih ličnih razloga ili kada po nalogu suda obavlja druge poslove, mogu nastati dvije situacije u vezi sa slučajevima u kojima on obavlja sudijsku funkciju. Ostali članovi sudskog vijeća mogu dozvoliti da se postupak nastavi bez odsutnog sudije ako je to u skladu sa zahtjevima pravičnosti i ako odsustvo sudije ne traje duže od pet radnih dana. Ako ostali članovi vijeća ocijene da bi nastavak postupka bio u suprotnosti sa zahtjevima pravičnosti, on se neće nastaviti. Međutim, ostali članovi vijeća mogu rješavati pitanja vezana za taj postupak ako smatraju da je to u skladu sa zahtjevima pravičnosti, s tim što tada postupak može prekinuti sudija koji predsjedava vijećem.

U slučaju da sudija umre, oboli, da ostavku ili ne bude reizabran, kao i bilo kog drugog razlog zbog kog mora da odsustvuje duže sa suđenja, predsjedavajući vijeća obavještava predsjednika ICTR-a koji potom dodjeljuje drugog sudiju tom vijeću i odlučuje o tome da li da pretres počne iz početka ili da se nastavi. Međutim, ako su stranke već dale svoja uvodna izlaganja u skladu s pravilom 84 Pravilnika o postupku i dokazima ICTR-a i ako je započelo izvođenje dokaza prema pravilu 85,

nastavak postupka s novim sudijom u vijeću se može narediti samo uz saglasnost optuženog. Ako optuženi uskrati svoju saglasnost za zamjenu sudije, ostali članovi vijeća mogu odlučiti da se postupak nastavi s novim sudijom ako jednoglasnom odlukom procijene da bi takvo rješenje bilo u interesu pravičnosti, uzimajući pri tome u obzir sve relevantne okolnosti.

Na ovakvu odluku se mogu žaliti obje stranke, a o njoj će odlučivati žalbeno vijeće. Ako stranke ne podnesu žalbu ili pak žalbeno veće potvrdi odluku pretresnog vijeća, predsjednik ICTR-a će odrediti sudiju koji će popuniti vijeće. On, međutim, ne može učestvovati u suđenju prije nego što se potpuno upozna s predmetom postupka. Ovakva zamjena sudije moguća je samo jednom tokom istog postupka.

4. Tužilac

Tužilac ICTR-a je samostalan i nezavisan organ unutar tog suda. On ne smije da traži ili dobija uputstva od bilo koje vlade ili bilo kog drugog izvora. Tužilac ICTR-a je odgovoran za krivično gonjenje osoba koje su odgovorne za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjenih na teritoriji Ruande i onih koje su počinili državljani Ruande u susjednim zemljama u vremenskom period od 1. januara 1994. do 1. decembra 1994. Tužioca postavlja Savjet bezbjednosti na osnovu prijedloga generalnog sekretara UN-a. On mora biti osoba koja posjeduje visoke moralne vrijednosti i najveći nivo kompetentnosti i iskustva u vođenju istraga i gonjenja u krivičnim predmetima (član 12 Statuta). Tužilac ima četverogodišnji mandat i može biti reizabran, a na njegov prijedlog generalni sekretar UN-a postavlja osoblje koje je kvalifikovano da radi u Tužilaštvu.

Tužilac započinje istragu *ex officio*, odnosno po službenoj dužnosti na osnovu informacija prikupljenih od bilo kog izvora i mora podići optužnicu ako na završetku istrage ocijeni da postoji osnovana sumnja da je određeno lice počinilo krivično djelo iz nadležnosti ICTR-a. U pogledu pokretanja postupka pred ICTR-om, za tužioca važi načelo legaliteta krivičnog gonjenja, jer je on u postupku organ krivičnog gonjenja, a ne samo obična protiv stranka. Ukoliko se tokom istrage uvjeri da postoji dovoljno dokaza za osnovanu sumnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo iz nadležnosti ICTR-a, tužilac će podnijeti optužnicu.

Optužnica se prosljeđuje sekretaru koji je upućuje jednom od sudija koji će poslije razmatranja odlučiti da li da je prihvati ili odbije. Tužilac može da povuče optužnicu u svakom trenutku prije nego što je ona potvrđena, a nakon toga samo uz odobrenje sudije koji je potvrdio optužnicu ili ako je počelo iznošenje dokaza u smisli pravila 85 - on može povući optužnicu samo uz odobrenje prvostepenog vijeća.

Tužilac ima takođe pravo da, u slučaju da zločin u jurisdikciji ICTR-a jeste ili je bio predmet istrage ili krivičnog postupka u bilo kojoj državi, zatraži od te države da mu proslijedi sva relevantne informacije. Sve države su obavezne da to i učine,

i to bez odlaganja. Međutim, važnije od toga je njegovo pravo da se obrati nekom od vijeća ICTR-a koje odredi predsjednik i da od njega traži da formalno pošalje zahtjev sudu bilo koje zemlje da ustupi slučaj koji je u nadležnost ICTR-a ako se tužiocu čini da su zločini koji su predmet istrage ili krivičnog postupka u bilo kojoj državi: (1) takođe predmet istrage tužioca; (2) da treba da budu predmet tužiočeve istrage s obzirom na, između ostalog: a) težinu prekršaja; b) status optuženog u vrijeme navodnog počinjavanja prekršaja; c) opštu važnost pravnih pitanja uključenih u predmet; (3) takođe predmet optužnice ICTR-a. Ukoliko u roku od 60 dana od slanja formalnog zahtjeva za ustupanje nadležnosti sekretarijat države, pod čijom je jurisdikcijom istraga ili krivični postupak, nije odgovorio na način koji uvjerava pretresno vijeće da su učinjeni adekvatni koraci da bi se zahtjev ispunio, pretresno vijeće može tražiti od predsjednika ICTR-a da o ovom slučaju izvijesti Savjet bezbjednost UN-a.

5. Sekretarijat

Sekretarijat je odgovoran za efikasno funkcionisanje ICTR-a, i to čini vođenjem njegove administracije i pružanjem drugih usluga ostalim organima ICTR-a. Na čelu Sekretarijata je sekretar koji postavlja generalni sekretar UN-a, i to nakon konsultacija s predsjedavajućim ICTR-a. On ima mandat četiri godina i može biti reizabran. Uz sekretara je u Sekretarijatu zaposleno i drugo osoblje koje postavlja generalni sekretar Ujedinjenih nacija na preporuku sekretara.

Prije nego što preuzmu funkciju, sekretar i zamjenik sekretara moraju položiti zakletvu pred predsjednikom ICTR-a. Sličnu zakletvu polaže i ostalo osoblje Sekretarijata, s tim što je oni polažu pred sekretarom. Sekretarijat asistira vijećima, sudijama, tužiocu, a u plenarnim sjednicama ICTR-a obavlja svoju funkciju. Ovaj organ ICTR-a je odgovoran za administraciju i funkcionisanje ICTR-a i treba da služi kao „kanal“ komunikacije unutar njega.

Međutim, važnije od ovih ovlašćenja Sekretarijata za efikasno funkcionisanje ICTR-a su njegove obaveze u organizacionom smislu. Sekretarijat se brine o satnicama sastanaka, javnom informisanju i spoljnim odnosima, organizuje konferencijske službe, štampa i publikuje određene dokumente, obavlja PR poslove i druge administrativne aktivnosti. Sekretarijat vodi i knjigu zapisnika u kojoj se bilježe sve pojedinosti svakog slučaja koji je rješavan u ovom sudu. Osim toga, po Statutu ICTR-a, u nadležnosti Sekretarijata je i Odjeljenje za pomoć žrtvama i svjedocima. Glavne obaveze članova ovog Odjeljenja su: (1) da predlažu zaštitne mjere za svjedoke i žrtve u skladu s članom 22 Statuta; (2) da osiguraju da svjedoci i žrtve dobiju odgovarajuću zaštitu, uključujući psihičku i fizičku rehabilitaciju i posebno savjetovanje u slučajevima silovanja i seksualnog zlostavljanja i (3) da razviju kratkoročne i dugoročne planove za zaštitu svjedoka koji su svjedočili pred Sudom i koji strahuju od opasnosti po svoj život, imovinu ili porodicu. Posebna pažnja u

ovom Odjeljenju daje se izboru novih kadrova gdje se nastoji da se zaposle žene odgovarajućeg stručnog profila koje bi se najvećim dijelom brinule o svjedocima i žrtvama silovanja i seksualnog zlostavljanja (pravilo 34B Pravilnika o postupku i dokazima).

6. Imunitet

Konvencija o privilegijama i imunitetu UN-a od 13. februara 1946. godine važi i za ICTR (sudije, tužioca i njegovo osoblje i za sekretara i njegovo osoblje). Sudije, tužilac i sekretar uživaju iste privilegije, imunitet, izuzeća i olakšice koje se dodjeljuju i diplomatskim predstavnicima, u skladu s međunarodnim pravom. Ostalo službeno osoblje Tužilaštva i Sekretarijata uživa iste privilegije i imunitete kao i zvaničnici UN-a u (skladu s čl. V i VII pomenute Konvencije). Druge osobe čije je prisustvo potrebno, uključujući optuženog, mogu uživati iste privilegije - ako je to potrebno za pravilno funkcionisanje ICTR-a.

7. Unutrašnje funkcionisanje ICTR-a

O unutrašnjem funkcionisanju ICTR-a brine se nekoliko tijela koja nastoje da omoguće efikasniji rad Suda. Tu je, kao prvo, Biro ICTR-a koji se sastoji od predsjednika ICTR-a, potpredsjednika ICTR-a i svih predsjedavajućih sudija presesnih vijeća Suda. Biro služi, prije svega, tome da se predsjednik Suda konsultuje s njegovim članovima o svim važnim pitanjima koja se odnose na funkcionisanje Suda. Sudije se mogu obratiti bilo kom članu Biroa ako misle da o nekom pitanju treba raspravljati u Birou ili da ono treba da se izloži na plenarnoj sjednici ICTR-a. Kao drugo tijelo se pojavljuje Koordinacioni savjet. On se sastoji od predsjednika Suda, tužioca i sekretara. Funkcija Koordinacionog savjeta je da osigura koordiniranost radnji organa Suda - s ciljem da se ispuni misija Suda. Koordinacioni savjet se sastaje jednom mjesečno na inicijativu predsjednika Suda, a mogu se održati i dodatni sastanci na zahtjev nekog od članova. Sastancima predsjedava predsjednik Suda. Upravni odbor suda je treće tijelo koje uređuje unutrašnje funkcionisanje Suda.

Upravni odbor se sastoji od predsjednika Suda, potpredsjednika Suda, sudije kog su odabrale sve sudije na plenarnoj sjednici na jednogodišnji mandat koji se može obnoviti, sekretara Suda, zamjenika sekretara i šefa administracije. Ovo tijelo, prije svega, pomaže predsjedniku Suda pri izvršavanju funkcija koje su tiču izdavanja smjernica, a posebno u vezi sa svim aktivnostima Sekretarijata koje se sastoje u pružanju administrativne i sudske podrške vijećima i sudijama. Upravni odbor koordinira pripremu i sprovođenje budžeta ICTR-a, s izuzetkom budžetskih linija namijenjenih tužilaštvu.

Pored ovih tijela, za unutrašnje funkcionisanje suda od velike važnosti su

i plenarne sjednice. Sudije se sastaju na plenarnim sjednicama da bi, prije svega, izabrale predsjednika i potpredsjednika ICTR-a i usvojili nova pravila. Na plenarnim sjednicama se takođe usvaja godišnji izvještaj i odlučuje o pitanjima u vezi s unutrašnjim funkcionisanjem sudskih vijeća. Plenarne sjednice ICTR-a se zakazuju svake godine, najkasnije do kraja jula za sljedeću kalendarsku godinu. Pored toga, plenarnu sjednicu ICTR-a može zakazati predsjednik, i to na zahtjev najmanje osam sudija. Kворум за одржавање пленарне седнице је 10 судија, а одлуке се доносе већином гласова. У случају једнаког броја гласова, председник ICTR или судија који га замjenjuje - даје пресудни глас.

8. Nadležnost ICTR-a

Prema Statutu ICTR-a, ovaj tribunal je nadležan da krivično goni osobe odgovorne za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjenih na teritoriji Ruande i državljane Ruande koji su na teritoriji susjednih država između 1. januara 1994. i 31. decembra 1994. godine odgovorni za iste zločine (član 1 Statuta). Pod teškim povredama međunarodnog prava podrazumijevaju se krivična djela genocida, zločina protiv čovječnosti i kršenja člana 3 o zaštiti žrtava rata, zajedničkog za sve četiri Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine, kao i dodatnog Protokola II od 8. juna 1977. godine.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Iako je namjera Savjeta bezbjednosti od početka bila da novoosnovani tribunal u Aruši sudi samo visokim zvaničnicima, političkim vođama i vojnim komandantima, Tužilaštvo se našlo u situaciji da skuplja dokaze protiv lokalnih zvaničnika koji su im se predali. Takva situacija je nastala zbog nedostatka strategije Tužilaštva koje, zbog velikog broja optuženih koji su u ranim godinama Tribunala izručivani velikom brzinom iz drugih afričkih zemalja, nije htjelo da propusti priliku da podigne optužnicu protiv velike većine njih, bez obzira na stepen odgovornosti ili na umiješanost u zločinima. Kada je postalo očito da takav pristup ne vodi nikuda, tužiocima su počeli da prave strategiju da pronađu i podignu optužnicu protiv visokih zvaničnika prethodne vlasti i da im njihovi predmeti budu u fokusu.²⁴

²⁴ U julu 1997. godine su u Keniji, uz saradnju tamošnjih vlasti, kao rezultat te strategije uhapšeni prvi osumnjičeni. U pitanju su bili osumnjičeni u važnim slučajevima i nekoliko visokih zvaničnika.

LITERATURA

- Ambos, K. (2006), Internationales Strafrecht, München;
- Bantekas, I., Nach, S. (2003), International Criminal Law, Second edition, London;
- Bassiouni, M. Ch. (2003), Introduction to International Criminal Law, New York;
- Brownlie, I. (2003), Principles of Public International Law, Sixth Edition, Oxford;
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. (2007), Wilmshurst, E.: An Introduction to International Law and Procedure, Cambridge;
- Destexhe, A. (1995), Rwanda and Genocide in the Twentieth Century, New York;
- Green, L. (1997), War Crimes, Crimes against Humanity, and Command Responsibility, NWCR, No.2;
- Human Rights Watch/FIDH, (1996), Shattered Lives;
- Human Rights Watch/FIDH interview, Kigali, 1995 na adresi: <http://www.Archiverwanda.net/FIDH-Leave-none-to-tell-the-story>, 152 pristupljeno 26. 11. 2011. godine;
- http://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations_Detention_Facility, pristupljeno 15. 12. 2011;
- http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Rwanda_German, pristupljeno 14. 11. 2011. godine;
- http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Rwanda_Strife_and_independence, pristupljeno 17. 11. 2011;
- http://en.wikipedia.org/wiki/Mouvement_R%C3%A9publicain_National_pour_la_D%C3%A9mocratie_et_le_D%C3%A9veloppement, pristupljeno 18. 11. 2011. godine;
- <http://www.historyworld.net/wrldhis/PlainTextHistories.asp?historyid=ad24>, A Belgian colony: AD 1914-1962, pristupljeno 17. 11. 2011;
- http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno15-8-02.htm#P311_93936, Acknowledging Genocide, pristupljeno 7. 12. 2011;
- <http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno1-3-02.htm#TopOfPage>, Popular Participation, pristupljeno 20. 11. 2011 godine;
- http://www.hrw.org/legacy/reports/1999/rwanda/Geno1-3-02.htm#P21_7273, The Structure, pristupljeno 22. 11. 2011;

<http://www.trumanwebdesign.com/~catalina/kangura.htm>, pristupljeno 17. 01. 2012.

www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamir.htm

[#](http://www.bing.com/search?q=UNAMIR&qs=n&form=QBLH&pc=CMDTDF&pq=null&sc=0-0&sp=-1&sk=-)

Jovanović, I. (2006), „Kreativni“ razvoj međunarodnog krivičnog prava: hibridni sudovi za Istočni Timor, Kambodžu i Sijera Leone. U: Udruženje za međunarodno pravo, Godišnjak;

Kambovski, V. (1998), Međunarodno krivično pravo, Skoplje;

Kittichaisaree, K. (2001), International Criminal Law, „Oxford University Press“;

Pravilnik o postupku i dokazima (*Rules of Procedure and Evidence*) Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, donesen 29. juna 1995. godine, zadnji put dopunjen 9. februara 2010. godine;

Pravilnik o pritvoru osoba koje čekaju na suđenje i žalbeni postupak ili su iz nekog drugog razloga pritvorene po ovlašćenju Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, donesen 5. juna 1998. godine (*Rules Covering the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal*);

Profesionalni kodeks branioca (*Code of Professional Conduct for Defence Counsel*) Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, donesen 14. marta 2008. godine (www.unict.org);

Reyntjens, Filip, Rwanda, trois jours qui ont fait basculer l’histoire, 1995;

Simović, M., Blagojević, M. (2007), Međunarodno krivično pravo, Banja Luka;

Smyth, F. (2012), Why Hutu and Tutsi Are Killing Each Other: A Rwanda. Primjer, na adresi: www.franksmyth.com, pristupljeno, 25. 01. 2012;

Statut Međunarodnog krivičnog suda u Ruandi donešen 1994. godine, zadnji put dopunjen 2010. godine;

Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Deposition de Témoin, Septembre 18, 1995 Dosie 57/95.

Vladimir M. Simović,
Assistant Professor at the Faculty for Security and Protection in Banja Luka
Marina M. Simović,
Doctor of Science, the Indirect Tax Administration of BiH

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA: HISTORY OF CONFLICT AND ESTABLISHMENT OF THE TRIBUNAL

Summary

In introductory remarks the conditions that influenced the outbreak of the civil law in Rwanda and genocide against Tutsi have been analyzed. The killing of Tutsi was a sign of success and thus the subordinates could dominate over their superior officers or clerks after proving that they are devoted to committing genocide. Such flexibility encouraged those who were ready to cross over the dead bodies looking after their own interests. All legal and administrative limitations have disappeared overnight. The Army had an opportunity to speak up instead of the governmental officials and the police was given a chance to approve the lists of candidates for administrative positions and medical staff to order military attacks. Such practice did not only speed up the killings and made them more effective, but it also complicated the process of resolving the subsequent issues of individual responsibility.

Then, the review of basic issues relating to the establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda followed, such as: the organization, election of judges, their position and obligations, disqualification, absence and termination of judicial duty; prosecutor; the Secretariat; immunity; internal functioning and competence. It was noticed that the International Criminal Tribunal for Rwanda is competent to prosecute the criminals within its area of responsibility, including those who were planning and instigating the crimes and those who were accomplices to the crimes.

Key words: *International Criminal Tribunal for Rwanda, genocide, United Nations Security Council, prosecutor, judge.*

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:

600 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.