

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 37/2013

Година X

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2013.

ПРАВНА РИЈЕЧ Број 37/2013 Година X



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.udruzenjepravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

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

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

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

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

САДРЖАЈ

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ	11
---------------------------------------	-----------

Међународно право

Академик проф. др Витомир Поповић ПРАВНИ СТАТУС АРБИТРАЖНИХ КЛАУЗУЛА НАСТАЛИХ У ВРИЈЕМЕ ПОСТОЈАЊА БИВШЕ СФРЈ	13
Проф. др Радован Вукадиновић О ПРИРОДИ ДОДАТНОГ РОКА ЗА ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРА	25
Проф. др Александар Тирић ИЗВОРИ ПРАВА СПОЉНЕ ТРГОВИНЕ	39
Проф. др Душанка Ђурђевић РИЗИЦИ У ЦЕВОВОДНОМ ТРАНСПОРТУ	53
Проф. др Душан Поповић „ИСЦРПЉЕЊЕ“ АУТОРСКОГ ПРАВА И СРОДНИХ ПРАВА, МЕЂУНАРОДНА ТРГОВИНА И ПОСЛОВАЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ	69
Проф. др Јелена Никчевић Грдинић РЕДОВИ ПРВЕНСТВА И МЕЂУСОБНИ РАНГ ПОМОРСКИХ ПРИВИЛЕГИЈА ПРЕМА МЕЂУНАРОДНИМ КОНВЕНЦИЈАМА	83
Проф. др Сандра Фишер-Шобот КОНВЕНЦИЈА О ПРЕКОГРАНИЧНИМ ЕФЕКТИМА ИНДУСТРИЈСКИХ УДЕСА – ПРИКАЗИ И АНАЛИЗА	97
Доц. др Јелена Ђеранић ЗАКОНИТОСТ БЛИЖЕ САРАДЊЕ У ОБЛАСТИ УНИТАРНОГ ПАТЕНТА – СЛУЧАЈ ШПАНИЈА И ИТАЛИЈА ПРОТИВ САВЕТА	111
Др Катарина Јовичић ОДРЕЂИВАЊЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ	127

Др Тијана Шурлан
ЕВОЛУТИВНО ТУМАЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА 139

Мр Матеј Савић
НЕКА ОД ТЕОРИЈСКИХ ОДРЕЂЕЊА МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ
СУБЈЕКТИВИТЕТА 155

Мр Душко Глодић
ПОСТУПЦИ УСКЛАЂИВАЊА ПРОПИСА СА ACQUIS-ЕМ ЕВРОПСКЕ
УНИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И БУДУЋИ ИЗАЗОВИ 173

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ 191

Материјално кривично право

Проф. др Милош Бабић
САУЧЕСНИШТВО У КРИВИЧНОМ ДЈЕЛУ 193

Проф. др Иванка Марковић
ОСВРТ НА НЕКА РЈЕШЕЊА ЗАКОНА О
ЗАШТИТИ И ПОСТУПАЊУ СА ДЈЕЦОМ И
МАЛОЉЕТНИЦИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 213

Проф. др Драган Јовашевић
ПРОБЛЕМ ОДГОВОРНОСТИ И КАЖЊИВОСТИ
ЗА ПРИПРЕМАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА 223

Проф. др Бранко Вучковић и проф. др Весна Вучковић
КАРАКТЕРИСТИКЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА ЦРНЕ ГОРЕ 243

Проф. др Хајрија Сијерчић-Чолић
КУЋНИ ЗАТВОР С ЕЛЕКТРОНСКИМ НАДЗОРОМ
У ФЕДЕРАЦИЈИ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 259

Проф. др Ђорђе Ђорђевић
ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У ПРОСТОРИЈАМА У КОЈИМА
ОСУЂЕНИ СТАНУЈЕ 271

Проф. др Љубинко Митровић КАЗНЕНОПРАВНА ЗАШТИТА ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА У КАЗНЕНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	287
Доц. др Вељко Икановић ЗАМЈЕНА ИЗРЕЧЕНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА НОВЧАНОМ КАЗНОМ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	303
Доц. др Миле Шикман и мр Милимир Говедарица КОРПОРАТИВНИ КРИМИНАЛИТЕТ И ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЈЕЛА	317
Др Зоран М. Стевановић, мр Јасмина Играчки АЛТЕРНАТИВНЕ САНКЦИЈЕ И ПРОБАЦИЈСКИ СИСТЕМ У СРБИЈИ	339
Проф. др Мило Бошковић, ма Татјана Скакавац МЕРЕ УПОЗОРЕЊА У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	353
Проф. др Миомира Костић и Јелена Паповић СЛЕНГ ОСУЂЕНИКА	373
Доц. др Дарко Радуловић КРИВИЧНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ МАЛОЉЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА ПРЕМА ЦРНОГОРСКОМ ЗАКОНУ О ПОСТУПАЊУ ПРЕМА МАЛОЉЕТНИЦИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА АЛТЕРНАТИВНЕ МЈЕРЕ И КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ ЗА МАЛОЉЕТНИКЕ	383
Проф. др Миле Матијевић РАЗБОЈНИШТВА У СВЈЕТЛУ ГРУПЕ „ПИНГ ПАНТЕРИ“	397
Др Дарко Димовски УБИЦЕ СА ТЕРИТОРИЈЕ ЈУГОИСТОЧНЕ СРБИЈЕ	415

Кривично процесно право

Академик проф. др Станко Бејатовић ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ И НОВИ ЗКП РС	431
Проф. др Драго Радуловић СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У СВЈЕТЛУ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ЦРНЕ ГОРЕ	463
Проф. др Војислав Ђурђић УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	475
Проф. др Милан Шкулић НАЧЕЛО ИСТИНЕ И ОСНОВНА ДОКАЗНА ПРАВИЛА У НОВОМ ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ	489
Академик проф. др Миодраг Н. Симовић КОРИШЋЕЊЕ ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА И ТАЈНИХ АГЕНАТА ЗА ПРИКУПЉАЊЕ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У САД	515
Проф. др Тадија Бубаловић и доц. др Незир Пивић ПРАВО ОШТЕЋЕНОГ НА ИМОВИНСКОПРАВНИ ЗАХТЈЕВ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	541
Проф. др Саша Кнежевић МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ ПРАВА НА УСМЕНУ РАСПРАВУ ПРЕД СУДОМ	563
Др Божидар Бановић, Миломир Веселиновић и Кристина Потих ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	579
Др Јован Ђирић СЕКУНДАРНА ВИКТИМИЗАЦИЈА	601
Доц. др Младенка Говедарица ДОКАЗНИ ПОСТУПАК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	621

Проф. др Гордана Лажетић – Бужаровска МЕЂУНАРОДНА САРАДЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА И СТЕПЕН ХАРМОНИЗИРАНОСТИ МАКЕДОНСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА	635
Доц. др Владимир М. Симовић и доц. др Марина М. Симовић ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ И САРАДЊА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ	659
Драган Митровић, доц. др Урош Пена КРИМИНАЛИСТИЧКИ И КРИВИЧНО-ПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ СУМЊАЊА.....	679
Доц. др Стево Иветић ПРАВНИ АСПЕКТИ ОСНИВАЊА И ФУНКЦИОНИСАЊА ЕУРОПОЛА, СА ОСВРТОМ НА БИХ	697
Висока школа унутрашњих послова Бања Лука	
Мр Драган Кулић ЗАЈЕДНИЧКА ИСТРАГА И ЗАЈЕДНИЧКИ ИСТРАЖНИ ТИМОВИ КАО ПРОЦЕСНО-ОРГАНИЗАЦИОНИ МЕХАНИЗМИ У СУПРОТСАТАВЉАЊУ ТРАНСНАЦИОНАЛНОМ ОРГАНИЗОВАНОМ КРИМИНАЛИТЕТУ	713
Мр Милијана Лепир ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА ХАПШЕЊЕ НОВИ ИНСТИТУТ У ОБЛАСТИ МЕЂУНАРОДНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ПОМОЋИ У ПРОСТОРУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	731
Вељко Турањанин ДИГИТАЛНИ ДОКАЗИ КАО НОВА ВРСТА ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	747
Нихад Укић МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ПРЕСУДЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	763

Иван Илић
СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ DE LEGE LATA И
DE LEGE FERENDA 771

Милан Милковић
РАТНИ ЗЛОЧИНИ КАО ПОВРЕДА МЕЂУНАРОДНОГ
ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА 789

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА
ОБЛАСТ

ПРАВНИ СТАТУС АРБИТРАЖНИХ КЛАУЗУЛА НАСТАЛИХ У ВРИЈЕМЕ ПОСТОЈАЊА БИВШЕ СФРЈ

Академик проф. др Витомир Поповић*

Апстракт: Аутор у овом раду анализира веома значајно правно питање везано за правни статус арбитражних клаузула, насталих у уговорима у приреди осамдесетих година, и у вријеме постојања СФРЈ. Ријеч је о могућем сукобу арбитражне и судске надлежности, при чему се посебно наглашава значај арбитражних клаузула за искључење судске надлежности у домаћем и међународном праву.

Кључне ријечи: Арбитражни споразум, искључење надлежности суда, бивша СФРЈ, аутономија воље уговорних страна, значај арбитражних клаузула.

УВОД

Бивша СФРЈ је била сложена државна заједница, која се састојала од 6 република и двије аутономне покрајине. Међутим, ни њу, као ни велики број других сложених држава, неће заобићи распад, који ће обиљежити крај XX вијека. Овдје, прије свега, поред СФРЈ, мислимо на распад бившег СССР-а, Чехословачке, и многих других, а супротно овом процесу ће доћи до уједињења Њемачке. Нове државе ће бити признате од стране Уједињених нација и наставиће своје постојање као независне државе. Ријеч је о бившим сложеним државним заједницама које су релативно дуго егзистирале, имале уређен свој правни систем и законодавство, институције итд. Међутим, сваки распад или разлаз са собом повлачи читав низ, не само правних, него и других питања, која захтијевају њихово рјешавање између новонасталих држава укључујући и државу претходницу. Оваква питања јављају се кроз сукцесију¹, под којом се

* редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

¹ Ријеч сукцесија потиче од латинске ријечи *successio*, којом се означава долазак на чије мјесто, замјена кога; од *succedere* – доћи на чије мјесто, замијенити кога, ступање у правни положај неке друге особе, и то било у погледу само једног права (*successio in singulas res*), било у погледу свих права која је имао претходник (*successio in universum ius*). У првом случају, код сингуларне сукцесије, појединац, обично на основи правног посла међу живима (као што је, нпр.

у смислу Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на Уговоре из 1978. године, подразумијева замјена једне државе другом у погледу одговорности за међународне односе неког подручја. Овдје је, прије свега, ријеч о проблему преузимања права и обавеза државе преднице на државу сљедницу, у погледу низа питања везаних за то подручје, а последице су оснивања и проширења власти, односно успостављања суверености те државе, које је до тада припадало другој држави.²

Бивше југословенске републике, касније новостворене државе, 29. јуна 2001. године у Бечу потписале су Споразум о питањима сукцесије СФРЈ. Наиме, ријеч је о сложеном међународном уговору, јавно-правног и приватно-правног карактера, којим се регулишу, како међусобни односи између бивших југословенских република у погледу расподеле права и обавеза, тако и односи између њих и трећих држава, али и међународних организација.

Приватно-правни аспект овог споразума третира питања везана за грађане, њихову покретну, непокретну и другу приватну својину, стечена права, пензије, станарска права итд.³

Међутим, ми се овом приликом нећемо бавити овим Споразумом, бавићемо се неким другим питањима која су везана за правни статус арбитражних клаузула из уговора о привреди, које су закључивали привредни субјекти са простора бивших југословенских република. Ова питања нису регулисана Споразумом о сукцесији. Наиме, овдје треба имати у виду да су сами уговори у привреди, дјелимично обухваћени чланом 2 тачка 2 Анекса „Г“ Споразума о сукцесији, који носи наслов „Приватна својина и стечена права“, као уговори који су закључени „почев од 31.12.1990. године укључујући и оне закључене од стране јавних предузећа, да ће бити поштовани без икакве дискриминације, те да ће свака држава сукцесор обезбиједити извршавање обавеза на основу таквих уговора, у случајевима гдје је распадом СФРЈ било онемогућено извршавање таквих уговора“. У том смислу постоји читав низ уговора, односно самоуправних споразума о удруживању рада и средстава у циљу заједничке изградње и заједничког кориштења електроенергетских капацитета, закључених између бивших јавних предузећа из области електропривреде, као на примјер, бивших електропривреда Републике Словеније и Републике Босне и Херцеговине, Републике Хрватске и Републике Босне и Херцеговине, Републике Србије и Републике Хрватске итд. Ти уговори су, по правилу, предвиђали да ће у случају да

купопродаја, даровање, давање мираза и сл.), преузима деривативним путем право које је имао претходник (аустор).

² Поближе о томе видјети: Члан 2 Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на међународне уговоре из 1978. године.

³ Примјена овог Споразума је уз веће или мање успјехе започела, након што је извршена његова посљедња ратификација од стране Републике Хрватске марта мјесеца 2004. године, а Споразум је ступио на снагу 02. јуна 2004. године. Данас у његовој примјени постоји читав низ проблема практичне природе.

дође до спора по овим уговорима, спор бити повјераван „Југеловој арбитражи“ као арбитражи Пословне заједнице бивше Електропривреде СФРЈ. У пракси је у том смислу постојао одређен број спорова који се водио пред надлежним судовима, у коме су тужитељи, оправдавајући становиште о надлежности суда, стајали на становишту да је дошло до промјене друштвених околности проузрокованих распадом бивше СФРЈ, а тиме и престанком бивше Пословне заједнице југословенске електропривреде, при којој је била уговорена надлежност арбитраже, тако да је арбитражна клаузула изгубила свој смисао.⁴

Дакле, овдје се појавило неколико спорних питања од којих ћемо поминути само нека:

- У моменту закључења Уговора, бивша СФРЈ је била једна држава, која је у међувремену престала да постоји и њеним распадом је дошло до такозваних другачијих друштвених прилика, тако да је раније предвиђени могући спор из унутрашњег прерастао у међународни спор. Ову чињеницу уговорне стране нису имале, а нити су је могле предвидјети у моменту закључења уговора, односно арбитражних клаузула као њихових саставних дијелова.

Дакле, према мишљењу тужилаца, у оваквим и сличним предметима, уговорено арбитражно тијело више не постоји, тј. престала је са радом бивша Заједница југословенске електропривреде, а тиме и рјешавање спорова путем арбитраже више није могуће. С друге стране, тужени су стајали на становишту да је арбитражна клаузула израз проистекао из аутономије воље арбитражних страна, и да је као такву без сагласности ове воље није могуће мијењати, односно, умјесто арбитражног рјешавања спора, којим су уговорне стране експлицитне, искључиле надлежност суда, сада спор повјерити на рјешавање надлежном суду.

Прије заузимања било каквог релевантног мишљења у овом погледу би било неопходно дати одговор на сљедећа питања:

1. Каква је правна природа Уговора и у њему садржане арбитражне клаузуле?
2. Какав је садржај и карактеристике арбитражне клаузуле?
3. Какав је правни статус уговореног органа за рјешавање спора?
4. Какав је утицај „специфичних друштвених околности“ и дисолуције СФРЈ на пуноважност и дејство арбитражног споразума?;...итд.

⁴ С обзиром да се одређен број спорова оваквим и сличним питањима води пред неким судовима и да они још увијек нису окончани, то у циљу избјегавања било какве могућности утицања овог рада на даљњи карактер будућих одлука, избјегли смо њихово навођење и цитирање.

ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА И У ЊЕМУ САДРЖАНЕ АРБИТРАЖНЕ КЛАУЗУЛЕ

Сваки уговор по својој правној природи, укључујући и ове наведене споразуме о удруживању рада и средстава ради изградње енергетских капацитета, представља производ аутономије воља уговорних страна, и закључује се у доброј вјери, и са тачно одређеним циљем. То значи, да јавна предузећа у области електропривреде из бивших југословенских република, на начин и под условима дефинисаним, самим споразумима, заједнички улажу средства ради заједничке изградње и заједничког коришћења електроенергетских капацитета. Другим ријечима, ови уговори, односно тадашњи споразуми, постали су закон за странке - *раста sunt servanda*. То истовремено подразумева да се њихово испуњење састоји у извршењу онога што чини садржину обавезе, те нити је дужник може испунити нечим другим, нити повјерилац може захтијевати нешто друго, односно, уговорна обавеза се може угасити сагласношћу воља страна у облигационом односу или на основу закона.⁵

Исту правну судбину дијели и арбитражна клаузула у овим уговорима која, иако формално правно посматрано као самостална клаузула инкорпорирана у текст уговора, *de facto i de jure* представља самостални правни посао, тј. Уговор о арбитражи, без обзира да ли је закључен у форми компромисорне клаузуле, односно да се налази у тексту главног уговора, или у форми компромиса, који је настао накнадно по избијању спора на бази главног уговора.⁶

Дакле, закључење наведених споразума о удруживању средстава између јавних предузећа из бивших југословенских република ради изградње електроенергетског система и стављањем у њега компромисорне клаузуле о рјешавању спорова путем арбитраже при Заједници југословенске електропривреде, произвело је двоструку обавезу за уговорне стране. Прва се састоји у обавези странака да спор из правног односа предвиђеног арбитражним уговором повјере на расправљање и одлучивање арбитражи (позитивно дејство Арбитражног уговора, и друго), које се огледа у обавези уздржавања странака од обраћања државном суду ради рјешавања тог спорног односа (негативно дејство Арбитражног уговора)⁷.

То недвосмислено производи закључак, да су уговорне стране дужне, у случају постојања компромисорне клаузуле или компромиса, да спор

⁵ Поближе о томе видјети члан 307, став 1 Закона о облигационим односима, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 17/39, 3/96, 39/03, 74/04.

⁶ Поближе о томе видјети Јелена С. Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 2002. година, стр. 119.

⁷ Поближе о томе видјети Јелена С. Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 2002. година, стр. 152.

повјере на рјешавање арбитражи, а именоване арбитра има значај директног извршења обавезе из Арбитражног уговора. Неизвршавање ових обавеза је, како у домаћем, тако и у међународном праву, предвиђало санкције. Тако, на примјер, швајцарски Закон о међународном приватном праву предвиђа, да ће швајцарски суд одбити своју надлежност, осим ако Арбитражни суд не може да се конституише из разлога који су очигледно на страни туженог у арбитражи. Слична рјешења садржи шведски Закон о арбитражи, док Закон о арбитражи Мађарске, у случају да странка пропусти да именује свог арбитра у остављеном року, прописује, да ће арбитар бити именован од стране надлежног окружног суда. Према члану 475 бившег југословенског Закона о парничном поступку, прописано је да ако судија избраног суда не буде на вријеме постављен, а из уговора не произилази ништа друго, судију ће на приједлог странке поставити суд који би за спор био надлежан у првом степену да није закључен уговор о изабраном суду. Истовремено, овај Закон овлашћује страну верну уговору, да се обрати суду ради проглашења престанка Арбитражног уговора.⁸

САДРЖАЈ И КАРАКТЕРИСТИКЕ АРБИТРАЖНЕ КЛАУЗУЛЕ

Арбитражни споразум је врста уговора, којом се изражава сагласност воља странака да своје будуће спорове или већ настали спор имовинско-правне природе повјере на рјешавање одређеној арбитражи. Он представља основ за заснивање надлежности арбитраже и појављује се у два облика – као арбитражна клаузула (компромисорна клаузула) у рјешавању будућих спорова и као накнадни договор – компромис, о рјешавању спора који је већ настао у пракси. Дакле, ријеч је о различитим терминима, истог значења, у практичном смислу ријечи, мада у правној теорији о томе постоје различити приступи.⁹ Ово се понавља!

У том смислу, поред посебних, за уговор о арбитражи важе и општа правила тумачења уговора.

У већини самоуправних споразума о удруживању рада и средстава, који су били закључени осамдесетих година, поред регулисања међусобних права и обавеза везаних за удруживање средстава, и заједничко улагање, била је садржана и одредба (клаузула) о рјешавању спора. Неке од таквих клаузула су гласиле:

“Учеснице су сагласне да се спорна питања настала у току заједничке изградње и заједничког коришћења, која се не ријеше непосредно међусобним

⁸ Поближе видјети Јелена С. Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 2002. година, стр. 152 – 155. Слична рјешења садржи и наш ЗПП, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03.

⁹ Поближе о томе видјети М. Трајковић, Међународно арбитражно право, Београд, 2000, стр. 232, 233.

преговарањем, односно путем Координационог одбора, Заједничког одбора, рјешавају путем арбитраже код Заједнице југословенске електропривреде”.

Аутономија воље код оваквих споразума је доминантна компонента арбитражног рјешавања спорова, и из овако формулисане компромисорне клаузуле се недвосмислено да закључити, да су се уговорне стране определијелиле да њихов евентуални спор повјере арбитражи код Заједнице југословенске електропривреде, односно изабраном суду, који за разлику од државног суда, није институција државе. У случају постојања овако уговорене клаузуле, јасно је, да су се уговорне стране одрекле могућности рјешавања евентуалног спора пред државним судом и у том случају произилази, да је државни суд дужан да се изузме из надлежности за рјешавање таквих спорова. Суд је обавезан да приликом доношења одлуке о сопственој ненадлежности узме у обзир и цијени све околности сагласно начелу *in favorem contractus*, из кога произилази и примена принципа *in favorem arbitrum*, како би се испоштовала права воља самих страна из арбитражног споразума, али и интенција законодавца.

Изузев уговорних страна, потписника ових споразума, нико други није овлашћен да мијења одредбе уговора, а тиме и компромисорну клаузулу. Ако би тужилац поднио тужбу суду, умјесто арбитражи, а тужени не би истакао приговор ненадлежности, имало би се сматрати да су странке новом прећутном сагласношћу и индиректно ставиле ван снаге споразум о арбитражи. У међународном арбитражном праву постоји читав низ критеријума за означавање и разликовање правних дејстава арбитражног споразума. У том погледу се најчешће говори о позитивним и негативним ефектима тог акта, зависно од тога да ли се њима омогућава настанак неког права, или им се то право ускраћује.¹⁰

Као што је раније речено, позитивни ефект уговора полази од обавезе странака да свој спор повјере на рјешавање одређеној институционалној или *ad hoc* арбитражи и истовремено јој се дају овлашћења да компетентно одлучује о спору.

Негативно дејство арбитражног споразума исказује обавезе странака да свој спор не износе пред суд, односно да се уздржавају од обраћања државном органу ради рјешавања спора из арбитражног споразума.

Повјеравање спорног односа арбитражи на рјешавање, произилази из текста и духа арбитражног споразума, као најдиректнија последица закључења самог уговора, односно чињеница преузимања права и обавеза странака, односно потврда дјеловања начела облигационог права *acta sunt servanda*.¹¹

Овако утврђено правило, према коме се, у случају постојања компромисорне клаузуле, ускраћује надлежност државног суда у спору из арбитражног

¹⁰ Поближе о томе видјети: М. Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000, стр. 287.

¹¹ Поближе о томе видјети В. Поповић, Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи дио*, Бања Лука – Крагујевац, 2005, стр. 464.

споразума и самим закључењем арбитражног споразума државним судовима забрањује рјешавање тог спора, чиме се на још један начин уводи ред у домен судовања уопште, а арбитражном судству још једном потврђује самосталност.¹²

Процесно правни аспект овог правила се састоји у томе да се судови у току поступка на иницијативу странака, оглашавају ненадлежним када утврде да у том спору постоји арбитражни споразум, и да је, према томе, очигледна арбитражна надлежност.¹³

Идентична рјешења садрже и нека национална законодавства.

Овакав приступ нашао је своје мјесто и у међународним изворима арбитражног права, нпр. Женевском протоколу о арбитражним клаузулама из 1923. године, Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу арбитражних одлука из 1958. године, Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи из 1961. године, итд. Тако нпр. у циљу потврђивања обавезне снаге арбитражног споразума и његове основне престације, давања овлашћења његовом вијећу, члан 1 Женевског протокола о арбитражним клаузулама прописује:

„Свака од држава уговорница признаје важност компромиса и арбитражних клаузула.“

Члан 2 став 1 Њујоршке конвенције има још прецизнију одредбу, која гласи:¹⁴

„Свака држава уговорница признаје писмени уговор, којим се странке обавезују да ставе у надлежност арбитраже све спорове или неке од спорова који настају или би могли настати из одређених правних односа.“¹⁵

У том контексту треба посматрати постојање читавог низа националних прописа.

Међутим, нема никакве дилеме да право на измјену Споразума о удруживању средстава, а тиме и компромисорне клаузуле у њему, које су настале на основу усаглашене аутономије воље, не спада у надлежност суда, него је искључиво у надлежности страна. Наиме, само у случају постојања недопуштених уговорних, односно компромисорних клаузула, то би било могуће, али у конкретним случајевима није реч о томе. Дакле, странке су се на основу арбитражног споразума (клаузуле), определијиле да управо арбитража ријеша њихов спор (пророгација), и истовремено искључиле надлежност државног суда за суђење о том спору (дерогација). Овакво дејство арбитражног споразума је изричито признато националним законима појединих држава. Тако нпр. члан 438 Закона о парничном поступку Републике Српске предвиђа да „уколико су странке за рјешавање одређеног спора уговориле надлежност арбитраже,

¹² М. Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 2000, стр. 290.

¹³ М. Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 2000, стр. 290.

¹⁴ Поближе о томе видјети члан 2 став 1 Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године.

¹⁵ Поближе о томе видјети члан 1 Женевског протокола о арбитражним клаузулама из 1923. године.

суд коме је поднијета тужба ће се на приговор туженика огласити ненадлежним и укинута све радње у поступку, те тужбу одбацити.¹⁶

Овакво становиште је прихваћено и у арбитражној пракси, тако нпр. у предмету број Т-5/2000, Спољнотрговинска арбитража при привредној комори Југославије је заузела сљедећи став:

„Странке су, уговарајући надлежност арбитраже при Заједници југословенске електропривреде, изузеле из надлежности државне судове, као форуме рјешавања спора за случај да он настане из њиховог међусобног пословног односа.¹⁷

ПОСТОЈАЊЕ УГОВОРЕНОГ ОРГАНА ЗА РЈЕШАВАЊЕ СПОРА

Бивша Заједница југословенске електропривреде је имала статус пословне заједнице, а не државног органа, и била је регулисана Законом о удруживању у Заједницу југословенске електропривреде из 1978. године.¹⁸

Овај закон је остао на снази све до 2009. године, тј. до доношења Закона о престанку важења Закона о удруживању у Заједницу југословенске електропривреде.¹⁹

Међутим, чланом 2 наведеног Закона прописано је да „даном ступања на снагу овог Закона, права, обавезе, средства, документацију, предмете и запослене у Заједници југословенске електропривреде преузимају Јавно предузеће „Електропривреда Србије“, Београд, и Јавно предузеће „Електромрежа Србије“, Београд.

Дакле, не само да је Заједница југословенске електропривреде постојала у вријеме закључења Арбитражног споразума и да је она формално правно престала постојати, него су њени сљедници Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ и „Електромрежа Србије“ из Београда, преузимајући „права, обавезе, средства, документацију, предмете и запослене“ наставили континуитет бивше Заједнице југословенске електропривреде, па позивање тужиоца да спор не може провести арбитража пред установљеним тијелом, које је престало да постоји, губи правни смисао и искључује могућност примјене општих одредаба по мјесној и стварној надлежности, а према којима би за конкретни случај био надлежан суд.²⁰

¹⁶ Пближе о томе видјети члан 438 Закона о парничном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03, од 14. јула 2003.

¹⁷ Пближе видјети “Арбитража“, Часопис спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, 2003, стр. 135.

¹⁸ Пближе о томе видјети Закон о удруживању у Заједницу југословенске електропривреде, „Сл. гласник СФРЈ“, бр. 18/98.

¹⁹ Пближе о томе видјети Закон о престанку важења Закона о удруживању у Заједницу југословенске електропривреде, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 104/99.

²⁰ Пближе о томе видјети Рјешење Округног привредног суда у Бијељини, број 59 0 Пс 018507.

Полазећи од наведеног, не постоје препреке за примјену правила установљених компромисорном клаузулом, а ни рјешавањем предметног спора пред уговореном арбитражом.

УТИЦАЈ СПЕЦИФИЧНИХ ДРУШТВЕНИХ ОКОЛНОСТИ И ДИСОЛУЦИЈЕ СФРЈ НА ПУНОВАЖНОСТ И ДЕЈСТВО АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Ни измјене друштвених прилика које су се десиле у периоду од закључења Арбитражног споразума до подношења тужбе тужиоца, не могу бити довољан разлог манљивости Арбитражног споразума, а још мање аутоматског успостављања атракционе надлежности државног суда. У свим друштвеним приликама, привредни субјекти послују на принципу привредног рачуна, чија су одговорност, права и обавезе, одвојени од одговорности, права и обавеза државе њиховог сједишта. Држава не одговара за обавезе привредних субјеката, нити они одговарају за обавезе државе.

Са друге стране, арбитража је самосталан и независан недржавни орган, а њена надлежност се уговара слободном вољом странака, са циљем да ријешити настали спор. Клаузула о надлежности арбитраже се не може доводити у везу са питањем континуитета СФРЈ, јер арбитража није орган државе. Ваља нагласити да је овакав став општеприхваћен у арбитражној пракси (примјера ради видјети одлуку СТА при Привредној комори Југославије у Београду, бр. Т-43/92 од 2.6.1990. године, низ других одлука ове арбитраже и праксу Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације у Москви).

Ни чињеница да је спор сада добио обиљежје међународног спора, не може бити ваљан разлог за оспоравање валидности арбитражног споразума.

Тако, у условима професионалног обављања привредних дјелатности, привредни субјект може, вођен сопственом пословном логиком, нпр. промијенити мјесто свог сједишта после потписивања арбитражног споразума и преселити га из једне државе у другу, чиме би његов спор са партнером, са којим је у тренутку закључења арбитражног споразума, имао сједиште на територији исте државе, попримио међународни карактер. Та чињеница не може бити довољан аутоматски разлог за правну манљивост Арбитражног споразума. Приоритет при доношењу евентуалне одлуке о том питању, има орган за рјешавање спорова, чија је надлежност уговорена Арбитражним споразумом. Дакле, на првом мјесто, он има право и обавезу да одлучује о својој надлежности („компетенција-компетенције“), а тек након доношења такве арбитражне одлуке, постоји могућност њене накнадне судске контроле од стране надлежног државног суда. Ово је у складу са чланом 438 Закона о парничном поступку Републике Српске, којим је прописано да „уколико су странке за рјешавање

одређеног спора уговориле надлежност арбитраже, суд коме је поднијета тужба ће се на приговор туженика, поднесен најкасније у одговору на тужбу, огласити ненадлежним и укинути све радње у поступку, те тужбу одбацити.²¹

И у међународној пракси, у сличним ситуацијама, државни судови су заузели став да арбитражни споразум није неоперативан (неспроводив), чак и ако су стране погрешно постигле споразум о институционалној арбитражи која више не постоји, ако се додатним тумачењем уговора може показати да су стране жељеле да уговоре арбитражу.²²

И овдје, при томе, треба имати у виду да су странке уговориле надлежност арбитраже, из себи својствених пословних интереса и разлога, а не због специфичних друштвених околности и припадности истом државном систему.

ЗАКЉУЧАК

Арбитражни начин рјешавања спорова спада у такозване пријатељске начине рјешавања спорова и има читав низ предности у односу на рјешавање спорова пред судовима као органима државне власти. Арбитража није институција државе и држава ни на који начин не може утицати на њену неутралност. Она се уговара у форми компромисорне клаузуле и компромиса, зависно од тога да ли се уговара за будуће спорове или спорове који су већ настали. Арбитражна клаузула настаје на основу аутономије воље уговорних страна и постаје *de facto* уговор о арбитражи на којој се примјењују општа правила уговорног права. Клаузулу, као и сваки други уговор, могу једино мијењати сагласном изјавом воља уговорне стране. У случају постојања овакве клаузуле, суд коме је евентуално поднијета тужба, ће се на приговор туженика, поднесен најкасније уз одговор на тужбу, огласити ненадлежним и укинути све радње у поступку, те тужбу одбацити.

²¹ Поближе о томе видјети члан 438 Закона о парничном поступку Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, 58/03.

²² Поближе о томе видјети *Docket No. III ZB 70/10*. <http://arbitration.practicallaw.com/1-508-8515>
<http://arbblog.lexmarc.us/2012/08/where-shall-arbitration-be-compelled-if-the-greement-is-unclear-searching-for-a-better-solution/>

Academician prof. Vitomir Popović, LL.D.
Full professor of Law Faculty
Banja Luka University

LEGAL STATUS OF THE ARBITRATION CLAUSES DATING FROM THE TIME OF EX-YUGOSLAVIA

Summary

In this paper the author has contemplated an important legal issue related to the legal status of arbitration clauses set up in business agreements in the 80-ies and at the time of Socialist Federative Republic of Yugoslavia. The main consideration presented here is the possible existence of conflict between arbitration and court jurisdiction, with a special focus on the arbitration clauses for the exclusion of court jurisdiction in domestic and international law.

Key words: *arbitration agreement, exclusion of court jurisdiction, former Yugoslavia, autonomy of will of the Contracting Parties, the importance of arbitration clauses.*

О ПРИРОДИ ДОДАТНОГ РОКА ЗА ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРА

Проф. др Радован Д. Вукадиновић*

Апстракт: Остављање додатног рока, у коме дужник који није испунио уговорене обавезе може то да учини у новом року, је практично решење које је, са извесним разликама, прихваћено у свим националним и међународним изворима уговорног права. Основна сврха додатног рока је да уговорним странама пружи још једну шансу да испуне оно што нису испуниле у уговореном времену, или да поправе већ извршене обавезе. У том смислу додатни рок треба посматрати у систему правних средстава која су усмерена ка испуњењу и очувању уговора (*performance oriented remedies*). Али, ако дужник не испуни обавезе ни у додатном року, неуспешни истек додатног рока у посебним случајевима повреде, као што је неиспуњавање робе, омогућава другој страни да уговор раскине по једноставном и скраћеном поступку. Међутим, и у том случају, додатни рок сам по себи не даје другој страни ново право, већ се његовим неуспешним истеком остварује само услов за коришћење постојећих правних средстава.

Кључне речи: уговор, испуњење, одустанак од уговора, раскид уговора, неиспуњавање, додатни рок.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Додатни или накнадни рок као ново време које поверилац оставља дужнику да испуни уговорне обавезе које није испунио у редовном року данас је, са извесним разликама, прихваћен у свим националним и међународним изворима уговорног права.¹ Решења која су у том погледу прихваћена се разликују, између осталог, по томе да ли поверилац мора или може дужнику оставити додатни рок, као и у погледу схватања шта се подразумева под разумном дужином накнадног рока. Неке од ових разлика се правдају разликама које постоје између унутрашњих и међународних послова (посебно продаје), као и разлика-

* Универзитет у Крагујевцу и у Бањој Луци

¹ М. DiPalma, *Nachfrist* under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison, *International Contract Adviser*, Kluwer (Winter 1999), Vol. 5, No. 1, стр. 28-38; доступно на: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html>>

ма између различитих врста обавеза које могу бити повређене. У националним изворима, правила о додатном року су садржана у грађанским и трговачким законима као општа правила или као посебна правила за уговор о продаји. Од међународних извора, правила о додатном року садржи Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту Бечка конвенција), Европски принципи уговорног права, Унидроа принципи за међународне трговинске уговоре и Заједнички правила о упућивању.

Ипак, због обима и карактера, у раду ће бити анализирана само решења која су прихваћена у Бечкој конвенцији о уговорима о међународној продаји робе. Одабрана питања су обрађена у шест тачака, које су насловљене као: 1. додатни рок као услов за накнадно испуњење уговора, 2. додатни рок као услов за раскид уговора, 3. дужина додатног рока, 4. обавештење о одобреном датном року, 5. последице повреде додатног рока и 6. изјава о раскиду. У анализи наведених питања полази се од тезе да додатни рок нема моћ да трансформише постојећа, нити да ствара нова права и обавезе која се сматрају примарним правима из уговора о продаји, већ представља само услов за коришћење неких права или за извршење уговорних обавеза.

1. ДОДАТНИ РОК КАО УСЛОВ ЗА НАКНАДНО ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРА

Општа сврха остављања додатног рока код свих двострано теретних полова, па и код уговора о продаји робе, јесте да се другој страни (дужнику) пружи још једна шанса да испуни или поправи оно што није испунила или је лоше испунила у редовном року.² Код уговора о продаји, сврха додатног рока је да одржи уговор на снази у случају када би због повреде, посебно због неиспоруке робе или неплаћања цене, могао бити раскинут без додатног рока. Иако се додатни рок често истиче као услов за раскид уговора, додатни рок не представља ново и посебно правно средство, већ га треба посматрати, пре свега, заједно са постојећим правним средствима која су усмерена на испуњење уговора (*preformance oriented remedies*), а након тога у контексту права на раскид уговора.³ У контексту права на раскид уговора, одобравање додатног рока за испуњење повлачи посебан поступак раскида који је под утицајем немачког учења о *Nachfrist* или у складу са француским поступком *mise en demeure* скраћен и поједностављен.

² Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 509.

³ Вид. P. Viscasillas, The Nachfrist Remedy, Presented in "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (Collation of Papers at UNCITRAL -- SIAC Conference 22-23 September 2005, Singapore), Singapore International Arbitration Centre, стр. 89-102. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales6.html>

Са становишта интереса уговорних страна, сврха додатног рока може бити врло различита и зависи од тога у чему се састоји повреда обавезе коју је учинила друга страна, у овом случају продавац. Уобичајено је да се повреде које чини продавац деле на неиспоруку и на остале повреде. У случају неиспоруке робе, продавац је повредио време. Иако то није изричито наведено ни у једном од извора права, чини се да од наведених врста неиспуњења уговора, повреда времена има посебну природу, у односу на повреду места и начина испоруке. Ово и због тога што је једино време као физичка категорија, апсолутно, док су простор и начин релативног карактера. Апсолутни карактер времена се огледа у томе што се истекло време, које се у правном смислу мери уговореним роковима и доспелашћу, односно доцњом, након протекла не може вратити. Стога се не може говорити о поправци времена, тј. рока, на начин као што се може говорити о поправци испоручене ствари или поправци места испоруке (тако што би се роба из погрешног места вратила у уговорено). С обзиром да време не трпи поправку, могуће је једино одредити други нови рок у коме ће дужнику бити дата нова шанса за испуњење.

У осталим случајевима, повређено је место, начин испоруке или испоручена роба нема уговорена својства или друга лица имају одређене права, претензије или потраживања на испорученој роби. У свим наведеним случајевима купац може одобрити додатни рок са јединственом сврхом да се обавезе испуне или да се отклоне недостаци у испуњењу или несаобразност испоручене робе. Али, након истека додатног рока у коме продавац није испунио своје обавезе, настају различите последице, зависно од тога о којој и каквој је повреди реч.

Ако је продавац повредио рок испоруке, роба или није уопште испоручена, или је испоручен само један део. Потпуна неиспорука постоји у случају када продавац није уопште испунио уговорне обавезе, док је код делимичног испуњења испунио део обавеза, али не у потпуности. Код уговора о продаји делимично испуњење постоји кад је продавац о доспелости испоручио само део уговорене количине, као и кад је купац платио само део цене.

У случају неиспоруке, давање додатног рока има две функције.⁴ Прво, да купцу отклони сумње да неиспорука робе у предвиђеном року сама по себи аутоматски представља битну повреду уговора због које може одмах да раскине уговор, нити да ће се уговор раскинути *ipso conventionis*. За разлику од осталих повреда у којима купац *може* оставити накнадни рок, у случају неиспоруке, Конвенција обавезује купца који желе да раскине уговор да *мора* оставити додатни рок. Друго, ако купац не би оставио продавцу додатни временски период, његово право да тражи испуњење и продавчево право да испоручи робу у новом року би било немогуће реализовати. У том смислу додатни рок се третира

⁴ Will y: Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan Giuffrè (1987), стр. 344, тач. 2.1.2.

као „придružена” или „комплементарна одредба” праву да се захтева натурално испуњење или раскид уговора.⁵

И у ситуацији делимичне испоруке, купац који је примио део испоручене робе може продавцу оставити накнадни рок за испоруку преосталог дела. Ако у остављеном додатном року продавац не испоручи недостајући део, неће се применити правила о неиспоруци, већ о несаобразној испоруци. То практично значи да се таква повреда продавца не може аутоматски квалификовати као битна, тј. као неиспорука, већ то купац мора доказати. Само у случају потпуне неиспоруке, истек додатног рока у коме дужник није испунио своје обавезе аутоматски трансформише ранију повреду у битну повреду уговора.

У таквој је ситуацији супротно практичној, преовладала правна логика. Наиме, неиспорука робе, свакако, представља најтежу повреду коју може да учини продавац. У свим осталим повредама роба је или испоручена као несаобразна роба или постоји несаобразна испорука. Заједничко овим облицима неиспуњења уговора који представљају повреду уговора, је то, што је продавац испунио део обавеза чиме је пружио шансу купцу или да прихвати такву робу, па да задовољење оштећених интереса тражи у снижењу цене или у накнади штете или у поправци ствари (робе). Једино је у случају неиспоруке, купац у потпуности лишен свих очекивања које је имао од уговора, јер му уопште није испоручена ни несаобразна роба. И поред тога, таква повреда по самој Конвенцији није третирана као битна повреда уговора, без обзира што је сама обавеза испоруке сматрана фундаменталном.⁶ Неиспорука робе је једино сматрана “посебно озбиљном” повредом која ће се аутоматски трансформисати у “битну повреду” ако продавац не испоручи робу ни у накнадном року.⁷ У том контексту посматран, сврха накнадног рока у смислу немачког појма *Nachfrist*, је да купцу *онемогући да раскине уговор* само због тога што роба није испоручена на време,⁸ већ тек након што продавцу пружи нову додатну шансу.

⁵ У коментару члана 43. Предлога Конвенције из 1978. године, као и у коментару постојећег члана 63. Бечке конвенције (тач. 2 Коментара) употребљен је израз “companion”. Вид. V. Knapp, у коментару члана 63. Конвенције у: Bianca and Bonell, *н. дело*, тач. 2.2, стр. 459; С. Liu, *Additional period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law* (2nd ed), доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html>. Will, у коментару члана 47, у: Bianca and Bonell, *н. дело*, тач. 1.1, стр. 342, наводи да је реч о “комплементарном” члану.

⁶ Вид. Will, коментар уз члан 49, у: Bianca and Bonell, *н. дело*, стр. 363. Исто и В. Zeller, Editorial Remarks, Guide to Article 47&49(1)(b) Comparison with Principles of European Contract Law (PECL), доступно на <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp47.html>; U. Schroeter, Art. 25, у: Schlechtriem & Schwenzler: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (ed. I. Schwenzler), Oxford University Press, Oxford 2010, тач.37; ICC Arbitration Case No. 9978 of March 1999, CISG-online 708: “[a]n absolute failure to deliver the goods definitely constitutes a fundamental breach.”

⁷ Müller-Chen, коментар уз члан 49, у: Schlechtriem and Schwenzler (Ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press (2005, 2nd (English ed)), тач. 2.

⁸ В. Zeller, Editorial Remarks, Guide to Article 47&49(1)(b) Comparison with Principles of European Contract Law (PECL), доступно на <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp47.html>

Ипак, решења која у погледу дефиниције неиспоруке садржи Конвенција нису потпуно јасна. Појам потпуне и делимичне неиспоруке је преузет из правне теорије.⁹ Конвенција једино у члану 35. обавезује продавца да испоручи робу у “количини како је то предвиђено уговором...” Из места члана 35. и његовог наслова (саобразност робе и права или потраживања трећих лица) и из члана 51. Конвенције, може се закључити да се испорука мање или веће количине сматра испоруком. У питању је испорука несаобразне робе, а не неиспорука. Отуда се обавеза остављања додатног рока односи само на случајеве кад продавац уопште није испоручио робу, док код испоруке веће или мање количине купац може, али не мора оставити накнадни рок из члана 49(1)(а) Конвенције. И у осталим случајевима повреде *било које обавезе*¹⁰ купац може, али не мора оставити додатни рок. То практично значи и у случају кад је продавац извршио несаобразну испоруку и кад је испоручио несаобразну робу.

Остале повреде се манифестују као повреде места и начина испуњавања преузетих обавеза и обухваћене су општим појмом неиспуњења уговора. Тако, неиспуњење постоји и кад је продавац испоручио уговорену количину робе, али је то учино у погрешно место (друго место од оног које је уговорено), или на други начин у односу како је то уговорено (утоварио је робу на палубу уместо у магацин брода), или је ставио на располагање у складишту уместо поред индустријског колосека. Овакво неиспуњење се означава као *несаобразна испорука*. На крају, продавац може испоручити робу на уговорени начин, у уговореном времену и месту, али роба не поседује уговорена или уобичајена својства. И у таквим ситуацијама је дошло до испоруке, али се повреда састоји у *испоруци несаобразне робе*.¹¹ У свим наведеним случајевима додатни рок за испуњење се може, али не мора, одобрити. У случајевима одобравања, нови рок има за циљ да се отклони несаобразност испоруке или испоручене робе. Тек ако дужник то не отклони ни у додатном року, поверилац може размишљати о раскиду уговора. Међутим, безуспешним истеком рока раније учињена повреда се не трансформише у битну, већ дужник мора доказати њену тежину. Право на раскид није условљено давањем додатног рока. Поверилац који докаже да је несаобразном испоруком или испоруком несаобразне робе продавац учинио битну повреду уговора, може тражити раскид уговора и без остављања накнадног рока. Терет доказивања да је учињена битна повреда уговора након безуспешног истека додатног рока остаје на купцу и кад је одобрио накнадни рок. То практично значи да тежина повреде и са тим повезане последице неуспешног истека додатног рока нису унапред одређени (као код неиспоруке),

⁹ Вид. Müller-Chen, коментар уз члан 51, у: Schlechtriem and Schwenzler (Ed), *Commentary* (2005), *н. дело*, стр. 609. марг. бр. 5. и 6. М. Драшкић и М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 362-363.

¹⁰ Вид. члан 47(1) Бечке конвенције.

¹¹ Детаљније у М. Драшкић и М. Станивуковић, *н. дело*, стр. 318-362; А. Ћирић и Р. Ђуровић, *Међународно трговинско право, посебни део*, Ниш, 2005, стр. 69-74; Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 523-525.

већ се одређују зависно од тога да ли су очекивања уговорних страна испуњена или нису. Ако је дужник у додатном року испоручио робу, отклонио несаобразност или несаобразну испоруку учинио саобразном (излечио повреду уговора), уговор се сматра испуњеним, али са закашњењем. У том случају повериоцу стоји на располагању захтев за накнаду евентуално настале штете. Ипак, чак и када је давање додатног рока испунило очекивања и довело до испуњења уговора, будући да је провобитно време за испуњење неповратно истекло, не могу се спречити последице доцње. Доцња као прекорачење времена настаје независно од воље уговорних страна. Уговорне стране се једино могу договорити о правним последицама доцње (у смислу ублажавања или пооштравања). При томе, важи правило да се самим одобравањем додатног рока, дужникова доцња повећава и дужник не може избећи ни исправити њене последице испуњењем обавеза у новом року. Ипак, ни у једном праву задоцњење са испоруком није аутоматски санкционисано накнадом штете. Стога није довољно само навести да је продавац закаснио са испоруком, већ купац мора доказати и да је због тога претрпео штету. Ово правило важи чак и код фиксних уговора, тј. уговора код којих је рок испуњења обавеза предвиђен као битан елеменат уговора. Повериоци код таквих уговора могу истеком рока раскинути уговор, али се накнада штете због раскида може добити само ако се докаже да је до штете заиста и дошло.

Подразумева се, међутим, да продавац сноси трошкове настале извршењем својих обавеза у додатном року. Са друге стране, од момента одобравања па до истека додатног рока, купац не може користити друга средства која су предвиђена за повреду уговора, изузев ако не прими обавештење од продавца да неће извршити своје обавезе до истека тог рока. Тако, на пример, купац који је тражио испоруку нове робе или поправку испоручене, не може истовермено у том року тражити снижење цене или сам поправити робу. Ипак, купац због тога не губи право да због доцње продавца захтева накнаду штете.¹²

Иако се из формулације члана 47(1) Конвенције, може закључити да се додатни рок¹³ може одобрити за извршење *било које обавезе*,¹⁴ у пракси се најчешће рок даје ако продавац *није испоручио* робу (за задоцњење у испоруци).¹⁵

Право да захтева испуњење уговора у додатном року има не само купац, већ и продавац. Право продавца на накнадну (нову) испоруку или отклањање несаобразности у извршеној испоруци и право купца на раскид уговора као конкурентна правна средства познају и Бечка конвенција и Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО). Тако је у члану 48. Конвенције предвиђено

¹² Чл. 47(2). Конвенције.

¹³ С. Перовић, *н. дело*, стр. 509.

¹⁴ Müller-Chen, у: Schlechtriem and Schwenzler, *н. дело*, стр. 553. марг. бр. 1.

¹⁵ J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer, 1999, стр. 213, тач. 228.

право продавца да, ако то није у супротности са чланом 49 (тј. са правом на раскид уговора) на свој трошак отклони свако неизвршење својих обавеза ако је у стању да то учини без неразумног одлагања и без доношења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му накнадити трошкове које је с тим у вези имао. И према одредбама члана 126(1) ЗОО, у уговорима у којима испуњење обавеза у одређеном року није битан састојак уговора, дужник задржава право да и после истека роке испуни своју обавезу. Тако продавац може испоручити робу у потпуности или само њен део након истека уговореног рока *и кад му купац није оставио додатни рок*, али није изјавио да раскида уговор. Таква задоцнела испорука се сматра несаобразном испоруком коју купац не може одбити да прими, осим ако му изазива неразумне непогодности или неизвесности.

2. ДОДАТНИ РОК КАО УСЛОВ ЗА РАСКИД УГОВОРА

Уговор о продаји могу раскинути и продавац и купац. Право продавца да раскине уговор је регулисано одредбама члана 49. Бечке конвенције, док је право купца на раскид регулисано у члану 63. Конвенције. У наведеним члановима су регулисани случајеви раскида због непуњења доспеле обавезе од стране продавца и купца. Осим у овим случајевима, уговор се може раскинути и у случају антиципативне повреде уговора (чл. 72. Конвенције) и у случају повреде уговора са узастопним испорукама (члан 73. Конвенције).¹⁶ Зависно од врсте и тежине повреде, уговор се може раскинути са и без остављања накнадног рока. Остављање додатног рока је предвиђено у случају кад продавац није испоручио робу и у случају кад купац није платио цену или преузео испоруку. Након безуспешног истека наведених рокова купац и продавац могу, али не морају да траже раскид уговора. Ако се одреде за раскид, уговор се не раскида сам по себи (*ipso iure* или *ipso conventionis*)¹⁷, већ одговарајућом изјавом.¹⁸ Подразумева се без доказивања битне повреде из члана 25. Конвенције.¹⁹

Из овог општег правила могло би се закључити да ћутање повериоца у дужем временском периоду након истека додатног рока даје право дужнику (продавцу) да испуни обавезе као и да није било накнадног рока. Овакво тумачење се темељи на правилу које је као опште прихваћено у Бечкој конвенцији, да се чак ни у случају тзв. фиксних уговора уговор не може аутоматски раскинути, па се све док то друга страна не изјави сматра да је уговор на снази. Због међународног карактера уговора о продаји, чак се ни конкluentне радње

¹⁶ Вид. I. Schwenzer, The Right to Avoid the Contract, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LX, 2012, No. 3, стр. 208; U, Magnus, The Remedy of Avoidance of Contract under CISG – General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, Vol 25(2005-2006)423, стр. 425.

¹⁷ Will, у: Bianca/Bonell, *н. дело*, стр. 344, тач. 2.1.1.

¹⁸ Вид. чл. 49(1)(б). Конвенције.

¹⁹ Müller-Chen, *н. дело*, стр. 554, марг. бр. 1.

повериоца из којих би се могло закључити да купац нема интереса да одржи уговор на снази, не би могле тумачити као изјава о раскиду. Ово из практичних разлога, јер је тешко доказати са којом намером су предузимане конклюдентне радње, посебно кад су радње предузете у другој држави. У том смислу би ваљало тумачити одредбу члана 26. Конвенције да изјава о раскиду производи правно дејство једино “ако је о њој обавештена друга страна.” На овакво тумачење упућују и одредбе члана 48(1). Конвенције, којима је продавцу дато право да у случајевима када то није у супротности са чланом 49 (о раскиду уговора) може и после истека рока за испоруку, на свој трошак “отклонити свако неизвршење својих обавеза...”

Ипак, без обзира што давање накнадног рока служи да омогући и натурално извршење и раскид уговора, накнадни рок не представља ново правно средство, већ највише “подврсту вансудског права да се захтева натурално испуњење” уговора.²⁰

3. ДУЖИНА ДОДАТНОГ РОКА

Купац може одобрити додатни рок тек након што истекне уговорени или разумни рок. То не мора бити само један рок. Купцу је остављена слобода да након истека првог, одреди и нове додатне рокове. Али, ако је продавац пре истека уговореног рока изјавио да неће испунити обавезе о року, као и кад то произилази из осталих околности, нема сврхе да му купац оставља додатни рок. Додатни рок који се одобрава мора бити „оперативан”, тј. у њему мора бити фиксирано време и мора садржати захтев за испуњењем.²¹

У погледу времена, купац може трајање рока одредити тако што ће навести или *фиксирати* тачан датум, на пример, до 20. маја. Пошто прописима није одређена његова дужина, очекује се да рок мора бити разумне дужине. Правило о разумном року би требало применити не само у случају када се уговорне стране нису о томе договориле, већ и када је купац одредио сувише кратак рок.²² Сувише кратак рок се сматра „неоперативним” па га продавац може продужити на разумно време. У оба случаја дужник може рачунати на рок разумне дужине. У случају неиспоруке, тако одређен рок не може бити краћи од рока који је разумно потребан за испоруку узимајући у обзир околности конкретног случаја, али и уобичајени начин поступања у тој области.²³

²⁰ P. Viscasillas, *н. чланак*, стр. 90.

²¹ Müller-Chen, *н. дело*, стр. 555, марг. бр. 5.

²² О томе опширније у домаћој литератури Ј. Перовић, *Битна повреда уговора, међународна продаја робе*, Београд, 2004, стр. 212-215.

²³ Међутим, Honnold, *н. дело*, тач. 289. и J. Lookofsky, Article 48. Seller's Right to Cure After the Delivery Date, Excerpt from “*The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*,” доступно на <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo48.html>. сматрају да су за дужину разумног рока кључна купчева очекивања.

Код одређивања дужине рока полази се од претпоставке да продавац располаже робом и да му је потребно времена само да уради оно што је обухваћено појмом испоруке, а не да производи или да тек набавља робу. У сваком случају, временски период који се сматра разумном дужином за испуњење се одређује у зависности од околности случаја и природе робе. Обавештење о томе се не мора дати у посебној форми. Међутим, не препоручује се усмено саопштавање због каснијег доказивања.

Осим што у обавештењу о одобравању додатног рока мора одредити његово трајање, поверилац мора навести и да захтева испуњење конкретне обавезе (да одобрава рок за испуњење).

4. ОБАВЕШТЕЊЕ О ОДОБРОМ ДОДАТНОМ РОКУ

О одобреном додатном року поверилац мора обавестити дужника. Конвенција не садржи посебна правила о томе шта би требало да садржи обавештење, у којој форми мора бити и на који начин мора бити обавештена друга страна, па се примењују општа правила и правила из члана 27. Конвенције. У погледу форме обавештење може бити учињено у било којој форми: усменим²⁴ или писаним путем, али мора бити учињено *на поуздан начин*. У погледу времена, пошто се сматра да је додатни рок остављен у корист продавца, обавештење послато поштом путује на ризик продавца (дужника). Отуда задоцњење или грешка у преносу саопштења или чињеница да саопштење није стигло не лишава купца права да се на то саопштење позива. То практично значи да је у случају спора купац дужан да докаже једино да је обавештење послао (на поуздан начин), али не и да га је продавац добио.²⁵ Ово обавештење треба разликовати од изјаве о раскиду уговора из члана 26. Конвенције, која се такође даје у форми обавештења, али производи дејство тек ако је о њој обавештена друга страна, тј. тек кад јој је стигла изјава/обавештење.

У теорији и пракси, међутим, нема јединственог схватања да ли поред фиксирања додатног периода у обавештењу мора бити наведено и *упозорење* да је то последња шанса или крајњи рок за испуњење уговора²⁶ и да ће након неуспешног истека таквог рока купац одустати од уговора. Према једном схватању које се чини оправданим, у случају неиспоруке робе код уговора код којих рок није уговорен као фиксни, купац није дужан да даје такво упозорење и након истека датог рока може раскинути уговор. Довољно је у обавештењу

²⁴ CLOUT Case No. 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 6 Feb. 1996], објављено у *Recht der Wirtschaft* (RIW) 203 (1996).

²⁵ Müller-Chen, *н. дело*, стр. 559, марг. бр. 13; U. Magnus, *н. чланак*, стр. 427.

²⁶ О различитим ставовима вид. С. Liu у: *Pace International Law Review*, The Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2004-2005, Sellier, European Law Publishers, 2006, стр. 21. и даље. У домаћем праву вид. С. Перовић, *н. дело*, стр. 510.

о остављеном року фиксирати датум.²⁷ Ако жели да користи право на раскид, купац то право црпи из Конвенције независно од тога што то није навео у обавештењу.

Према другом, схватању, да би се обавештење сматрало оперативним, поверилац мора упозорити дужника да ће у случају неиспуњења раскинути уговор.²⁸ У сваком случају сувише љубазна форма се не препоручује.²⁹

Ово схватање се тешко може прихватити и због тога што би се једностраном изјавом у обавештењу о давању додатног рока променила раније постигнута уговорна сагласност, а додатном року би се признала моћ да једностраном изјавом трансформише карактер раније преузетих уговорних обавеза. Наиме, закључивањем уговора уговорне стране су свакој обавези определиле карактер: као битне или друге обавезе. За оне обавезе којима нису одредиле карактер то произилази из природе посла и околности случаја. Тако се стране могу договорити да ће рок испоруке бити битан елеменат уговора, или ће такав карактер произилазити из природе посла. Са таквим сазнањем стране приступају испуњењу преузетих обавеза. Ако нека од страна не испуни тако преузете и дефинисане обавезе, накнадно одобреним роком се не може једнострано променити карактер обавезе, већ дати само нова шанса да се у додатном року под истим условима који су и раније важили испуни обавеза. Стога нема потребе да у обавештењу о додатном року поверилац упозорава дужника да му је то последња шанса за испуњење. Природа и значај додатног рока су дефинисани Конвенцијом. То даље значи да се у случају безуспешног истека додатног рока стране могу користити у Конвенцији предвиђеним правним средствима независно од непостојања упозорења. Услови за раскид уговора су одређени Конвенцијом и не могу се мењати једностраним саопштењем о додатном року. У супротном, то би значило да купац који у обавештењу није то назначио не може раскинути уговор ако му продавац не испоручи робу ни у накнадном року. Другачије речено, купац није дужан да се у обавештењу о остављеном додатном року унапред изјасни којим ће се правним средством користити након истека додатног рока. Довољно је да захтева испуњење уговора.

²⁷ Albert H. Kritzer's editorial remarks to ICC Arbitration Case No. 7585 of 1992; Enderlein/Maskow, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, коментар F. Enderlein и D. Maskow. Oceana Publications, 1992. доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>. стр. 238; Knapp, коментар чл. 63. у: Bianca и Bonell, *н. дело*, стр. 461.

²⁸ Вид. Müller-Chen, коментар чл. 47-49 у: Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, Ed. I. Schwenzer, Oxford University Press, 2010., стр. 726, тач. 5; J. Honnold, *Uniform Law For International Sales*, Edited and updated by Harry M. Flechtner. Kluwer Law International, 2009., тач. 289. и Will, коментар чл. 25, 47, 48. и 49. CISG у: Bianca and Bonell, *н. дело*, стр. 345.

²⁹ P. P. Viscasillas, *н. чланак*, стр. 97; M. Bygum, *Extension and Limitation of the Buyer's Right to Avoid the Contract Under the CISG, RETTID 2010/Specialaefhandling 2*, стр. 15. Као пример сувише љубазног или учтивог захтева можемо навести формулацију: "били бисмо Вам веома захвални ако бисте уговорену робу испоручили до 20. маја..."

У сличној ситуацији купац се налази и кад му је продавац испоручио несаобразну робу. И у саопштењу о несаобразности купац мора прецизирати у чему се састоји несаобразност и мора јасно навести шта жели да му продавац учини да би отклонио несаобразност: да му замени ствар, испоручи недостајући део, изврши поправку и слично. Међутим, није дужан да се унапред изјасни којим којим ће се правним средством користити ако продавац не отклони несаобразност. Ипак, то не значи да у таквом *комбинованом* обавештењу о давању додатног рока купац не може ставити и упозорење да ће у случају неиспоруке раскинути уговор. Дејство таквог упозорења је у томе што се након неуспешног истека рока уговор сматра раскинутим без посебне изјаве о раскиду, будући да је садржана у обавештењу о додатном року.

5. ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ ДОДАТНОГ РОКА

У случају *неиспоруке*, ако продавац не испоручи робу или недостајући део робе ни у додатном року разумне дужине, или изјави да је неће испоручити у тако одређеном року, купац може раскинути уговор.

У *осталим случајевима* који се односе на *испоруку несаобразне робе*, купац може раскинути уговор *без остављања накнадног рока*, ако *докаже* да је дошло до *битне повреде* уговора. Од овог правила су предвиђена два изузетка:³⁰ ако је недостатак откривен пре одашиљања и због тога купац одбије да прими такву робу и у случају продаје ускладиштене робе у току превоза, ако продавац на време не обезбеди купцу документе који су му потребни да располаже робом.

Када је реч о уговорима *са сукцесивним испорукама*, према Конвенцији УН, поверилац има право да због неизвршење било које обавезе дужника у односу на било коју сукцесивну испоруку, раскине уговор за будуће уколико може основано закључити да ће доћи до битне повреде уговора у односу на будуће испоруке.

Раскид уговора пре истека рока. Према Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе, уколико је пре истека рока за извршење уговора јасно да ће једна страна учинити битну повреду уговора, друга страна може изјавити да раскида уговор.³¹ Другим речима, када се у року предвиђеном за извршење уговора једна страна понаша тако да је очигледно да своје обавезе неће испунити онако како је то уговором било предвиђено, друга страна може *одложити* извршење својих обавеза или, уколико би услед тог неиспуњења за њу могла настати штета која је суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора може изјавити да *раскида* уговор. Раскид уговора пре истека

³⁰ Müller – Chan, *н. дело*, тач. 17.

³¹ Чл. 72. ст. 1 Конвенције УН о међународној продаји робе.

рока представља специфично правно средство које се може применити на сваки уговор са трајним извршењем обавезе и има за циљ да савесној уговорној страни пружа могућност да благовремено реагује и заштити се против будуће повреде уговора, као и да се сама ослободи обавезе извршења.³² Поред тога, раскидом уговора пре истека рока се може умањити и штета проузрокована неизвршењем.

Бечком конвенцијом је право на антиципативни раскид уговора предвиђено у два случаја:

1. када будућа битна повреда уговора постане *евидентна*³³;
2. кад друга страна *изјави* да неће испунити своје обавезе³⁴.

Између ова два облика раскида уговора постоје значајне разлике. У случају будуће битне повреде уговора, основ за раскид је претпоставка заснована на општем држању дужника из кога произилази да неће извршити своју обавезу у току рока за испуњење. У другом случају раскид се заснива искључиво на изјави дужника о одбијању извршења.³⁵

Друга разлика, је у томе, што је у случају будуће битне повреде уговора поверилац, који намерава да раскине уговор, обавезан да, ако расположиво време то допушта, пошаље дужнику разумно обавештење о томе како би му омогућио да пружи довољно обезбеђење да ће уредно извршити своје обавезе.³⁶ У случају када дужник изјави да неће извршити своју обавезу поверилац нема обавезу да достави обавештење дужнику о намери да раскине уговор. На основу изјаве дужника да неће извршити своју обавезу, јасно је да неће пружити обезбеђење у правцу испуњења уговора. У овом случају се право на раскид уговора заснива на дужниковом озбиљном, изричитом и недвосмисленом одбијању извршења обавезе, што конституише битну повреду уговора и представља основ за раскид с обзиром да више нема сагласности воља као извора обезбеђивања уговорних страна.³⁷

6. ИЗЈАВА О РАСКИДУ

Да би купац могао да раскине уговор након истека додатног рока мора то *изјавити* и о томе *обавестити* продавца (*изјава о раскиду*).

Пошто у Конвенцији није прихваћено решење из Хашког једнообразног закона о аутоматском раскиду, страна која жели да раскине уговор мора то учинити посебном изјавом. Изјава о раскиду може бити дата у било којој форми

³² Ј. Перовић, Раскид уговора пре истека рока, *Правни живот*, 11/02, стр. 434.

³³ Чл. 72. ст. 1 Конвенције о међународној продаји робе.

³⁴ Чл. 72. ст. 3 Конвенције.

³⁵ Ј. Перовић, *н. дело*, стр. 435.

³⁶ Чл. 72. ст. 2 Конвенције о међународној продаји робе.

³⁷ Ј. Перовић, *н. дело*, стр. 441.

(усмено или писано) и о њој мора бити обавештена друга страна.³⁸ Међутим, ризик преноса лежи на страни која је повредила уговор, у овом случају на продавцу.³⁹

То практично значи да се уговор неће сматрати раскинутим самим истеком додатног рока за извршење, чак и када је битна повреда очигледна. Једино ако купац у обавештењу о додатном року изјави продавцу да ће уговор бити раскинут ако продавац не испуни своје обавезе у том року није потребно додатно обавештење о раскиду. Овде је реч о *комбинацији* обавештења о давању накнадног рока из члана 47. Конвенције, са обавештењем о раскиду, из члана 26. Конвенције.⁴⁰

Што се тиче дужине рока у коме се мора дати изјава о раскиду, потребно је разликовати раскид уговора пре испоруке и након испоруке робе.

У случају кад роба није *неиспоручена*, купац може чекати продавца да испоручи робу толико дуго колико има интереса за то, без обзира да ли је у питању битна повреда уговора или повреда накнадног рока. То значи, да *није преклудиран било којим роком* у коме мора саопштити своју изјаву о раскиду уговора. *Путовањем* купац не губи право на раскид уговора, већ само одлаже његово остварење и то може чинити све док му право из уговора не застари.⁴¹ Рок застарелости може бити одређен националним правом или Конвенцијом УН о застарелости у међународној продаји робе.⁴² Међутим, ако купац сувише дуго чека и ни на који начин не захтева ни испуњење ни раскид уговора, неће изгубити право да раскине уговор, али *може изгубити право на накнаду штете* ако би то било у супротности са начелом савесности и поштења. Исто тако, купац није дужан да изврши ни куповину ради покрића, без обзира што чекање повећава штету коју ће продавац платити. Ову неизвесност може прекинути продавац обавештењем о томе шта намерава да учини.

У другом случају, када је продавац *испоручио* робу, купац мора раскид уговора изјавити у *разумном* року. Разумни рок почиње да тече у односу на задоцнелу испоруку од тренутка када је сазнао да је испорука извршена.

³⁸ Чл. 26. Конвенције.

³⁹ Чл. 27. Конвенције. Вид. и Hornung у коментару члана 26. Конвенције, стр. 304, марг. бр. 12 у: Schlechtriem & Schwenzler: *Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG)*, 2005.

⁴⁰ Овакво решење је предвиђено у члану 7.1(3) UNIDROIT принципа и члану 3:106(3) EPCL.

⁴¹ Вид. и С. Перовић, *Облигационо право*, н. дело, стр. 511. У том смислу је одредбама члана 500. ЗОО, прописано да права купца који је благовремено обавестио продавца о постојању недостатака се гасе по истеку једне године, рачунајући од дана одашиљања обавештења продавцу, изузев ако је продавчевом преваром купац био спречен да их употреби. У истом смислу и В. Поповић, *Правни аспекти доцње продавца са испоруком робе*, Бања Лука, 2000, стр. 108. Müller-Chen, *н. дело*, стр. 586, марг. бр. 27, наводе да у случају кад продавац није испоручио робу купац задржаво право на раскид без временског ограничења. Слично, иако не и изричито, и J. Honnold, *н. дело*, стр. 330, тач. 307, наводи да купац *може* одложити раскид све док роба не буде испоручена.

⁴² У Конвенцији је као општи рок застарелости предвиђене четири године, чл. 8. У земљама општег права овај рок износи шест година.

У односу на било коју *другу повреду*, сем задоцнеле испоруке, на пример у случају несаобразне испоруке или повреде обавезе предаје докумената, разуман рок почиње да тече пошто је сазнао или је морао сазнати за повреду или, по истеку сваког додатног рока, или након што је продавац изјавио да неће извршити своје обавезе у додатном року. Ако је додатни рок одредио продавац, у складу са ставом 2. члана 48. Конвенције, по истеку тог рока, или пошто је купац изјавио да неће прихватити извршење.

Иако се дужина разумног рока може одредити на различите начине и зависи од околности сваког случаја, код задоцнеле испоруке овај рок, „мање или више значи *одмах или без одлагања*,”⁴³ у односу на наведене моменте. Код повреде *других* обавеза, овај рока мора бити дужи, јер обухвата и „друге аспекте,” што у случају испоруке несаобразне робе укључује и рок за обавештавање о самој несаобразности.⁴⁴ Ако купац не раскине уговор у овако одређеном разумном року, губи право на раскид уговора.

Купац који раскида уговор због било које испоруке, може истовремено изјавити да раскида уговор за већ примљене испоруке или за будуће испоруке, уколико због њихове међузависности извршене испоруке не би могле да се користе за сврху коју су стране имале у виду приликом закључења уговора.⁴⁵

Summary

Leaving the additional period of time in which the debtor has failed to fulfill a contractual obligation to do them in the new term is a practical solution that, with some differences, accepted in all national and international sources of contract law. The main purpose of the additional period that to provide contracting parties a second chance to fulfill what they did not meet in the agreed time or to improve already made commitments. In this sense, additional time should be considered in the system of remedies that are geared towards performance and maintaining the contract (performance oriented remedies). But if the debtor fails to meet the obligations in the additional period, unsuccessful expiration of any additional period in special cases of breach, such as non-delivery of goods, gives to the other side to terminate the contract by a simple and short procedure. However, in this case, an additional term in itself does not gives the other side a new right, but his fruitless expiry realized only requirement for the use of existing remedies

Keywords: *contract, performace, cancellation of contract, breach of contract, nondelivery, an additional term.*

⁴³ F. Ederlein and D. Maskow, *н. дело*, стр. 93.

⁴⁴ Müller-Chen, *н. дело*, стр. 589, марг. бр. 31. и 32.

⁴⁵ Чл. 73. ст. 3 Конвенције УН о међународној продаји робе.

ИЗВОРИ ПРАВА СПОЉНЕ ТРГОВИНЕ¹

Проф. др Александар Ћирић*

Апстракт: Традиционални интерес држава да нормативно уређују спољнотрговинско пословање својих привредних субјеката, у савременим условима, се остварује на нови начин. Он подразумева коришћење оригиналног и деривативног метода настанка извора права спољне трговине. Међународно-правне норме све интензивније постају елемент корпуса националног спољнотрговинског режима држава. Посебан утицај у том смислу имају правне норме споразума, постигнутих у оквиру права Светске трговинске организације. Аксиом неопходности учешћа националних привреда у међународној трговинској размени, а следствено томе и поштовање права СТО, као генератору глобалног нормативног оквира такве размене, подразумева „самоцензуру“ циљева и средстава националних политика у складу са правилима „светског трговинског права“ („права СТО“). При томе, није чак значајна ни чињеница, што земља није формално чланица ове Организације. Тако, из Закона о спољнотрговинском пословању и других извора права спољне трговине Србије, произилази да се мере ограничења међународног трговинског промета, доносе, спроводе и тумаче у складу са принципима Закона, као и са правилима СТО, прописима ЕУ и обавезама из међународних споразума (чл. 12. Закона).

Кључне речи: извори права, право спољне трговине, Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије, слободнија трговина, мере спољнотрговинске заштите и ограничења, принцип пропорционалности.

* Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

1. НАЦИОНАЛНИ ПРОПИСИ КАО ИЗВОР ПРАВА СПОЉНЕ ТРГОВИНЕ

1.1. Метод изградње националних правних норми

Државни механизам креирања спољнотрговинског законодавства се традиционално ослањао на норме са јавно-правним карактером, које потичу из административног права, а односе се на међународни трговински промет.² Извори ове врсте су истовремено и средство реализације економске политике једне земље, у области њених спољнотрговинских односа.

Суверено право државе да регулише спољнотрговинску делатност трпи два значајна вида релативизације:

а) интерна релативизација, када држава или њен економски савез (царинске уније и други облици интеграција), својим законодавством допуштају правним субјектима других држава да учествују у трговинској размени на њеном домаћем тржишту, и

б) екстерна релативизација, која подразумева прихватање међудржавних споразума, којима се држава обавезује да усклади прописе са преузетим обавезама са међународног нивоа.³

Оба облика релативизације се међусобно прожимају и чине два дела исте целине - формално-правног оквира спољне трговине. Тако на пример, међународним уговором признат статус националног третмана у трговинским стварима, овлашћује субјекте из једне државе уговорнице да се користе правима правних субјеката, који су под суверенитетом друге државе уговорнице. Такође, прихватањем одредби једног међудржавног уговора, који предвиђа уклањање царинских баријера, држава се обавезује да одредбе свог спољнотрговинског законодавства усклади са преузетим обавезама.⁴

Дакле, традиционални интерес држава да нормативно уређују спољнотрговинско пословање својих привредних субјеката, у савременим условима, се остварује на нови начин. Он подразумева коришћење оригинерног и деривативног метода поступања.

² Држава том врстом извора утврђује: режим увоза и извоза робе; промет услуга; међународни платни промет; опредељује царински режим; регулише кредитне односе са иностранством; одређује правни режим обављања делатности страних фирми на својој територији; установљава режим иностраних инвестиција и улагања, као и читав низ других питања.

³ Више о томе: А. Тирић, Међународно трговинско право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр.184.

⁴ Р. Ђуровић, А. Тирић, Међународно трговинско право, Општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2005, стр. 210.

Оригинерни метод се заснива на независном статусу националног законодавца у поступку доношења законских и подзаконских државних аката. Он је резултат вршења законодавне власти и независног легислативног капацитета држава.

За разлику од оригинерног, деривативни метод, у изградњи националних извора права, се остварује учешћем државе, преко њених представника, у раду на доношењу међународних мултилатералних и универзалних међународних конвенција и других аката, који се ратификацијама инкорпоришу у националне правне системе. Деривативни начин изградње националних прописа се заснива на тзв. “*top-down*” приступу, на основу кога се решења међународних докумената (“*top*”, врх), инкорпоришу “ниже (“*down*”), у национална законодавства (“*incorporation by reference*”).⁵ У пракси се полако, помало и у све већој мери потискује оригинерни начин нормативне изградње националног правног режима.

Тако, на пример, у ст. 1. члана 1. Закона о спољнотрговинском пословању Републике Србије се истиче: „Овим Законом се уређује спољнотрговинско пословање, у складу са правилима СТО и прописима ЕУ“.⁶ На тај начин, национално законодавство Србије изричито прихвата право ових организација као елементе права националног спољнотрговинског режима.

Поред тога, и друге међународно-правне норме у овој области улазе у корпус елемената националног спољнотрговинског режима држава. Тако се у Закону о царинској тарифи Србије⁷ наводи: „Сврставање робе у Царинску тарифу представља одређивање тарифног става за ту робу, у складу са овим Законом. На основу Закона о царинској тарифи, одлуке о сврставању, које је донео Међународни комитет за хармонизовани систем (*Harmonized System Committee*), а које је као класификациона мишљења у складу са чланом 8. став 2. Међународне конвенције о хармонизованом систему назива и шифарских ознака робе⁸, потврдила Светска царинска организација, обавезне су за примену, као и одлуке о сврставању робе објављене у „Службеном листу Европске уније” („*Official Journal of the European Union*”).⁹

⁵ Супротан овом, је систем “*bottom up*”, који се на основу компромисног прихватања решења националних правних извора, долази до међународних правних докумената. Ова метода је карактеристичнија за усвајање извора права посебног дела МТП. Типичан пример извора те врсте је Конвенција о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција). О овоме видети: А. Ђирић, *Transnacionalni trgovinski pravni sistem, Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava, Tematski zbornik radova, sveska 2, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, 2010, str. 317-336.*

⁶ Видети: Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије, („Сл. Гласник РС”, бр. 36/09, 36/2011 и 88/2011). Закон је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије”, а примењује се од 1. фебруара 2012. године (члан 24. Закона).

⁷ „Сл. гласник РС”, бр. 62/2005, 61/2007 и 5/2009.

⁸ „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, бр. 6/87, 14/91 и „Службени лист СРЈ”, број 2/97.

⁹ Видети члан 3-а Закона о царинској тарифи Србије.

1.2. Закони као извор права

Као што је већ поменуто, ПСТ чини скуп правних норми **когентне** правне природе.

Закони су најважнији извор права ове гране, и израз су стратешких одређења у спољнотрговинској регулативи сваке земље.

У упоредном праву постоје **три модела** законског регулисања спољне трговине.

Прво, спољнотрговинско пословање, као најзначајнији сегмент спољне трговине, регулише се једним системским законом, док су друге релевантне области покривене парцијалним законодавством. Овакав приступ постоји и у праву Србије.

Други модел, подразумева, да се спољнотрговинско пословање регулише једним општим законом о трговини,¹⁰ док су остале области такође покривене парцијалним законодавством.

Трећи модел, карактерише одсуство било ког општег систематског закона, а спољнотрговинско пословање регулише већи број сегментираних закона.

У пакету позитивноправних законских текстова наше земље, по критеријуму непосредног регулисања материје, посебно место заузима *Закон о спољнотрговинском пословању*¹¹, као системски акт спољнотрговинског пословања.

У складу са широм концепцијом дефинисања ПСТ, његов предмет изучавања обухвата законе који регулишу економске односе са иностранством, или индиректно утичу на положај домаћих лица приликом пословања на страном тржишту, као и страних лица приликом пословања на домаћем тржишту. У ту врсту законских текстова се убрајају, пре свега: Закон о страним улагањима¹²; Царински закон¹³; Закон о царинској тарифи¹⁴; Закон о слободним зонама¹⁵; За-

¹⁰ Пример Кине, која има закон општег карактера и низ посебних закона о увозу и извозу робе, о царинама, о антидампингу и субвенцијама и др. Видети: <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/international-trade.html>, као и: "Foreign Trade Law of the People's Republic of China – 1994", Adopted at the Seventh Meeting of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on May 12, 1994, promulgated by Order No.22 of the President of the People's Republic of China on May 12, 1994, and effective as of July 1, 1994. <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/international-trade/foreign-trade-law-of-the-peoples-republic-of-china-1994.html>

¹¹ „Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 36/2011 - др. закон и 88/2011.

¹² „Сл. лист СРЈ“, бр. 3/2002.

¹³ „Сл. гласник РС“, бр. 18/2010. и 111/2012.

¹⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 62/05; 61/07; 05/09.

¹⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 62/2006.

кон о девизном пословању¹⁶. Материја спољне трговине специфичним робама регулисана је Законом о спољној трговини наоружањем, војном опремом и робом двоструке намене.¹⁷

Закон о спољнотрговинском пословању, иако по свом називу, на први поглед, покрива насловљену проблематику, показује да је његов формално-правни оквир преузак за регулисање масе комплексних и веома сложених односа у пракси. Та констатација важи и када се овом законском тексту додају подзаконски прописи, који служе за његово спровођење.¹⁸ Међутим, законодавац није ни имао за циљ да овим Законом и подзаконским актима изврши кодификацију изузетно обимне материје спољнотрговинског пословања, већ је велики број сегмената оставио да буду уређени другим прописима. Закон о спољнотрговинском пословању обухвата најосновније сегменте ове материје попут: а) лица у спољнотрговинском пословању (чл. 3 Закона) ; б) принципа спољнотрговинског пословања (чл. 5-11 Закона); мера које утичу на спољнотрговинско пословање (чл. 12–16 Закона); спољнотрговинског промета робом (чл. 17–26); спољнотрговинског промета услуга (чл. 27 и 28 Закона); заштитних мера (чл. 29–36); промоције извоза и страних улагања (чл. 42–46 Закона) и др.

У садржинском погледу, Закон, пре свега, значи декларативну промоцију и разраду принципа слободније трговине у овој области, уз утврђивање опсега и облика одступања од тог принципа. Законом се чини искорак у правцу суштинске дерегулације пословања са иностранством и либерализације његовог правног режима.¹⁹

Поред наведених, и читав низ других законских текстова, било на директан или посредан начин, има своје незаобилазно место у овој материји: Закон о привредним друштвима²⁰; Закон о трговини²¹; Закон о банкама²² и многи други.

Важно је подвући да се квалитет закона једне земље, без обзира на њихов национални карактер и порекло, цени на основу узајамне повезаности, како националног и упоредног, тако националног и међународног. «Правни национализам», у смислу пренебрегавања савремених кретања на овом плану је незамислив и погубан. Нужна је потреба да се остваривање националних економских интереса, управо ради њихове успешне реализације у пракси, усклади са условима и реалним захтевима међународног тржишта. У том погледу је неопходан процес сталног усаглашавања и хармонизације наших домаћих прописа

¹⁶ „Сл. гласник РС“ 62/2006, 31/2011.

¹⁷ „Сл. лист СЦГ“ 7/2005, 8/2005.

¹⁸ П. Шулејић, „Спољнотрговинско пословање“, Правни живот, бр. 5-6/1992, стр. 673.

¹⁹ Ј. Вилус и др., *op. cit.*, стр. 119.

²⁰ „Сл. гласник РС“ бр. 36/2011.

²¹ „Сл. гласник РС“ бр. 53/2010.

²² „Сл. гласник РС“ бр. 107/05 и 91/10.

у овој области са регулативом тржишно развијених земаља и међународних економских организација, као и са достигнућима међународног аутономног трговачког права (*lex mercatoria*).

1.3. Подзаконски акти

Подзаконски и други акти државних органа имају слабију правну снагу од закона и у функцији су њиховог спровођења. Бројна питања спољнотрговинског пословања су у нашој земљи регулисана подзаконским актима. Као што је познато, њих доносе надлежни органи, као што је влада, одговарајућа министарства и други управни органи и њихове старешине. Посебан значај у овој групи извора имају уредбе²³, али су важни и одговарајући правилници, упутства, наредбе и сл.

Предметом регулисања подзаконских прописа су обухваћене веома важне области спољнотрговинског пословања. Тако на пример, увођење и примена специфичних заштитних мера регулисано је посебним уредбама: Уредбом о ближим условима за примену мера за заштиту од прекомерног увоза²⁴, Уредбом о ближим условима за примену антидампинских мера²⁵, Уредбом о ближим условима за примену компензаторних мера.²⁶ Материја царина и слободних царинских зона уређена је такође бројним уредбама (Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом²⁷, Уредба о пуштању царинске робе и наплати царинског дуга²⁸ и друге).

2. МЕЂУНАРОДНИ ИЗВОРИ ПРАВА СПОЉНЕ ТРГОВИНЕ

Разлике у решењима националних правних система су оцењене као узрок постојања правног партикуларизма, који представља кочницу развоја међународне трговине. Крајем прошлог века цео свет је, готово у свим областима, а пре свега у сектору међународних трговинских односа, захватио процес глобализације. На нормативном плану, она подразумева стандардизацију и интернационализацију правила, која припадају различитим правним системима. Циљ процеса интернационализације је изградња хармонизованих и унификованих норми (светско право трговаца), чија би примена имала универзални,

²³ *Ibidem*.

²⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 112/2009.

²⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 112/2009.

²⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 112/2009.

²⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 93/2010.

²⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 127/2003, 20/2004, 24/2004 - испр., 63/2004, 104/2004, 44/2005, 71/2005, 76/2005, 106/2005, 5/2006, 47/2006, 86/2006, 10/2007, 25/2007, 80/2007, 9/2009, 26/2009, 28/2009, 57/2009 и 96/2009.

светски, карактер. Када је реч о ПСТ, посебно значајна фаза за његов целокупни развој је настанак међународног аутономног регулисања и сталешког аутономног права трговаца - било да је реч о усвајању вишестраних међународних конвенција (званична унификација), или да се говори о стварању сопствених правила од стране међународних удружења трговаца (спонтана унификација).

2.1. Право Светскетске трговинске организације и међународни режим Права спољне трговине

2.1.1 Право Светске трговинске организације и начело слободније трговине

Посебно је значајно подвући, да су, од великог значаја за ПСТ Србије правни пореци СТО и ЕУ, иако још увек наша земља није пуноправна чланица ових организација. С обзиром да претендује да постане пуноправна чланица и једне и друге организације, Србија је своје спољнотрговинско законодавство, у највећој мери, већ ускладила са нормама СТО и ЕУ.

Свакако да су, поред бројних других, најзначајнији **међународни извори**, који директно утичу и творе предмет ПСТ на универзалном нивоу, споразуми у оквиру **Светске трговинске организације** (СТО). СТО је основана 1995. године, као резултат успешно окончане Уругвајске рунде мултилатералних трговинских преговора (1985-1994). Она је институција у домену светске трговине која почива на правилима, односно споразумима који на свеобухватан начин регулишу трговину робом, услугама, укључујући и трговинске аспекте интелектуалне својине и страних инвестиција. Поред тога, у оквиру СТО, установљен је механизам решавања спорова. Њиме се обезбеђује санкционисање непоштовања преузетих обавеза из међународних трговинских односа, затим праћење националних трговинских политика земаља чланица, као и спровођење система техничке помоћи и обуке земљама у развоју и транзицији.

Споразуму о оснивању Светске трговинске организације придодају се споразуми које све државе усвајају као интегралну правну структуру („*single package*“). Пакет споразума, поред Уговора о оснивању СТО, обухвата Општи споразум о царинама и трговини (*GATT* 1994), 12 међународних споразума о специфичним аспектима трговине робом, Споразум о трговини услугама (*GATS*), Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*), плурилатералне споразуме, који обавезују само чланице које им приступе (Споразум о јавним набавкама и Споразум о цивилном ваздухопловству). Чланице СТО, између којих се данас одвија око 98% укупне светске трговине, имају обавезу да ускладе своје спољнотрговинско законодавство са споразумима који су обухваћени „правом“ Организације. Исто правило важи и за државе које претендују да постану чланице СТО, као што је Србија.

У области вођења државних економских политика, више се не допуштају једностране одлуке националног карактера. Са друге стране, принудно изнуђене концесије не обавезују. То указује, да се у савременом свету тежи примени начела организоване слободе трговине. Оно подразумева поштовање установљеног формално-правног оквира на националном и међународном нивоу уз примену допуштених мера, које одговарају стању и потребама међународних трговинских односа (МТО). На међународном плану посебан значај у том смислу има Општи споразум о царинама и трговини (*GATT*, 1947, и 1994), који је био одраз тежње ка универзалности МТО, настале крајем Другог светског рата и непосредно по његовом завршетку. *GATT* је помогао да се установи јак и напредан мултилатерални систем трговања, чија се стална либерализација одвијала кроз нове рунде трговинских преговора. Нормативни вид либерализације међународне трговине кулминирао је на Уругвајској рунди преговора *GATT*, која је резултирала Споразумом о оснивању Светске трговинске организације (СТО – енгл. *World Trade Organization - WTO*). Појава *WTO* истовремено означава најважнију промену и реформу у области општих односа МТП. СТО чини институционални оквир мултилатералног трговинског система, односно правни оквир светске трговине. Међузависност структуре у светској привреди, данас, не допушта једностране одлуке националног карактера. У том, смислу говори се о „мултилатерализацији начела слободе трговине“. Тако, на пример, чланица може да промени висину царинских стопа, на које се обавезала на нивоу СТО, тек након што о таквој иницијативи преговара са другим државама-чланицама. Практично то значи и њену обавезу да обезбеди компензацију у форми признања концесије у трговини неким другим производима. Кључни успех постигнут на Уругвајској рунди трговинских преговора је повећање обима производа под консолидованим царинским стопама, тј. постизање трговине производима у оквиру СТО са уједначеним и обавезујућим царинским стопама. Овакав развој је био од непроцењиве вредности за сигурност и предвидљивост трговинске размене у свету.

Успостављањем функционисања механизма *WTO*:

- а) нестају могућности једностраног увођења мера националне ванцаринске заштите;
- б) инсистира се на трговини без дискриминације;
- в) институционализовано је начело најповлашћеније нације и система националног третмана;
- г) укидају се и смањују баријере (царине и административне мере) кроз преговоре, посебно у области пољопривреде;
- д) тежи се сталној либерализацији трговине (утврђивање горњих граница царинских стопа, избегавање квота и других квантитативних мера);
- ђ) минимизирају се формалности у МТО и начелно се не допушта примена административних дозвола и одобрења.

Начело слободније трговине постаје руководни принцип у раду *ВТО*. Њени споразуми чине систем правила отворене конкуренције, који треба да одвоји коректно од некоректног понашања учесника у МТО. Основни инструменти слободније трговине у СТО су: начело најповлашћеније нације; начело националног третмана; избегавање ван царинске заштите; колективно снижавање царина (кроз рунде преговора); међусобне консултације чланица о значајним трговинским мерама; транспарентност трговинских политика држава-чланица.

Трговински прописи чланице морају бити јасни и транспарентни.²⁹ СТО прокламује принцип либерализације, односно слободније трговине, а не потпуно слободне трговине. Слободнија трговина подразумева обавезу држава чланица да преговорима стално настоје да постепено смањују препреке у међусобној трговини.³⁰ У односу на постигнуте договоре примењује се институт консолидације, који подразумева обавезу чланица да поштују постигнуте споразуме о царинској либерализацији и другим питањима од значаја за развој начела слободе трговине.

Процес либерализације и слободније трговине, који своје упориште налази у *ГАТТ*-у, подразумева:

а) обавезу држава да уклоне, или сведу на допуштени ниво, препреке за обављање МТО, као што су забране и ограничења увоза или извоза, уз право на примену царинских дажбина, пореза, такси;

б) обавезу снижавања висине царинских оптерећења, као и избегавање примене пореских дажбина према иностраној роби, које имају дискриминациони, протекционистички или фискални карактер;

в) право држава на узајамно снижење царинских дажбина;

г) инсистирање чланица на уклањању незаконитих трговинских забрана и ограничења, као и право на примену контра мера;

д) иницирање држава-чланица на учешћу у изради нових мера у циљу отклањања постојећих препрека у МТО.

Слободнија трговина обухвата и право на слободну и фер конкуренцију свих трговинских субјеката на међународном тржишту, уз обезбеђење истих услова за све учеснике МТО. Начело либералне и слободније трговине СТО подразумева право на заштиту легитимних националних интереса сваке државе чланице, али и право да друге државе чланице, учествујући у међународној

²⁹ На пример, *Члан 3. ГАТС предвиђа* да ће свака чланица објавити одмах, или, у ванредним околностима, најкасније са даном њиховог ступања на снагу, све релевантне мере опште примене које се односе на извршење или утичу на Споразум. Такође ће бити објављени међународни споразуми у којима је земља чланица уговорна страна, а који се односе или утичу на трговину услугама.

³⁰ С. Табороши, Светска трговинска организација и СРЈ, „Право и привреда“, бр. 5-8/1996, стр. 562.

трговинској размени, поштују правила понашања установљена нормама СТО система, као и обезбеђење правног механизма за усаглашавање разлика ставова држава чланица у процесу успостављања и реализације конкретних МТО.

На крају, ваља подвући, да је општи циљ начела слободе трговине успостављање једнакости међу учесницима МТО.

Поред пакета споразума СТО, који имају универзални карактер, од великог значаја за регулисање ПСТ у појединим државама су билатерални и регионални споразуми о слободној трговини или уговори о успостављању царинских и економских унија. За Србију су свакако најзначајнији мултилатерални регионални споразуми о слободној трговини, као што је *CEFTA*, закључен 2006. године, између земаља Југоисточне Европе, затим Споразум о стабилизацији и придруживању са Европском унијом, закључен 2008. године и бројни билатерални споразуми о слободној трговини (са Руском Федерацијом, Турском, *EFTA*, Белорусијом, Казахстаном). Ови споразуми представљају значајан извор ПСТ, јер њихове одредбе имају јачу правну снагу у спољној трговини, од одредаба унутрашњег законодавства. О овим споразумима ће бити више речи у наставку излагања.

2.1.2. Међународно-правни режим и мере заштите националних спољнотрговинских интереса на примеру Србије

Правни режим спољнотрговинских односа у свету се темељи и коегзистира на нормама националног и међународног карактера. Међународно-правни режим је, у данашњим условима, оличен у праву Светске трговинске организације (СТО), Посредством права СТО се део унутрашње компетенције држава ставља под режим међународно-правне регулативе и контроле у оквиру међународног трговинског система. Заштита националних интереса у систему СТО се подвргава методама вишестраног карактера, а не једностраном или уско групном деловању држава. При томе, право СТО не забрањује, већ предвиђа допуштене, али у приличној мери, рестриктивне начине заштите националних тржишта.

Међународни трговински режим, оличен у праву СТО, установљава „маргину толеранције“ и уважава стварне потребе држава, које могу бити политичког, социјално-еколошког, или економског карактера. Утврђује се дисциплина у примени и спровођењу заштитних мера, уз тестирање оправданости њиховог предузимања.³¹ Тако, на пример, СТО признаје право чланицама да

³¹ О томе: *Yuksel, Ali Sait, „Die WTO (World Trade Organisation) als Motor der Globalisierung“* (http://ites-europa.org/Ali_Sait_Yuksel.pdf); М. Божић/С. Голубовић, „Развој трговине између балканских земаља на путу ка Европској унији“, Тематски зборник радова Филозофског факултета у Нишу, „Друштвене промене и етнички односи и евроинтеграцијски процеси на Балкану“, Ниш, 2004, стр. 77-87.

уведу мере привременог ограничења увоза ради заштите платног биланса и спречавања настанка неодрживог спољнотрговинског дефицита („*safeguard measures*“).

На основу Закона о спољнотрговинском пословању Србије, Влада Републике има право да уведе одговарајуће мере заштите и то: а) антидампиншке мере;³² б) компензаторне мере; в) мере за заштиту од прекомерног увоза и г) мере за заштиту равнотеже платног биланса.

Наведене мере су уведене Законом о спољнотрговинском пословању из 2005, и даље нормиране Законом из 2009. и 2011. године. После ступања на снагу новог Закона, донете су и одговарајуће уредбе: Уредба о ближим условима за примену антидампиншких мера, Уредба о ближим условима за примену компензаторних мера, као и Уредба о ближим условима за примену мера заштите од прекомерног увоза.³³ Све оне су нормативно у складу са правилима СТО и прописима ЕУ.

Закон о спољнотрговинском пословању Србије у глави II, под називом „Принципи спољнотрговинског пословања“, инаугурише начело слободе спољнотрговинског пословања, истичући у чл. 5. да је оно слободно и да се може ограничити само у складу са одредбама Закона, а правна лица и предузетници у обављању пословања имају иста права као и у домаћем промету.

Закон Србије предвиђа у чл. 6. примену третмана најповлашћеније нације. Дефинише га као примену најповољнијих услова у спољнотрговинском промету са земљом којој је овај третман додељен међународним споразумом или одлуком Владе. У ст. 2. чл. 6. Закон предвиђа изузетке од третмана најповлашћеније нације у односу на услове одобреним споразумима о слободној трговини, о царинској унији, аранжманом о пограничној трговини.

Закон имплементира систем националног третмана у чл. 7, тако што предвиђа да страна роба увезена на територију Републике неће имати мање повољан третман од третмана који има слична домаћа роба, као и да права интелектуалне својине страних лица неће имати мање повољан третман од третмана који је дат правима интелектуалне својине домаћих лица.

³² Антидампиншке мере подразумевају примену посебних дажбина на увоз робе која се уводи ради отклањања последица дампинга и оне су најчешће коришћени инструмент спољнотрговинске заштите. Антидампиншке дажбине се одређују у висини која је потребна да се отклони штета или опасност од штете која може бити проузрокована дампингом и не може бити виша од антидампиншке маргине (марже). Антидампиншка маргина је разлика између уобичајене вредности робе и цене по којој се та роба увози у нашу земљу. Антидампиншка мера у смислу члана 30. тачка 1. Закона о спољнотрговинском пословању је посебна дажбина на увоз производа која се уводи ради отклањања негативних утицаја дампинга. Закон о спољнотрговинском пословању чл. 31, овлашћује Владу да уводи антидампиншке дажбине на предлог надлежног министарства. Видети: чл. 2, Одељак Д, пар. 12. Регулative Савета ЕУ 384/96. *Official Journal of the European Communities*, L. 56 of 06.03.1996, која је до данас претрпела 6 ревизија. Ова Регулative је најзначајнији правни извор у материји антидампиншких мера у праву ЕУ, којим је усклађена са правилима чл. 6. ГАТТ-а 1994 (Анти-дампинг споразум).

³³ Све уредбе су објављене у “Сл. гласник РС”, бр. 112/2009.

Законодавство Србије забрањује увођење нових, а не допушта ни задржавање постојећих квантитативних ограничења, осим оних која су прописана законом.³⁴ На тај начин је национално право усаглашено са Декларацијом министара Уругвајске рунде трговинских преговора из 1986. године, на основу које су се потписнице тадашњег *GATT-a* обавезале да: а) не предузимају нове мере трговинских ограничења, које су у супротности са правилима *GATT-a* (*standstill klauzula*) и б) постепено, на нерезипрочној основи, укидају рестриктивне мере, које су у супротности са начелима *GATT-a* (*rollback klauzula*).³⁵

Ипак, у интересу оправдане заштите националне привреде, одступања од међународноправног режима спољнотрговинског пословања су допуштена увођењем рестриктивних мера, чија примена: а) не доводи до произвољне или неоправдане дискриминације међу државама односно царинским територијама, у којима су на снази исти услови; б) нема за циљ прикривено ограничавање међународне трговине, или в) има за циљ заштиту: јавног морала; живота и здравља људи, животиња или биљака; правила трговине златом и сребром; права интелектуалне својине; уметничког, историјског или археолошког блага; необновљивих природних богатстава; извршења обавеза из међународних споразума; животне средине, природних реткости и угрожених биљних и животињских врста, или заштиту безбедности.

Од националне правне регулативе спољнотрговинског пословања захтева се, да сужава простор непотребном етатизму у регулисању МТО. Она је дужна да им пружа неопходну правну сигурност у заснивању и регуларност у спровођењу, уз истовремени респект њихове међудржавне „мултилатерализације“. Аксиом неопходности учешћа националних привреда у међународној трговинској размени, а следствено томе и поштовање права СТО, као генератору глобалног нормативног оквира такве размене, подразумева „самоцензуру“ циљева и средстава националних политика у складу са правилима „светског трговинског права“ („права СТО“). При томе, није чак значајна ни чињеница што земља није формално чланица ове Организације.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Закон Србије о спољнотрговинском пословању, предвиђа, да се мере ограничења међународног трговинског промета, доносе, спроводе и тумаче у складу са принципима Закона, као и са правилима СТО, прописима ЕУ и обавезама из међународних споразума (чл. 12. Закона). Мере су допуштене само за случај да је њихова примена нужна за постизање циљева предвиђених самим Законом, затим ако је то изричито прописано законом, и уколико су степен, обим и трајање мере сразмерни њеној сврси. Мера која се уводи не сме да

³⁴ Видети чл. 8. Закона о спољнотрговинском пословању.

³⁵ О томе: А. Ћирић, Међународно трговинско право, *op. cit.*, стр. 277.

има за циљ или последицу нарушавање слободе трговине и конкурентности учесника у одређеном спољнотрговинском послу. Мера ће се укинути, или ће се њен степен или обим умањити када се промене околности због којих је она уведена.

Влада Србије може, на предлог надлежног министарства, донети мере којима се ограничава спољнотрговинско пословање, једино под условима прописаним Законом о спољнотрговинском пословању. На поступак доношења појединачних управних аката, примењују се одредбе Закон о управном поступку, а против донетих аката је допуштено покретање управног спора (чл. 15. Закона).

Ако се донетом мером предвиђа прибављање исправе која је услов за увоз, извоз или транзит робе, списак такве робе објављује се у “Службеном гласнику Републике”.

Ваља напоменути, да ће се и за случај испуњења наведених услова, ограничење спољнотрговинског промета сматрати недопуштеним уколико би се утврдило да су циљ или последица ограничења довели до нарушавања конкуренције између учесника у конкретним спољнотрговинским пословима.

Дакле, ново спољнотрговинско законодавство Србије прокламује слободу спољнотрговинских односа, чије је ограничење допуштено само у складу са одредбама Закона о спољнотрговинском пословању и других прописа, који су усаглашени са међународноправним режимом у овој области.

Може се закључити да законодавство Србије, примењује средство балансирања („*trade off device*“), између слободне, или слободније трговине, установљене *GATT*-ом 1994, односно правом СТО, с једне стране, и сувереног права држава чланица да регулаторним мерама остварују заштиту сопствених јавноправних интереса, са друге стране, које је познато као принцип пропорционалности - *proportionality principle*. Он представља стандард за оцену постојања или непостојања баланса између легитимних суверених регулаторних права државе да штити националне интересе, са једне, и њених обавеза које званично преузима чланством у СТО. Дакле, право Србије, која још увек није постала чланица СТО, омогућава равнотежу између начела међународне слободе трговине, са једне, и очувања сопствених права да сопственим мерама штити јавне интересе, са друге стране.

Professor Aleksandar Ciric, Ph.D.
Faculty of Law, University of Nis

LEGAL SOURCES OF FOREIGN TRADE³⁶

Summary

Traditional interest of the states to normatively regulate foreign trade of their businesses entities in modern conditions is realized in a new manner. It involves the use of originary and derivative evolution of the sources of foreign trade law. International legal norms become more intensively the element of national foreign trade regime of the states. In this respect particular influence have the legal norms of the agreements reached under the Law of the World Trade Organization. The axiom of necessity of the participation of the national economies in international trade and accordingly respect of the WTO Law, as the generator of the global normative framework for such trade, implies self-censorship of objectives and means of national policies in accordance with the rules of world trade law (WTO Law). In doing so it is not even important the fact that the country is not a formal member of this organization. Thus, from the Act on Foreign Trade Transactions and other legal sources of foreign trade of the Republic of Serbia it follows that the restriction measures with international trade are enacted, implemented and construed in accordance with the principles of the Act and the rules of the WTO, the EU regulations and the international treaty obligations (Article 12 of the Act).

Key words: *sources of law, Foreign Trade Law, Act on Foreign Trade Transactions; freer trade; foreign trade protection measures and restrictions; principle of proportionality.*

³⁶ Article is the result of the Project, No. 179046, implemented by the Faculty of Law, University of Nis, and funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

РИЗИЦИ У ЦЕВОВОДНОМ ТРАНСПОРТУ¹

Др Душанка Ђурђев*

Апстракт: *Цевоводни транспорт је релативно нов начин превоза нафте и гаса. Због еколошких предности, као и зато што је безбеднији од других врста превоза, представља “тиху револуцију” у одрживом транспорту. Штете не настају често, али када настану могу имати велике размере. Због значаја који има, чине се напори у хармонизацији прописа у ЕУ којима се регулишу бројни односи у овом послу. Постоје, у већој или мањој мери, хармонизовани прописи који се односе на организацију тржишта гаса, транспорт, дистрибуцију, безбедност, организацију превоза и слично, али је најмање постигнуто у правном регулисању уговорних односа, посебно одговорности цевоводног транспортера.*

Кључне речи: *Заједничко тржиште, безбедност цевоводног транспорта, ризици, одговорност цевоводног транспортера.*

У В О Д

Цевоводни транспорт је најоптималнији начин превоза нафте и гаса, и његова употреба се проширила широм света. Ради се о релативно новом облику превоза који је по својим предностима, нарочито еколошким, све значајнији. Иако се течна горива и друге течне материје могу превозити и воденим путем или друмским цистернама, цевоводна транспортна мрежа не зависи од временских услова или оптерећености путних праваца. Сматра се безбеднијим у односу на друге видове транспорта. Осим тога нема емисије штетних гасова, па нема лошег утицаја на животну средину. Често се наводи, да цевоводни транспорт представља „тиху револуцију“ одрживог транспорта.²

* редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

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

² Rainer Konsermann, Chritiane K”uhl, J”org Ludwig, On the risks of transporting liquid and gaseous fuels in pipelines, BAM Research Report 289, ISBN 978-3-9813346-3-0, <http://webcache.googleusercontent.com>.)

Капацитети цевовода се користе тако да нема празних превоза. Цена цевоводног транспорта је релативно висока, али конкуренција на тржишту може да утиче на њену висину. Несрећни случајеви су ређи него у другим превозима, али могу да имају димензије еколошких штета. Због чињенице да су најчешће подземни, искуство показује да упркос свим техничко технолошким и организационим мерама, настају несрећни случајеви, удеси, који доводе до штета. Многе штете настају деловањем спољашњих утицаја (слегање земљишта, земљани радови, копање...). Осим тога цурење цеви као последица корозије, може довести до штета. Статистички подаци о учесталости и врстама ризика у цевоводном транспорту могу да помогну, да се на основу њих, направе процене могућих ризика и штета, како би се оне благовремено предупредиле. Димензије несретних случајева нису увек исте. Међутим, иако су ретке оне могу бити тако велике да погађају животну средину.³

Ове предности, али и проблеми који прате цевоводни транспорт, указују на потребу да се анализира правна регулатива у овој области, поготово на међународном плану, јер је по својој природи ово прекогранични посао.

Цевоводни транспорт је посебан вид превоза ствари, непокретним превозним средством (цевоводима), уз употребу техничких средстава која на одговарајући начин потискују материје у цевима ради превоза. Цевоводи могу бити подземни, укупни и надземни, подводни и плутајући. Течни и гасовити производи су предмет превоза и то нарочито нафта и гас, али могу бити, и вода, и други одговарајући производи.

Он није у потпуности регулисан ни у националним правним системима, у многим и није именовани уговор трговинског права, а недостатак хармонизованих прописа нарочито је приметан на међународном плану.

Правна регулатива из ове области у ЕУ се односи претежно на стварање јединственог тржишта гаса, делимично и непотпуно на безбедносна питања у транспорту и дистрибуцији нафте и гаса, док се правно регулисање уговорних односа између цевоводног транспортера и наручиоца посла препушта самим уговорним странама.

Без обзира да ли се ради о међународном или националном уговору о цевоводном транспорту нафте и гаса, значај овог вида транспорта, а поготово чињеница да се повезују национални у регионалне и међународне цевоводе, намеће потребу да се овај уговор посебно правно регулише одговарајућим законским одредбама којима би се уредили односи између уговорних страна, посебно питања одговорности учесника у овом послу.

³ Gerrit Betlam, Edward Brans, Environmental liability in the EU, London 2006, стр. 182.

ПРАВНА РЕГУЛАТИВА У ЕУ

Што се тиче правног регулисања цевоводног транспорта нафте и гаса у ЕУ, један број директива се односи на **формирање јединственог тржишта** природног гаса и његову либерализацију. Усклађивањем регулативе земље чланице ЕУ настоје да направе јединствено интерно тржиште, на коме би све компаније, али и потрошачи ЕУ, у одређеном року требало да слободно бирају испоручиоца гаса. Циљ је да уместо либерализованих националних тржишта настане функционално интерно тржиште гаса ЕУ.

Постоје посебна правила за транспорт гаса, а посебна за нафту.

Гас

Регулисање тржишта природног гаса југоисточне Европе подразумева имплементацију комунитарних прописа ЕУ. Ови прописи утврђују потребу за оснивањем независног регулаторног тела које треба да ствара услове за отварање тржишта природног гаса, надзире слободан приступ енергетским мрежама на принципу недискриминације и јавности корисника услуга. Од релевантних докумената које и Србија треба да имплементира наводимо следеће:

Директива Европског парламента и савета о заједничким правилима за унутрашње тржиште природног гаса из 1998, као прва, која је регулисала ова питања, је замењена Директивом 2003/55/ЕЗ о заједничким правилима за унутрашње тржиште природног гаса.⁴ Она је успоставила заједничка правила за транспорт, дистрибуцију, снабдевање и складиштење природног гаса, утврђујући правила која се односе на организацију и функционисање сектора природног гаса као и течног нафтног гаса, приступ тржишту, рад система као и критеријуме и поступке који се примењују за доделу овлашћења за транспорт, дистрибуцију, снабдевање и складиштење природног гаса. Имала је за циљ отварање тржиште гаса, постепеним увођењем конкуренције, мада се већина држава ЕУ определила за постепено отварање сопствених тржишта.⁵

Тако су, нпр. Немачка и Велика Британија са 100% отвореним тржиштем, а тај проценат отворености је најнижи у Португалији и Грчкој. Међутим, и поред значајног напретка који је остварен применом ове Директиве, указала се потреба да се утврде конкретнија правила која ће обезбедити равноправно учешће предузећа на тржишту природног гаса, смањити ризик тржишне

⁴ Directive 2003/55/EC of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30, OJ L 176/57, 15/7/2003.

⁵ Водич кроз право ЕУ-Енергетика, <http://jstrb.bos.rs/znas-kako/uploaded/10-vodic-kroz-eu-politike-energetika.pdf>

доминације, обезбедити тарифе једнаке за све и заштити у већој мери потрошаче.

Циљ је да омогући стварање потпуно отвореног тржишта природног гаса кроз слободан и недискриминаторски приступ гасоводној мрежи, на основу правила о раздвајању делатности гасоводне мреже, од делатности вертикално интегрисаних предузећа која учествују на тржишту, односно раздвајање делатности производње и снабдевања природним гасом од управљања гасоводни системом.

Намера је да се свим заинтересованим субјектима обезбеди ефикасан и равноправан приступ гасоводној мрежи, стварањем услова за конкуренцију.

С обзиром на специфичну делатност и повећани ризик коју носи транспорт, дистрибуција и складиштење гаса, у Директиви је предвиђен захтев да се прописима држава чланица сви субјекти обавезу на безбедност у снабдевању и заштиту животне средине.

Да би се обезбедио равноправан приступ мрежи и да би се избегли сукоби интереса, неопходно је било да се делатност гасоводне мреже раздвоји од оних активности интегрисаних предузећа које учествује у конкуренцији на тржишту, тј. да се производња и снабдевање одвоји од управљања гасоводним системом. Правила о раздвајању ових функција чине суштину Директиве 2003/55ЕЗ. Приступ треће стране гасоводима значи право коришћења енергетских мрежа од стране трећих лица, при чему је Директивом предвиђено регулисано право приступа треће стране гасоводу, које значи обавезу оператора система да изврши делатности по унапред утврђеној и објављеној цени уз поштовање принципа недискриминације и јавности. Приступ систему се може и одбити под утврђеним условима. Поред регулисаног приступа треће стране, постоји и уговорни приступ, када корисник и оператор преговарају о условима приступа.

И ова Директива из 2003 је замењена новом 2009. године. Ради се о Директиви 2009/73/ЕС⁶, којом се регулишу заједничка правила унутрашње тржиште природног гаса и успостављају се заједничка правила за транспорт, дистрибуцију, снабдевање и складиштење природног гаса, управљање системима и мере заштите потрошача. Ова Директива, поред начела субвенционисаности ЕУ, инсистира више на начелу солидарности, него што је то било раније и уређује регионалну солидарност у случају несташице. Положај оператора транспортног система је независнији него раније, поготово у односу на власника имовине. Подстакнута је регионална сарадња између држава, регулаторних власти и оператора транспортног система. Остаје могућност уговорног регулисања приступа складишту природног гаса.

Државе чланице су биле дужне, да национално законодавство усагласе са Директивом до марта 2011. године.

⁶ Директиве 2009/73/ЕС concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC , OJ L 211-94.

Из ове области значајна је и Директива 2004/67/ЕС из 2004. године која се односи на мере за обезбеђење сигурности снабдевања природним гасом, и те мере доприносе редовном функционисању интерног тржишта гаса.⁷ Због растуће потребе за осигурањем сигурности снабдевања природним гасом, у условима либерализованог тржишта, била је потребна Директива којом се формира политика сигурности у снабдевању и инструменти за њено извршење, при чему је јасно дефинисана улога и одговорност учесника на тржишту. Обавезе везане за сигурност снабдевања које се намећу привредним субјектима, не смеју да поремете добро функционисање интерног тржишта и не смеју да наметну неразумне обавезе учесницима на тржишту гаса. Један од инструментата су билатерални споразуми између земаља чланица и поштовање принципа солидарности држава.

Доградња тог система наставила се Уредбом о условима за приступ мрежи за транспорт природног гаса из 2010. која је заменила претходну Директиву.⁸ Разлог за доношење ове Уредбе су повећани ризици снабдевања и транзита из трећих држава, и непосредано руско-украјинска криза из 2009. године која је довела до прекида у снабдевању природним гасом у ЕУ и трећим земљама. Тако је предложено да постојећа Директива буде замењена Уредбом, као документом директне примене у државама чланицама, са намером, да се тако обезбеди функционисање унутрашњег тржишта природног гаса и сигурност у снабдевању. Уредба има за предмет успостављање недискриминаторских правила о условима за приступ гасоводима, узимајући у обзир специфичности националног и регионалног тржишта гаса. Предвиђено је утврђивање усаглашених принципа за тарифе, за приступ гасоводима. Ова Уредба је мењана новом Уредбом 715/2009, о условима за приступ мрежи за транспорт природног гаса којом се укида Уредба 1775/2005. Уредба, на много детаљнији начин регулише елементе који су били предмет претходне Уредбе, као што су усаглашени принципи за тарифе и методологија која уређује обрачун тарифа за приступ складиштима, затим детаљније регулише приступ треће стране, трговину капацитетима. Успоставља нову институцију, а то је Европска мрежа оператера транспортних система за природни гас. Предвиђена је примена Уредбе од марта 2011.

Нафта

И, у овој области постоје важни прописи који регулишу сигурност у снабдевању нафтом. По узору на државе ОЕЦД и у ЕУ је прихваћен модел обавезе државе да одржавају минималне резерве сирове нафте и нафтних дерив

⁷ Директиве 2004/67/ЕС of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply OF L 127 Official Journal L 127.

⁸ Regulation EC No 1775/2005 on condition for access to the natural gas transmission networks.

вата, што је предвиђено Директивом 2006/67ЕС о утврђивању обавезе држава чланица о одржавању минималних резерви сирове нафте и нафтних деривата.⁹

Ова Директива је мењана новом Директивом 2009/119/ЕС¹⁰, и она, на прецизнији и детаљнији начин уређује чување обавезних резерви нафте.

На регионалном плану, а у циљу остваривања сигурног приступа нафте и гаса светским превозним путевима и тржиштима један број држава су 1999. потписале, Општи споразум о институционалним оквирима за успостављање међудржавног нафтног и гасног транспортног система INOGATE.¹¹ INOGATE је програм регионалне енергетске сарадње ЕУ и држава уз Црно и Каспијско море. Партнери ЕУ су Јерменија, Азербејџан, Белорусија, Грузија, Казахстан, Киргизија, Молдавија, Тадџикистан, Турска, Туркменистан, Украјина, Узбекистан. Овај Споразум је заснован на регулативи која се примењује у ЕУ.

Друга значајна област која се регулише у ЕУ је везана за **безбедност** цевоводног транспорта опасних материја. На националном нивоу, односно у државама чланицама, углавном постоје прописи о безбедности цевоводног транспорта.¹²

У већини држава чланица, национални закони предвиђају одређене техничке стандарде за конструкцију и употребу цевовода, уз поштовање бројних техничких и безбедносних мера.

На међународном плану, прецизније на нивоу ЕУ, нема у довољној мери хармонизованих прописа који регулишу питања безбедносне природе цевоводних оператера. Зато указујемо на неке прописе који имају шире поље примене и за сада се не примењују и на цевоводни транспорт, али има предлога да се њихова примена прошири и на овај вид превоза.

ДИРЕКТИВЕ ПОЗНАТЕ ПОД НАЗИВОМ SEVESO I, II И III

SEVESO I је Директива о опасности од великих удеса појединих индустријских активности¹³, названа по италијанском граду SEVESO у коме је дошло 1976. до несрећног случаја ослобађањем отровног диоксида из фабрике пестицида и хербицида, који је затровао област од 10 квадратних км, и

⁹ Directive 2006/67/EC of 24 July 2006 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products OJ L 217-2006.

¹⁰ Directive 2009/119/EC of 14 September 2009 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products OJ L 265-2009.

¹¹ Umbrella Agreement on the Institutional framework for The Establishment Of Interstate Oil And Gas Transportation Systems, <http://europeanunion.tacis.inogatw.com-default.htm>

¹² Assessing the case for EU legislation on the safety of pipelines and the possible impacts of such an initiative, Final Report, ENV.G.1/FRA/2006/0073, dec 2011, стр. 41.

¹³ Directive 82/501/EEC on the major accident hazards of certain industrial activities, SEVESO I, OJ L 230/82.

2000 људи је подвргнуто лечењу. Ова Директива, која се назива SEVESO I, је донета 1982. и регулише велике несреће изазване појединим индустријским активностима. Директива се односи на око 10 000 индустријских погона који користе или складиште опасне материје (хемикалије, петрохемијске производе...) SEVESO I је допуњавана два пута и то 1987. године (Directive 87/216/EEC) и 1988. године (Directive 88/610/EEC), а циљ допуна је био проширење поља примене Директиве Seveso I и на складиштење опасних материја.

SEVESO II је названа Директива о контроли опасности од великих удеса укључујући и опасне материје која мења SEVESO I из 1996. године.¹⁴ Циљ је био да обезбеди висок ниво заштите у ЕУ од великих удеса који укључују опасне материје, а погађају човека и животно окружење. SEVESO I и SEVESO II се не односи на цевоводни транспорт. Проширен је обим тј. поље примене, постављени су нови захтеви који се односе на управљање системима безбедности, јачање инспекцијске улоге, надзор држава чланица. SEVESO II се допуњује Директивом 2003/105/EC која покрива ризик који настаје складиштењем и прерадом у рударству, ризик од пиротехничких и експлозивних материјала и складиштење амонијум нитрата. SEVESO II идентификује установе или групе објеката, где постоји повећани ризик настанка штета као и мере за спречавање, али и мере које се предузимају ако дође до удеса.

SEVESO III је Директива 2012/18/EU о контроли опасности од великих удеса укључујући и опасне материје.¹⁵ SEVESO III предвиђа новине, узимајући у обзир промене класификација хемикалија у ЕУ. Ради се о Уредби о класификацији, обележавању и паковању супстанци CLP из 2008. године. Такође, предвиђа бољи приступ информацијама о могућим ризицима који проистичу из активности оближњих фирми, и о томе како да се понаша у случају несрећа. И, ова Директива, тј. SEVESO III, у члану 2. тачка д) предвиђа да се не примењује на цевоводни транспорт.

Пошто недостају хармонизовани прописи о безбедности цевоводног транспорта у ЕУ при чему већина националних законодавстава регулише безбедност у националним оквирима, а штета као последица удеса може бити и прекогранична, има предлога да се SEVESO III измени тако да се прошири поље примене и на цевоводни транспорт.¹⁶

Друга могућност, уколико се не би ово прихватило, а у циљу хармонизовања прописа у ЕУ, је да се донесе посебна Директива о безбедности цевоводног транспорта, али да садржи опште одредбе о безбедности по узору на SEVESO III, али и посебне специфичности које се односе на техничке захтеве, оператере, инспекцијски надзор, надлежност у случају инцидента, итд.

¹⁴ Directive 96-82 EC on the control of major accident hazards involving dangerous substances, SEVESO II, OJ L 10-1997.

¹⁵ Directive on the control of major-accident hazards involving dangerous substances, OJ L 197-2012.

¹⁶ Assessing the case for EU legislation on the safety of pipelines and the possible impacts of such an initiative, Final Report, ENV.G.1/FRA/2006/0073, dec 2011, стр. 65.

Трећа могућност правног регулисања је путем soft law. Уколико не може да се постигне договор о доношењу обавезујућих правних аката, онда тај простор треба да попуне необавезујући документи који би регулисали ова питања. Они би могли, као и многи други извори soft law карактера да се уговарају и на тај начин да обавезу странке. Ради се посебно о препорукама и смерницама које би обезбедиле хармонизацију у овој области.

UNECE је 2008. године издала низ препорука, шта треба да буде уграђено у законодавство у погледу безбедности гасовода. Донете су и смернице о пројектовању, изградњи, тестирању, систему управљања, инспекцији.

ОДГОВОРНОСТ ЦЕВОВОДНОГ ТРАНСПОРТЕРА

Статистички подаци које објављују неке организације, као нпр. CONCAWE (The Oil Companies European association for health, safety and environment in refining and distribution), показују да су најчешћи узроци штета изазвани радњама трећих лица. Они се могу ублажити планирањем коришћења земљишта и једностванијем приступу информацијама о локацији цевовода, како би се избегла оштећења цевовода од земљаних радова. Више од 50% несрећних случајева је изазвано радњама трећих страна. Новије статистике показују пад стопе инцидената у гасоводима. Разлог томе је повећана свест о потреби примене безбедносних мера међу оператерима, као и технолошки напредак у опреми и системима управљања цевоводима.¹⁷

Последице ових удеса могу да буду врло велике, јер се по правилу превози опасна роба, па штета често превазилази уговорне односе и добија шире, па и еколошке размере. На срећу, овако велике штете нису биле јако честе, а приметан је тренд њиховог смањивања. Национална законодавства добро регулишу питања безбедности цевоводног транспорта.

У ЕУ постоје, у већој или мањој мери хармонизовани прописи који се односе на организацију тржишта гаса, транспорт, дистрибуцију, безбедност, организацију превоза и слично, али је најмање постигнуто у хармонизацији правила о одговорности у цевоводном транспорту.

Разлог за чињеницу, да се лакше постиже договор о техничким питањима, него о одговорности је у супротстављеним интересима индустрија развијених држава (Немачка и Холандија нарочито инсистирају на високим стандардима) и министарстава економија држава чланица.¹⁸ Присутни антагонизам интереса утицао је да се европска политика заштите животне средине, нарочито у раздобљу 1973-1998. развија споро уз обавезну једногласност Савета мини-

¹⁷ Assessing the case for EU legislation on the safety of pipelines and the possible impacts of such an invitation, Final report ENV.G.1/FRA/2006/0073.Dec2011 стр. 78.

¹⁸ Jordan Andrew EU Environmental policy at 25: the politics of multinational governance, 1998. <http://articles.findarticles.com/p/articles/mi-m1076/is-nl-v40/ai-20330012>

стара, ограничену улогу Европског парламента, занемарљив утицај удружења за заштиту животне средине и делатност Комисије ограничену на ускострана питања.

Тек са Јединственим европским актом 1987, и Уговором из Мастрихта 1993. године заштита животне средине постаје интегрисана у општу политику ЕУ, а принципи загађивач плаћа, принцип превенције и одрживог развоја постају главни циљеви ЕУ.

Кључно питање сваког уговорног односа је одговорност уговорне стране за штете које настану неуредним извршењем или потпуним неизвршењем уговорних обавеза.

Сходно општим правилима уговорног права, и цевоводни транспортер може да одговара по основу уговорне и вануговорне одговорности за проузроковану штету, која је настала као последица превоза.

Уговорна одговорност цевоводног транспортера је одговорност за штету насталу наручиоцу превоза, као другој уговорној страни, због неизвршење или неуредног извршења самог превоза..

Вануговорна, деликтна одговорност цевоводног транспортера, је одговорност за штету проузроковану у току цевоводног транспорта трећим лицима или штету насталу загађивањем животне средине.

У погледу вануговорне одговорности за штете које настају као последица цевоводног транспорта могу бити значајни следећи извори.

Значајна је Директива ЕУ о одговорности у области заштите животне средине (пуни назив је Директива 2004/35/СЕ о одговорности за еколошку штету у вези са заштитом и отклањањем еколошке штете).¹⁹

Директива ЕУ о одговорности у области заштите животне средине, која је примењива и на цевоводни транспорт, уводи систем одговорности за штете животној средини настале људском (индустријском) делатношћу. Ова Директива пружа одређени оквир који обавезује оператере цевовода на спречавање инцидента и отклањање еколошке штете. Суштина Директиве полази од чињенице да животна средина представља **јавно добро**, па је **систем права** (види члан 191. и 192. Уговора о функционисању Европске уније, ОЈ L 115/2008), **пре свега јавноправног карактера**. Важно је напоменути да се Директива односи на оператера регулисаних делатности у које спада већина индустријских делатности (хемијска индустрија, управљање отпадима, транспорт и руковање опасним материјама и тд.).

Уводи се појам еколошке штете и предвиђају правила за ту одговорност. Под еколошком штетом, члан 2(1) Директиве, подразумева се штета над заштићеним врстама и стаништем, загађивање земље и воде. Штета над еко-

¹⁹ Directive on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, 2004.

лошким системом (биодивирзитет), се односи само на штету над еколошким системом који је већ заштићен европским или националним правом, што значи да је овом врстом штете покривено само 15% територије ЕУ. Контаминација вода настаје услед значајних негативних утицаја на еколошки, хемијски и квантитативни статус или еколошки потенцијал воде. Контаминација земљишта представља било какво загађење способно да створи значајан ризик за негативне последице по човеково здравље.

Директива обезбеђује директну примену принципа “загађивач плаца” (polluter-pays)²⁰ и низ мера у циљу спречавања и отклањања настале штете. Циљ је спречавање и отклањање еколошке штете, и не утиче на право на накнаду традиционалне штете, која је регулисана међународним уговорима о грађанској одговорности.

Директива се не бави грађанском одговорношћу за штету, која је на европском нивоу регулисана Конвенцијом Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану обављањем делатности опасне по животну средину из 1993, тзв. Лугано конвенција.²¹ Ова Директива се не примењује на случајеве телесне повреде, имовинске штете или економског губитка и не утиче на било каква права која се тичу ових врста штета. И, у Лугано конвенцији је важећи принцип “загађивач плаца”, а примењује се на сва физичка и правна лица која имају под својим утицајем контролом обављање одређене опасне делатности. То значи, да се лица са одштетним захтевом за штету претрпљену над имовином или животом или здрављем, изазвано еколошком штетом или непосредном опасношћу од еколошке штете, не могу позивати на Директиву.²²

Лугано конвенција се не односи на превоз опасних материја или робе и њена примена је ограничена само на стационаране делатности укључујући и одлагање опасног отпада. Тако да за превоз цевоводима ова Конвенција није релевантна.

Директива се не бави између осталог превозом опасних материја морем, копном, железницом и унутрашњом пловидбом рекама.

Директива установљава јавноправни концепт штете у животној средини, којем одговара јавноправни режим одговорности, који се утврђује у управном поступку.²³ С друге стране, Директивом се предвиђа одговорност оператера и накнада штете, што су институти грађанског права. На овај начин избегнути су неки недостаци грађанскоправног приступа одговорности, и накнади штете

²⁰ Која је предвиђена и у члану 191 2т2 Уговора о функционисању Европске уније уводи концепт еколошке штете (environmental damage).

²¹ Convention on Civil Liability for damage resulting from activities dangerous to the environment, Lugano 1993, Council of Europe: European treaty series, no 150, 21, I.L.M. 1993.

²² Драгана Радојевић, Нова Директива Европске уније о одговорности у области заштите животне средине, МР 1/22, 2005, стр. 177.

²³ Зоран Сретић, *Режим одговорности за штету у животној средини у праву ЕУ*, Ревизија за европско право VIII, 2006, 2-3 стр. 61.

који се заснива на претежно материјалним интересима приватних интереса, па је и заштита тих интереса условљена иницијативом повређеног лица

Директивом се даје могућност накнаде трошкова за повраћај животне средине у почетно стање (примарна ремедијација), путем компензације изгубљених вредности и функција на другом природном добру, уколико примарна реституција није могућа (комплементарна ремедијација) и трошкова накнаде изгубљене добити природе у виду прелазног губитка природних вредности и функција (компензаторна ремедијација), а све то пада на терет одговорног загађивача, а није у питању повраћај њене тржишне вредности која и не постоји кад је животна средина у питању.²⁴

Директивом је предвиђен принцип строге објективне одговорности којом се не утврђује кривица одговорног лица, већ је довољно постојање узрочне везе између радње одговорног лица и настале штете, и по том принципу се одговара за све штете које настају делатностима набројаним у Анексу 1 Директиве. За све остале делатности ван овог Анекса одговорност је заснована на кривици, дакле предвиђена је блажа, субјективна одговорност. Строга одговорност покрива све врсте еколошке штете, а одговара се по принципу субјективне одговорности за штету над еколошким системом. Међутим, и строги систем одговорности је знатно ублажен увођењем бројних разлога за ослобођење од одговорности. Тако оператер неће одговарати за штету проузроковану од стране трећег лица, која је настала упркос чињеници да је одговарајућа процедура заштите била примењена. Такође ће се оператер ослободити од одговорности и у случају догађаја који се може квалификовати као виша сила. Оператер се може ослободити одговорности позивајући се на чињеницу да је штетна радња у моменту настанка штете била сматрана за еколошки безбедну према датом стању техничког развоја. Могуће је ослобађање од одговорности и у случају да је штета настала радњом која је у складу са раније издатом дозволом надлежног државног органа. Овде може бити спорно питање кад настане прекогранична штета, да ли дозвола издата у земљи штетне радње ослобађа одговорности за последице те радње које су настале у другој земљи.

Према Директиви сваки оператер је дужан да информише надлежне органе о еколошкој штети која може настати, као и да о свом трошку предузме одговарајуће мере контроле, обезбеђења и отклањања штете.

Чињеница да је могућа поред јавноправне одговорности и грађанско-правна поводом истог штетног догађаја, значила би да због ризика од дуплог обештећења, потенцијални загађивач уложи далеко већу пажњу како би избегао настајање штете. Одлика Директиве је јавноправни приступ који одваја еколошке штете у животној средини од грађанскоправног појма штете, представља значајно одступање од приступа у Србији.

²⁴ Fransworth Nick, Is the Directive on Environmental Liability with regard to Prevention and Remedying of Environmental damage justified under the subsidiarity principle?, European Environmental Law Review, 2004, 176-185

Други аспект одговорности поред вануговорне је **уговорна одговорност** цевоводног транспортера.

Цевоводни транспорт се регулише уговором о цевоводном транспорту нафте или гаса. У међународним односима регулишу се уговорима између компанија или међудржавним уговорима.

Превоз нафте и гаса због својих физичких, хемијских и других особина спада у групу опасних материја и због тога је цевоводни транспорт специфичан вид превоза опасних материја.

Уговором о цевоводном транспорту нафте или гаса транспортер-превозилац се обавезује да ће за одређену количину робе утврђеног квалитета, примљену на превоз у месту отпреме, предати у месту опредељења овлашћеном примаоцу - робу, исте количине и квалитета у одређено време, а наручилац превоза се обавезује да транспортеру плати одређену накнаду - превознику.

Транспорт цевоводима обухвата транспорт нафте или гаса системом цевовода од примопредајних станица на улазу у цевоводни систем, као места отпреме, до потрошача нафте или гаса, директно прикључених на цевовод, или гасно дистрибутивне мреже у насељеним местима, закључно са мернорегулационом станицом, као места одредишта. Цевоводни транспорт је специфичан, јер се ради о непокретном превозном средству које покрива целу трасу превозног пута од места отпреме до места опредељења и о специфичној роби која се превози. Нафта и гас су генерична роба, у расутом стању, што даје могућност замене робе за робу исте врсте, количине и квалитета у границама дозвољеног одступања, што значи да се не мора испоручити предата роба, него роба исте врсте, количине и квалитета.

Појам оштећења робе је специфичан у случају превоза нафте и гаса. Док се под штетом у превозу других опасних материја када се ради о уговорној одговорности подразумева оштећење, мањак или губитак робе или штете због закашњења у овом случају због природе нафте и гаса које су генеричке ствари оштећења се манифестују променом у квалитету која утиче на смањење цене.

Цевоводни транспортер одговара од момента пријема у мерној станици па до тренутка и тачке физичког спајања цевоводног састава са инсталацијом корисника, односно до тачке физичког споја са мерним инструментом приликом предаје предмета превоза примаоцу.

Одговорност цевоводног транспортера није регулисана посебним правилима у нашем законодавству.

У међународном цевоводном транспорту нафте и гаса, одговорност се обично регулише уговорима и општим условима пословања ових транспортера. У међународним уговорима о цевоводном транспорту обично се не утврђује облик одговорности транспортера, већ се само уговарају клаузуле које искључују његову одговорност, и то, најчешће виша сила, што значи да се ради

о објективној одговорности. Често се само предвиђа ослобађање транспортера за случај више силе (*vis maior*), који се само наводи као појам или се у неким случајевима и дефинише као догађај који је непредвидљив, неотклоњивих последица и спољашњег карактера или се додају као примери конкретни догађаји нпр. пожар, елементарне непогоде, чиме се практично указује да се ради о објективној одговорности. Потребно је водити рачуна о прецизирању овог појма, с обзиром на чињеницу да постоји разлика у његовом значењу у англосаксонском и европском правном систему.

Међутим, има случајева када се предвиђа и претпостављена субјективна одговорност транспортера. То значи, да је ствар самих уговорних страна да одреде објективну или субјективну одговорност превозиоца, мада пракса показује да се чешће уговара објективна одговорност. Ако уговором није ништа предвиђено примењују се правила међународног приватног права, а ако се ради о вануговорној одговорности примењују се прописи земље на чијој се територији налази цевовод.

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ЦЕВОВОДНОГ ТРАНСПОРТА У СРБИЈИ

У Србији је ситуација слична као у ЕУ, када се ради о питањима која су предмет правног регулисања у превозу цевоводима. Постоје прописи који се односе на транспорт, дистрибуцију, безбедност, организацију превоза и слично, али нема посебних правила која регулишу уговорне односе у цевоводном транспорту.

У погледу нормативног уређења ових питања код нас постоје следећи прописи:

Законом о енергетици из 2011. и 2012. године²⁵ уређује се комплетна енергетска политика, тржиште енергије, производња енергије, управљање системима преноса, транспорта и дистрибуције енергије. Њиме се регулише и начин обављања енергетских делатности у области природног гаса. Он регулише делатности везане за транспорт, складиштење, дистрибуцију и трговину природним гасом, као, и управљање овим системима.

Следећи важан пропис је Закон о цевоводном транспорту гасовитих и течних угљоводоника и дистрибуција гасовитих угљоводоника²⁶, којим се уређује безбедан цевоводни транспорт гасовитих и течних угљоводоника (нафта и гас) и њихова дистрибуција као и пројектовање, изградња, одржавање и коришћење цевовода. Такође је значајан и Закон о заштити животне средине²⁷, посебно одредбе 103-108, у којима је начелно предвиђена објективна одговорност за штету која настане као резултат загађења. Решења у поменутиим одред-

²⁵ „Службени гласник РС” 57/2011, 93/2012.

²⁶ „Службени гласник РС” 104/2009.

²⁷ „Службени гласник РС”, бр.135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009.

бама полазе од концепта грађанскоправне одговорности, потраживања накнаде материјалне штете нанете имовини оштећеног лица, која се остварује у оквиру грађанскоправног поступка. Овај концепт се не уклапа у тезу да је животна средина заштићено јавно добро, како је третирана у Директиви.

Закон о изменама и допунама Закона о заштити животне средине, усвојен у Скупштини Републике Србије маја 2009. године, у себи садржи препоруке SEVESO II Директиве.

Релевантне су и одредбе Закона о облигационим односима²⁸ као и Закон о превозу опасних материја.²⁹ Пошто материја уговора о цевоводном транспорту није правно регулисана посебним прописима, ни на међународном, а ни на унутрашњем плану, примењују се правила која уговорне стране саме договоре, правила општих услова пословања компанија које се баве цевоводним транспортом, уколико постоје и као допунска општа правила која важе за уговоре о превозу.

У Србији се такође, у недостатку уговорних одредби, примењују општа правила Закона о облигационим односима из 1978. године. То значи, да ако уговором није ништа предвиђено у погледу одговорности цевоводног транспортера, примењује се принцип објективне одговорности, сходно правилима Закона о облигационим односима. У случају проузроковања штете, цевоводни транспортер одговара објективно као вршилац опасне делатности и лице коме је поверена опасна ствар. У сваком случају, транспортер не одговара по основу кривице – која се утврђује, већ је довољно наступање штетне последице и узрочна веза са превозом опасне ствари да би се применила правила о одговорности транспортера.

Као разлози за ослобођење од одговорности се примењују општи основи за ослобођење од одговорности у систему објективне одговорности. То су догађаји више силе, које је најбоље у уговору прецизно дефинисати, избегавањем употребе општег појма више силе. Навођењем елемената непредвидљивост и неизбежност догађаја, неотклоњивост последица и спољашњост догађаја, која указује да је штета настала из узрока који се налази ван опасне ствари, избегавају се бројни проблеми који могу настати тумачењем појма више силе. У пракси се дешава да му садржину дају саме уговорне стране према значењу које тај појам има у њиховим правним системима. Пошто су разлике у тумачењу појма више силе евидентне и у оквиру истог правног система, *civil law*, који се заснива на институтима римског прва, као што је случај са француским и немачким појмом више силе, а нарочито су велике између *civil law* и *common law* правних система, онда је оправдано прецизирању појма више силе посветити посебну пању у конкретном уговору.³⁰

²⁸ Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, задња измена „Службени лист СРЈ” бр. 31/93.

²⁹ „Службени лист СРЈ“ 24/94, 68/2002.

³⁰ Ђурђев, Д.: „Превоз нафте и гаса“, 2009, *Правна ријеч*, 2009, Бања Лука стр. 441-455.

Цевоводни транспортер се ослобађа од одговорности и ако докаже да је штета наступила искључивом радњом оштећеног или трећег лица, коју он није могао предвидети, и чије последице није могао избећи или отклонити.

И у нашој земљи, уговорни односи нису посебно регулисани у прописима, тако да се на односе између цевоводног транспортера и наручиоца посла примењују општа правна правила која се односе на превоз, посебно превоз опасних ствари у које спадају нафта и гас.

ЛИТЕРАТУРА

- Jordan Andrew, EU Environmental policy at 25:the politics of multinational governance, 1998, <http://articles.findarticles.com/p/articles/mi-m1076/is-nl-v40/ai20330012>
- Assessing the case for EU legislation on the safety of pipelines and the possible impacts of such an initiative, Final Report, ENV.G.1/FRA/2006/0073, dec 2011
- Berit Betlam, Edward Brans, Environmental liability in the EU, London 2006 str 182
- Fransworth Nick, Is the Directive on Environmental Liability with regard to Prevention and Remedying of Environmental damage justified under the subsidiarity principle?, European Environmental Law Review, 2004 , 176-185
- Rainer Konsermann, Chritiane K"uhl, J"org Ludwig, On the risks of transporting liquid and gaseous fuels in pipelines, BAM Research Report 289 ISBN 978-3-9813346-3-0, <http://webcache.googleusercontent.com>.)
- Драгана Радојевић, Нова Директива Европске уније о одговорности у области заштите животне средине, МП 1/22, 2005 стр 177
- Зоран Сретић, Режим одговорности за штету у животној средини у праву ЕУ, Ревизија за европско право VIII. 2006, 2-3 стр 59
- Ђурђевић Д.: Превоз нафте и гаса (рад саопштен на скупу Октобарски правнички дани (6 ; 2009; Бања Лука)), *Правна ријеч*, 2009.
- Водич кроз право ЕУ-Енергетика, <http://jstrb.bos.rs/znas-kako/uploaded/10-vodic-kroz-eu-politike-energetika.pdf>
- Convention on Civil Liability for damage resulting from activities dangerous to the environment, Lugano 1993, Council of Europe: European treaty series, no 150, 21, I.L.M. 1993.
- Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC, OJ L 211-94 12Directive 82/501/EEC on the major accident hazards of certain industrial activities, SEVESO I, OJ L 230/82.
- Directive 96-82 EC on the control of major accident hazards involving dangerous substances, SEVESO II, OJ L 10-1997, превод Директива о контроли ризика појаве већих акцидената са опасним супстанцама.

Directive concerning measures to safeguard security of natural gas supply, OJ L 127-2004.

INOGATE је програм регионалне енергетске сарадње ЕУ и држава уз Црно и Каспијско море. Партнери ЕУ су Јерменија, Азербејџан Белорусија, Грузија, Казахстан, Киргизија, Молдавија, Таџикистан, Турска, Туркменистан, Украјина, Узбекистан.

DIRECTIVE 2012/18/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 July 2012 on the control of major-accident hazards involving dangerous substances, amending and subsequently repealing Council Directive 96/82/EC.

COUNCIL DIRECTIVE 2006/67/EC of 24 July 2006 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products OJL 217-2006.

COUNCIL DIRECTIVE 2009/119/EC of 14 September 2009 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products OJ L 265-2009.

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

RISKS OF PIPELINE TRANSPORT

Summary

In the last few decades there has been an explosion in the importance of pipelines as a means of transportation of oil, gas, water and other materials. Pipelines are considered safer than alternative forms of transport in many cases and their use has spread around the world into all types of terrain.

Pipeline transport of oil and gas is new mode of transportation which has numerous advantages in respect to classic modes of transport. EU regulations predominantly relates to creation of common market of gas and to security issues of transport and distribution of oil and gas, while legal regulation of contractual relations among pipeline operator and others is left to contractual parties. Importance of that mode of transport and in particular connectivity of national and regional and international pipelines generates necessity of legal regulations of than type of contract.

Key words: *Common market, security of transport, risks, pipeline liability.*

„ИСЦРПЉЕЊЕ“ АУТОРСКОГ ПРАВА И СРОДНИХ ПРАВА, МЕЂУНАРОДНА ТРГОВИНА И ПОСЛОВАЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ¹

Доц. др Душан Поповић*

Апстракт: Институт „исцрпљења“ права, представља значајно ограничење субјективног ауторског права и сродних права. У одсуству хармонизације, државе прописују наступање „исцрпљења“ права под различитим условима, те се оно може јавити као национално, регионално или међународно „исцрпљење“. Те разлике могу битно утицати на трговину производима који представљају материјализацију ауторских дела и предмета сродноправне заштите. Међународна трговина таквим производима данас се, пре свега, обавља путем интернета, због чега је неопходно недвосмислено утврдити да ли се институт „исцрпљења“ права примењује и у случају стављања у промет дигиталних примерака ауторских дела и предмета сродноправне заштите, тј. приликом преузимања производа у електронском облику. У раду се анализира пракса Европске комисије и Суда правде ЕУ у вези са овим специфичним случајевима трговине производима, који представљају материјализацију заштићеног интелектуалног добра. Предмет анализе су и специфичности режима „исцрпљења“ ауторског права и сродних права у Сједињеним Америчким Државама.

Кључне речи: „исцрпљење“ права, ауторско право, сродна права, право интелектуалне својине, интернет, међународна трговина.

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ „ИСЦРПЉЕЊА“ ПРАВА

Иако представља један од класичних института права интелектуалне својине, „исцрпљење“ субјективних права интелектуалне својине (енг. *exhaustion of rights*) не престаје да изазива контроверзе у правној теорији и пракси. До „исцрпљења“ права долази када примерци ауторског дела или јединице производа на који се односи заштита у праву индустријске својине,

* доцент Правног факултета Универзитета у Београду

¹ Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду “Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)”.

вољом аутора или његовог правног следбеника буду стављени у промет, а прибавилац тих примерака/јединица производа постане њихов власник. Власник тада може слободно даље стављати у промет те исте примерке/јединице производа. У овом раду ограничићемо се на анализу института „исцрпљења“ ауторског права и сродних права. Сврха института „исцрпљења“ права, јесте да онемогући титулара права интелектуалне својине да, недавањем сагласности, спречи даљи промет примерака предмета који представља материјализацију интелектуалног добра. Услед „исцрпљења“ права интелектуалне својине, сагласност титулара права за тзв. секундарни промет производа на који се односи заштита није потребна, уколико се такав промет одвија на домаћем тржишту. Почев од деветнаестог века, институт „исцрпљења“ права интелектуалне својине прихваћен је у Великој Британији, Сједињеним Америчким Државама², Немачкој, Холандији... У ауторском праву Белгије и Француске, пак, развијен је концепт права одредишта (фр. *droit de destination*) којим се означава овлашћење аутора да забрани стицаоцима примерка ауторског дела да прибављени примерак користе на одређени начин. Заправо, титулар ауторског права и сродних права овлашћен је да делимично контролише даље „стављање у промет“³ примерака ауторског дела и предмета сродноправне заштите, путем ограничавања начина коришћења примерака заштићеног интелектуалног добра. На пример, титулар права може одлучити да стави у промет примерке телесних носача на којима је забележен фонограм, али да ограничи коришћење тих примерака само у личне, некомерцијалне сврхе од стране крајњих потрошача, искључујући притом друге потенцијалне купце односно кориснике, као што су произвођачи емисије или власници дискотека. Титулар права се ипак не може супротстављати промету примерака унутар „одабраног“ тржишта.⁴

Предмет у коме је материјализовано интелектуално добро може бити стављен у промет на домаћем или на иностраном тржишту. До „исцрпљења“ права свакако долази када је предмет на који се односи заштита, стављен у промет на домаћем тржишту. У случају стављања у промет примерака предмета у коме је материјализовано интелектуално добро на иностраном тржишту, у примени су три различита концепта „исцрпљења“ права интелектуалне својине. Први концепт назива се међународно „исцрпљење“ и састоји се у „конзумацији“ субјективног права интелектуалне својине чином првог стављања у промет примерака предмета који представља материјализацију

² У САД је институт „исцрпљења“ права интелектуалне својине прихваћен у виду теорије прве продаје. Вид. треће поглавље овог рада за подробнију анализу америчког права.

³ Концепт права одредишта развијен на основу одредаба националних ауторскоправних прописа којима је уређено вршење овлашћења на умножавање ауторског дела, а не овлашћења на стављање у промет примерака ауторског дела.

⁴ Титулар ауторског права може извршити организацију тржишта. На пример, титулар може двама лицима уступити овлашћење на издавање ауторског дела у различитом облику, тј. на различитим носачима. Могуће је и да за сваки вид промета одабере различита лица (библиотеке, хипермаркети...). На тај начин титулар може утицати на даљи промет примерака дела.

заштићеног интелектуалног добра вољом титулара права, без обзира на место (државу) у којој је примерак први пут стављен у промет. У државама у којима је прихваћен концепт међународног „исцрпљења”, титулар права интелектуалне својине не може се противити паралелној трговини. Сједињене Америчке Државе прихватиле су, у одређеној мери, систем међународног „исцрпљења” у области ауторског⁵ и жиговног права⁶. У Србији је концепт међународног исцрпљења прихваћен у области жиговног права.⁷ Други концепт назива се регионалним „исцрпљењем” права интелектуалне својине. Према овом систему, субјективно право интелектуалне својине је исцрпљено када је примерак предмета који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра стављен у промет вољом титулара права на тржишту одређеног региона. Титулар права интелектуалне својине може се, дакле, супротставити паралелној трговини производа на који се односи заштита само у случају увоза из државе која не припада посматраном региону. Концепт регионалног „исцрпљења” прихваћен је у Европској унији. Најзад, трећи концепт, јесте већ помињани концепт националног „исцрпљења” који подразумева овлашћење титулара права интелектуалне својине да се супротстави паралелној трговини, без обзира из које државе се предмет који представља материјализацију заштићеног интелектуалног права увози. Сједињене Америчке Државе, на пример, прихватају концепт националног „исцрпљења” у области патентног права.⁸ У Србији је прихваћен концепт националног „исцрпљења” у области патентног права⁹, права заштите индустријског дизајна¹⁰ и ауторског права¹¹.

Ниједном међународном конвенцијом у области заштите интелектуалне својине изричито није прописано наступање „исцрпљења” права интелектуалне својине. У супротном, не би постојале претходно описане разлике међу државама у уређивању обима овлашћења на стављање у промет примерака предмета који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра. Чак ни новије конвенције, као што су Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине, WIPO Уговор о ауторском праву и WIPO Уговор

⁵ Вид. треће поглавље овог рада.

⁶ До међународног „исцрпљења” жига ће сигурно доћи уколико су титулар жига у САД и инострани произвођач производа који су обележени заштићеном ознаком међусобно пословно повезани (нпр. припадају истој групацији привредних друштава). Такође, „конзумација” жига ће наступити под условом да нема материјалних разлика између производа обележених истом жигом заштићеном ознаком.

⁷ Закон о жиговима РС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 40.

⁸ У пресуди *Jazz Photo Corp. v. ITC* (264 F.3d 1094), донетој 2001. године, недвосмислено је закључено да се патент може „исцрпети” само уколико је производ први пут стављен у промет на територији САД.

⁹ Закон о патентима РС, чл. 22.

¹⁰ Закон о правној заштити индустријског дизајна РС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 45.

¹¹ Закон о ауторском праву и сродним правима (надаље, ЗАСП РС), *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 99/2011, чл. 21, ст. 3.

о интерпретацијама и фонограмима, не садрже одредбе којима се прописује наступање „исцрпљења” субјективних права интелектуалне својине под одређеним околностима. У члану 6 TRIPs-а чак изричито стоји да се „(...) ништа у овом Споразуму неће користити за решавање питања 'исцрпљења' права интелектуалне својине”. Одсуство међународноправног уређивања института „исцрпљења” права последица је немогућности постизања компромиса међу државама о концепту овог института који треба прихватити.

2. УСЛОВИ ЗА НАСТУПАЊЕ „ИСЦРПЉЕЊА“ АУТОРСКОГ ПРАВА И СРОДНИХ ПРАВА У ПРАКСИ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ И СУДА ПРАВДЕ ЕУ

У Европској унији, заштита интелектуалних добара је и даље највећим делом уређена националним прописима. Право интелектуалне својине ЕУ преовлађујуће је усмерено на хармонизацију националних прописа, што се остварује усвајањем одговарајућих директива Европске уније. Ретки су истински наднационални инструменти, а њихово успостављање често је предмет вишегодишњих, па и вишедеценијских преговора. Наднационални инструменти права интелектуалне својине успостављају се путем уредаба Европске уније, и до сада су усвојене уредбе о жигу ЕУ¹², дизајну ЕУ¹³, ознакама географског порекла (за пољопривредне производе и храну)¹⁴, заштити биљних сорти¹⁵. Преовлађујући национални карактер права интелектуалне својине логично представља препреку пуном успостављању јединственог, унутрашњег тржишта Европске уније, којег карактеришу тзв. четири слободе (слободни промет робе, слободни промет капитала, слободно кретање људи и слободно пружање услуга) као и слободна конкуренција. Због тога је било неопходно прихватити концепт регионалног „исцрпљења” права интелектуалне својине. Прихватање овог концепта није прошло без отпора држава чланица ЕУ, имајући у виду чињеницу да Оснивачки уговори не садрже ниједну одредбу којом се изричито уређује „исцрпљење” права интелектуалне својине. За увођење института регионалног „исцрпљења” стога су заслужни Европска комисија и Суд правде, који су телеолошки тумачили чл. 28 и 30 Уговора о оснивању ЕЗ (садашњи чл. 34 и 36 Уговора о функционисању ЕУ).¹⁶

¹² Уредба (ЕЗ) бр. 40/94 од 20. децембра 1993. године о комунитарном жигу, *Службени лист ЕЗ*, 1994, бр. L11.

¹³ Уредба (ЕЗ) бр. 6/2002 од 12. децембра 2001. године о комунитарном дизајну, *Службени лист ЕЗ*, 2002, бр. L3.

¹⁴ Уредба (ЕЗ) бр. 510/2006 од 20. марта 2006. године о заштити географских ознака и имена порекла за пољопривредне производе и храну, *Службени лист ЕУ*, 2006, бр. L93.

¹⁵ Уредба (ЕЗ) бр. 2100/94 од 27. јула 1994. године о комунитарном праву заштите биљних сорти, *Службени лист ЕЗ*, 1994, бр. L227.

¹⁶ Чл. 28 УЕЗ (чл. 34 УФЕУ): „Забрањена су квантитативна ограничења увоза између држава

Концепт регионалног „исцрпљења” први пут је афирмисан пресудом Суда правде донетом у предмету *Deutsche Grammophon*, у којој је суд недвосмислено закључио да је вршење искључивог овлашћења на стављање у промет примерака фонограма, тако што се спречава продаја у посматраној држави примерака које је произвођач фонограма ставио у промет у другој држави чланици, у супротности са одредбама Оснивачких уговора о слободном промету робе. Иако је реч о заштити индустријске и трговачке својине у смислу чл. 36 УФЕУ, вршење овлашћења на стављање у промет примерака предмета који представљају материјализацију заштићеног интелектуалног добра у циљу спречавања прекограничног промета примерака унутар ЕУ представљало би средство својеволне дискриминације или прикривени облик ограничавања трговине између држава чланица. Изузетак од примене чл. 34 УФЕУ, прописан чланом 36 УФЕУ не може се, стога, применити у овој ситуацији.¹⁷ Пракса Европске комисије и европских судова (Суда правде и Општег суда ЕУ) којом је афирмисан концепт регионалног „исцрпљења” права интелектуалне својине врло је обимна. У бројним одлукама и пресудама прецизиране су околности у којима „исцрпљење” наступа.¹⁸

2.1. Стављање у промет производа

До „исцрпљења“ права долази у тренутку када се примерак ауторског дела или предмета сродноправне заштите стави у промет и треће лице га прибави, најчешће правним послом купопродаје. Међутим, у случају да између произвођача и крајњег потрошача има више посредника, тренутак стављања у промет није сасвим лако утврдити. Извесно је да се сам транспорт производа не може сматрати његовим стављањем у промет. Знатно сложеније је утврдити да ли је дошло до стављања у промет посматраног производа у ситуацијама у којима се користе тзв. лиценце по приступу или у случају када је корисник преузео производ електронским путем.

чланица и све мере са истим дејством.” Чл. 30 УЕЗ (чл. 36 УФЕУ): „Одредбе чланова 28 и 29 не представљају препреку забранама или ограничењима увоза, извоза или транзита робе, ако су она оправдана разлозима јавног морала, јавног поретка или јавне безбедности, заштите здравља и живота људи, животиња или биљака, заштите националног културног добра уметничке, историјске и археолошке вредности или заштите индустријске и трговачке својине. Међутим, такве забране или ограничења не смеју постати средство својеволне дискриминације или прикривен облик ограничавања трговине између држава чланица.”

¹⁷ Иако је концепт регионалног „исцрпљења” афирмисан помоћу тумачења релевантих одредаба Оснивачких уговора, убрзо је дошло до усвајања секундарног законодавства ЕУ (уредби, директива) којима је изричито прописано регионално „исцрпљење”.

¹⁸ За подробнију анализу услова под којима наступа „исцрпљење“ права вид. Д. Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 173-191.

2.1.1. Лиценце по приступу

Приликом продаје примерака рачунарских програма забележених на телесном носачу често се користе тзв. лиценце по приступу.¹⁹ Овај невешти превод на српски језик користимо да бисмо означили тзв. *shrink-wrap*, *click-wrap* и *browse-wrap* лиценце. Реч је о продаји примерака рачунарских програма забележених на телесном носачу чије коришћење је могуће тек када се прибавилац сагласи са условима коришћења који су означени на омоту производа или се електронски приказују приликом прве употребе (тачније, пре прве употребе).²⁰ Наиме, у случају да су услови коришћења означени на омоту, сматра се да је прибавилац телесног носача на коме је забележен рачунарски програм, отварањем амбалаже, тј. уклањањем омота прихватио те услове. Уколико су, пак, они истакнути у електронском облику, није могуће започети са коришћењем производа док се кликом мишем на одговарајућем месту прибавилац не сагласи са тим условима. Постоје опречна мишљења о томе да ли се описаним радњама може закључити уговор о лиценци. Текст исписан на омоту или приказан на рачунару могао би се окарактерисати као понуда за закључење уговора по приступу²¹, а радња уклањања омота, односно радња означавања електронским путем одређеног поља на екрану рачунара представљала би изјаву воље прибавиоца примерка производа усмерену на закључење уговора. За пуноважност уговора, мора се, међутим, недвосмислено утврдити да је купац примерка рачунарског програма при уобичајеној пажњи могао бити свестан чињенице да предузета радња отварања амбалаже, одговарања на постављено питање или посете повезаном сајту на коме су објављени општи услови пословања представља његову изјаву воље усмерену на закључење уговора о лиценци. У том смислу, у погле-

¹⁹ Подсетимо још једном да се у државама континенталног права појам лиценце, по правилу, не користи у области ауторског права. Уз ову ограду, користимо изворну англосаксонску терминологију, која је углавном прихваћена и у праву ЕУ. Штавише, коришћење термина „лиценца“ у контексту промета рачунарских програма може се оправдати чињеницом да рачунарски програми, под одређеним условима, могу бити предмет патентне заштите. Више о правној природи уговора о лиценци софтвера: С. Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 103-120.

²⁰ Код *click-wrap* лиценци, корисник се приликом прве употребе рачунарског програма саглашава са понуђеним условима који се приказују на екрану рачунара тако што означава поље „Сагласан“ или „Прихватам“. Код *browse-wrap* лиценци, услови се не наводе уз понуђени рачунарски програм, већ се корисник упућује на линк путем којег може да се упозна са садржином општих услова пословања.

²¹ Битно обележје уговора по приступу или атхезионих уговора јесте чињеница да је све њихове клаузуле одредила унапред једна страна, било путем општих услова, било путем појединачних уговора. Друга страна не може у предложеним условима ништа мењати; она може једино у целисти да их прихвати или да се одрекне закључења уговора. Више о уговорима по приступу: О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 221; Ј. Радишић, *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000, 104-105.

ду правне ваљаности уговора, истицање услова уговора на екрану рачунара пре отпочињања са коришћењем рачунарског програма, чини концепт *click-wrap* лиценце мање спорним од концепта тзв. лиценце на омоту производа.

Приликом продаје примерака ауторског дела или производа у коме је материјализован предмет сродноправне заштите релативно је лако утврдити да ли је дошло до стављања у промет. Задатак је, међутим, неупоредиво тежи уколико произвођач, који је уједно титулар ауторског права или сродног права, уступи лиценцу истовремено са дистрибуцијом материјалног носача. Ово питање поставља се у вези са прометом примерака рачунарских програма. Директивом ЕУ о правној заштити рачунарских програма²² прописано је да титулар ауторског права има искључиво овлашћење на стављање у промет, укључујући давање у закуп изворног рачунарског програма или примерака насталих његовим умножавањем. Није јасно да ли стављање у промет у смислу Директиве обухвата само продају примерака програма записаног на телесном носачу или се под тај појам могу подвести и тзв. лиценце по приступу. У случају да појам стављања у промет обухвата само чин продаје примерка рачунарског програма и не утиче на режим тзв. лиценце по приступу, произвођач би могао да, вршећи овлашћења која чине садржину субјективног ауторског права, забрани препродају примерка у другој држави чланици ЕУ. Ипак, имајући у виду да секундарним законодавством ЕУ не могу бити ограничена права која адресати остварују на основу примарног законодавства, субјективно ауторско право биће „исцрпљено” чим је предузета радња стављања у промет, у смислу релевантних одредаба Оснивачких уговора. Због тога исход тумачења одредаба директиве не може бити у супротности са закључком до кога би се дошло приликом одредаба Оснивачких уговора.

Врховни суд Немачке имао је прилику да анализира (не)наступање „исцрпљења“ права при коришћењу лиценци по приступу, у оквиру предмета *OEM Version*. Предмет се тичао „исцрпљења” ауторског права при стављању у промет примерака рачунарских програма на телесним носачима.²³ Радило се о Мајкрософтовим програмима који су дистрибуирани најпре преко посредника, затим трговца на мало, до крајњих потрошача. Спорни рачунарски програми били су намењени коришћењу искључиво на Мајкрософтовом хардверу, тако да је посредник морао да се обавезе да ће их продавати искључиво уз хардвер истог произвођача. Такође, посредник се морао обавезати да ће захтевати од осталих учесника у дистрибутивном ланцу да прихвате поменуто ограничење. Трговац на мало је, међутим, продавао примерке рачунарског про-

²² Директива (ЕЗ) бр. 91/250 од 14. маја 1991. године о правној заштити рачунарских програма, *Службени лист ЕЗ*, 1991, бр. L122.

²³ Федерални врховни суд Немачке (Bundesgerichtshof), *OEM Version*, предмет бр. I ZR 244/97, 6. јули 2000. год. За коментар пресуде вид. Т. Overdijk, Р. Putt, Е. de Vries, Т. Schafft, “Exhaustion and software resale rights: A comparison between the European exhaustion doctrine and the U.S. first sale doctrine in the light of recent case law”, *Computer Law Review International* 2/2011, 33-40.

грама издвојено, па је Мајкрософт повео спор због повреде ауторског права. У своју одбрану, тужени је тврдио да је дистрибуцијом телесних носача посреднику и/или трговцу на мало дошло до „исцрпљења“ ауторског права. Најпре првостепени, а потом и апелациони суд сматрали су да до „исцрпљења“ права није дошло због ограниченог обима дистрибуције, те да је ауторско право повређено. Међутим, Врховни суд је заузео супротни став, наводећи да је до „исцрпљења“ ауторског права дошло већ приликом предаје примерака првом посреднику, тако да ни трговац на мало, ни крајњи потрошачи нису могли повредити ауторско право тужиоца. Услови лиценце не могу, дакле, спречити наступање „исцрпљења“ ауторског права.²⁴ Међутим, ваља напоменути да би став који је немачки Врховни суд заузео у пресуди *OEM Version* требало следити само у случају када се продаје примерак рачунарског програма забележеног на телесном носачу, купци стичу право својине на примерку и плаћање се врши једнократно. Уколико би, на пример, лиценца била временски ограничена, уколико би плаћање било периодично, а телесни носач би се морао вратити произвођачу по истеку лиценце, могло би се тврдити да је у питању закуп а не продаја. У одсуству продаје, имало би више основа тврдити да до „исцрпљења“ ауторског права није дошло.

2.1.2. Преузимање производа у електронском облику

Приликом преузимања у електронском облику производа који представљају материјализацију заштићеног интелектуалног добра, моменат стављања производа у промет није сасвим једноставно утврдити. Све чешће се неке врсте ауторских дела, као што су на пример филмска дела, музичка дела или рачунарски програми, преузимају директно са интернета (енг. *download*). Потребно је утврдити да ли је том приликом примерак дела продат, дат у закуп или је пружена услуга, како би се могло закључити да ли је он стављен у промет, а ауторско право „исцрпљено“. Одговор се најпре може потражити међу одредбама Директиве ЕУ о информатичком друштву.²⁵ Путем ове директиве, право ЕУ усклађено је са одредбама WIPO Уговора о ауторском праву. У преамбули Директиве изричито се наводи да ауторскоправна заштита, на основу овог прописа, обухвата овлашћење на стављање у промет дела инкорпорисаног у материјални носач.²⁶ До „исцрпљења“ не долази у случају пружања онлајн услуга, а исто важи и за примерке ауторског дела или предмета сродних права које је, на телесном носачу, умножио корисник такве услуге уз сагласност ти-

²⁴ Вид. М. М. Walter, S. von Lewinski, *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford University Press, Њујорк 2010, 134-135.

²⁵ Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2011. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву, *Службени лист ЕЗ*, 2001, бр. L167.

²⁶ *Ibid.*, тач. 28 преамбуле.

тулара права.²⁷ Посебно је наглашено да је пружање сваке онлајн услуге радња за чије предузимање је потребна сагласност титулара, за разлику од коришћења заштићеног интелектуалног добра инкорпорисаног у телесне носаче какви су CD-ROM и CD-I.²⁸ Међутим, одредбе чланова 3 и 4 Директиве не подударaju се сасвим са виђењем изнетим у њеној преамбули. Иако се прави разлика између јавног саопштавања ауторског дела, с једне стране, и његовог стављања у промет, с друге стране, у чл. 4 Директиве није изричито наведено да ауторско право неће бити „исцрпљено” у односу на примерак ауторског дела или предмета сродног права који је на материјалном носачу умножио корисник онлајн услуге. Подсетимо да ова непрецизност заправо потиче из WIPO Уговора о ауторском праву. У тој међународној конвенцији се прави разлика између јавног саопштавања дела и његовог стављања у промет, а институт „исцрпљења” прописује се само у односу на примерке стављене у промет. Међутим, из појма „прве продаје или другог начина преноса права својине” у смислу чл. 6, ст. 2 WIPO Уговора о ауторском праву није изричито искључено преузимање са интернета у електронском облику. Ипак, у пратећем саопштењу усвојеном на дипломатској конференцији сазваној ради усвајања WIPO Уговора о ауторском праву, наводи се да се појам умножавања у смислу чл. 6 Уговора мора укључивати телесне носаче, који потом могу бити стављени у промет.

И поред недоречености Директиве ЕУ о информатичком друштву, јасно је да, независно од тумачења цитираних одредаба, не може доћи до „исцрпљења” права интелектуалне својине на основу секундарног законодавства ЕУ, уколико примарно законодавство (чл. 34 и 36 УФЕУ) прописује његово наступање. Према томе, европски судови би требало да заузму став о (не)наступању „исцрпљења” права у случају преузимања производа путем интернета не само тумачећи одредбе Директиве, већ и Оснивачких уговора. Такође, судови не би требало да прихвате наступање „исцрпљења” права интелектуалне својине у случају да онлајн корисник на основу једног преузимања производа са интернета обави више препродаја. Овакав закључак може се лако извести по аналогији са ситуацијом из „материјалног” света у којој купац нпр. музичког ауторског дела издатог на компакт-диску не би био овлашћен да умножи и продаје неограничен број копија тог диска.²⁹

2.2. Сагласност титулара права

Да би наступило „исцрпљење” права интелектуалне својине, потребно је да је производ који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра вољом титулара права стављен у промет. Титулар може сам ставити у

²⁷ *Ibid.*, тач. 29 преамбуле.

²⁸ *Ibid.*,

²⁹ Вид. такође М. М. Walter, S. von Lewinski, *European Copyright Law: A Commentary*, 136-138.

промет посматрани производ, а то може учинити и треће лице уз сагласност титулара права. Воља титулара права интелектуалне својине да стави у промет производ који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра не може се претпоставити. Она мора бити изражена у односу на сваки примерак који је стављен у промет. Не може се претпоставити да је титулар права вољан да стави све примерке одређеног производа у промет на основу чињенице да су извесне количине истог производа већ у промету на релевантном тржишту. Сагласна воља титулара права интелектуалне својине може се претпоставити, уколико околности пре, током или након стављања производа у промет недвосмислено указују да се он одрекао свог права на супротстављање пласирању производа на тржиште. Национални пропис којим би се претпоставка имплицитне сагласности за стављање производа у промет везивала за просто „ћутање” титулара субјективног права интелектуалне својине, био би противан праву Европске уније.³⁰

3. СПЕЦИФИЧНОСТИ „ИСЦРПЉЕЊА“ АУТОРСКОГ ПРАВА И СРОДНИХ ПРАВА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА

У Сједињеним Америчким Државама је институт „исцрпљења“ прихваћен у виду теорије прве продаје (енг. *first sale doctrine*).³¹ До „конзумације“ субјективног ауторског или сродног права долази у случају да је примерак ауторског дела или предмета сродноправне заштите стављен у промет на територији САД уз сагласност титулара права. Када је реч о примерцима ауторских дела и предмета сродноправне заштите који се увозе на америчко тржиште, у судској пракси се другачије третирају различити модалитети таквог увоза. Према тренутном стању судске праксе, у Сједињеним Америчким Државама се субјективно ауторско право неспорно „исцрпљује” у случају увоза примерака ауторског дела који је први пут стављен у промет на америчкој територији и потом извезен. Реч је о тзв. повратној роби (енг. *round trip goods*). У вези са евентуалним „исцрпљењем” до кога би дошло у случају да су примерци ауторског дела први пут стављени у промет на иностраном тржишту, а затим увезени у САД, постоје опречне судске пресуде.³²

³⁰ За подробнију анализу вид. R. Blasselle, *Traité de droit européen de la concurrence*, том 2А, Publisud, Париз 2004, 117-121.

³¹ Више о теорији прве продаје: S. W. Halpern, C. A. Nard, K. L. Port, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Wolters Kluwer, Алфен 2011, 84-88, 272-274.

³² Вид. M. Forsyth, W. A. Rothnie, “Parallel imports”, *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy* (ур. S. D. Anderman), Cambridge University Press, Кембриџ 2007, 442.

Номотехничко решење одредбе Закона о ауторском праву САД, којом су прописани услови под којима наступа „исцрпљење“ ауторског права, у одређеној мери се разликује од оног које срећемо у националним правним системима европских држава и у праву ЕУ. Наиме, Одељком 106(3) Закона о ауторском праву САД прописује се да је „(...) власник примерка ауторског дела или фонограма који су законито сачињени у складу са овим Одељком, као и свака друга особа уз сагласност власника примерка, овлашћен да, без потребе прибављања сагласности титулара ауторског права, прода тај примерак или њиме на други начин располаже“.³³ У правној теорији постоје спорења, а у судској пракси разлике, у погледу тумачења ове норме. Није сасвим јасно да ли су примерци ауторског дела „законито сачињени у складу са овим Одељком“ само они примерци који су сачињени на територији САД или и они сачињени ван територије ове државе. У предмету *Quality King Distributors* Врховни суд САД заузео је став по коме до „исцрпљења“ ауторског права долази и у случају када је примерак ауторског дела купљен у иностранству.³⁴ Међутим, у овом предмету спор се односио на примерке ауторског дела који су произведени на територији САД, па затим извезени и продати у иностранству, да би потом били увезени на „матичну територију“. Суд, дакле, није био у прилици да се изјасни о томе да ли би до „исцрпљења“ права дошло када би примерци ауторског дела били сачињени у иностранству, прибављени у иностранству и затим увезени на територију САД. Ова дилема разрешена је тек недавно, у марту 2013. године, када је Врховни суд САД донео пресуду у предмету *Kirtsaeng v. Wiley*.³⁵ Врховни суд је, тумачећи захтев да „примерци ауторског дела буду законито сачињени у складу са овим Одељком“, закључио да интенција законодавца није била да постави својеврсно географско ограничење за примену доктрине прве продаје у односу на примерке дела произведене у иностранству. Напротив, речи „законито сачињени“ треба тумачити само као критеријум којим се из поља примене одредбе искључује пиратска роба, док речи „у складу са овим Одељком“ обавезују лице које норму примењује да оцену да ли су примерци ауторског дела пиратски или су законито сачињени да на основу критеријума који произилазе из самог Закона о ауторском праву САД.

Пресуда донета у предмету *Kirtsaeng v. Wiley* могла би да доведе до различитог третмана аналогних и дигиталних примерака ауторских дела у ау-

³³ Упоредити са чл. 21, ст. 3 ЗАСП РС: „*Право аутора на стављање примерака дела у промет не делује према оном власнику примерка дела који је тај примерак легално прибавио у Републици Србији од аутора или од ауторовог правног следбеника. Власник може слободно отуђити примерак дела који је легално прибавио од аутора или ауторовог правног следбеника.*“

³⁴ *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anzaresearch Int'l, Inc.* (96-1470), 98 F.3d 1109.

³⁵ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons* 654 F.3d 210. Спор је повео амерички издавач универзитетских уџбеника против америчког студента тајландског порекла, који је преко својих рођака на Тајланду прибављао примерке америчких уџбеника издатих у иностранству, а затим их продавао у САД. Радило се о међународним издањима америчких уџбеника, издатим и продаваним у иностранству. Издавач је било зависно привредно друштво тужиоца.

торском праву САД. Наиме, овом пресудом искључује се постојање повреде субјективног ауторског права у случају тзв. секенд-хенд (енг. *second hand*) трговине аналогним примерцима ауторских дела, док би повреда могла бити утврђена, на пример, у случају препродаје „коришћених“ дигиталних примерака ауторских дела и предмета сродноправне заштите (записа музике, компјутерских игара и сл.). Пресуда донета у овом предмету могла би да наведе титуларе права да уговорне клаузуле ауторског уговора (односно уговора о лиценци софтвера) сачине тако што ће уговорити да стицалац не може прибавити примерак ауторског дела или предмета сродноправне заштите, већ само стећи овлашћење на коришћење примерка. Тиме би се могло избећи наступање „исцрпљења“ права и ставити под контролу трговина тзв. секенд-хенд дигиталним примерцима ауторских дела и предмета сродноправне заштите.³⁶ Управо ово питање било је предмет спора у предмету *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.*, вођеног између произвођача фонограма и компаније која је осмислила сајт на коме се тргује дигиталним примерцима ауторских дела и предмета сродноправне заштите (својеврсна онлајн берза „коришћених“ дигиталних записа музике).³⁷ У пресуди донетој у марту 2013. године, Окружни суд у Њујорку утврдио је да се стављањем у промет примерака ауторских дела и предмета сродноправне заштите на овоме сајту повређује субјективно право тужиоца, те да у поменутим околностима не долази до „исцрпљења“ права. Очекује се да ће компанија *ReDigi* оспоравати ову пресуду пред судом више инстанце.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

„Исцрпљење“ права представља свакако једно од најзначајнијих ограничења субјективног ауторског права и сродних права. Међународна трговина производима који представљају материјализацију ауторских дела и предмета сродноправне заштите одвија се под утицајем разлика у режиму „исцрпљења“ прописаних националним ауторскоправним прописима. Иако је у одређеном броју националних правних система прописано наступање међународног „исцрпљења“ ауторског права и сродних права, чак и тада постоје разлике у одређивању домањаја међународног „исцрпљења“ у односу на примерке дела/предмета сродноправне заштите материјализованих у телесном носачу, с једне стране (тзв. аналогни примерци), и примерке дела/предмета сродноправне заштите у електронском облику (тзв. дигитални примерци). У упоредној судској пракси још увек не наилазимо на јасан одговор на питање да ли „исцрпљење“ ауторског права и сродних права наступа и у односу на другу категорију примерака дела/предмета сродноправне заштите. Очекује се да, у оквиру америчког

³⁶ За подробију анализу карактеристика ауторског уговора вид. С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Магистрат, Сарајево, 2007, 204-224.

³⁷ *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.* 1:12-cv-00095 RJS (S.D.N.Y.).

ауторског права, недвосмислен одговор буде дат пресудом у предмету *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.* Од става који ће суд заузети зависи будућност онлајн берзи дигиталних записа (пре свега музичких) ауторских дела и предмета сродноправне заштите. Приступ америчког суда несумњиво ће утицати на даљи ток развоја ауторског права у свету, због чињенице да је седиште већине мултинационалних компанија које су титулари ауторског права и сродних права, а чији предмет су популарна музичка и филмска дела и рачунарски програми, управо на територији Сједињених Америчких Држава. Глобалне импликације ове пресуде неминовне су управо због глобалног карактера интернета путем кога се пружа услуга приступа примерцима ауторских дела и предмета сродноправне заштите. Нажалост, приликом усвајања Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине пропуштена је прилика да се институт „исцрпљења“ ауторског права и сродних права, па и других права интелектуалне својине, уреди на једнообразан начин у државама чланицама Светске трговинске организације.

Doc. Dr. Dušan Popović

Assistant Professor, University of Belgrade – Faculty of Law

EXHAUSTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, INTERNATIONAL TRADE AND ONLINE BUSINESSES

Summary

Doctrine of exhaustion of rights represents an important limitation of copyright and related rights. In the absence of international harmonization, exhaustion doctrine is applied differently throughout the world, and may manifest as either national, regional or international exhaustion. Different exhaustion regimes may significantly influence international trade of copyrighted goods. Since international trade of copyrighted goods mainly takes place online, it is of outmost importance to determine whether the exhaustion doctrine applies to online trade of digital copies of copyrighted works and subject-matter of related rights. Such trade normally takes form of downloading an electronic copy of a copyrighted work or subject-matter of related rights. In this paper, the author analyzes the case law of the European Commission and the Court of Justice of the EU in respect of trade of goods representing materialization of protected intellectual work. The specific treats of US exhaustion of rights doctrine shall also be analyzed.

Keywords: *exhaustion of rights, copyright, related rights, intellectual property rights, Internet, international trade.*

РЕДОВИ ПРВЕНСТВА И МЕЋУСОБНИ РАНГ ПОМОРСКИХ ПРИВИЛЕГИЈА ПРЕМА МЕЋУНАРОДНИМ КОНВЕНЦИЈАМА

Проф. др Јелена Никчевић Грдинић*

***Апстракт:** У раду аутор разматра поморске привилегије, односно привилегована потраживања, која имају за циљ да означи право првенствене наплате пред свим осталим потраживањима која терете брод у поморском праву. Он, најприје, даје општи осврт на правни институт поморских привилегија, након чега указује на њихово регулисање према релевантним међународним конвенцијама и националним прописима. Посебна пажња се поклања броју, односно редовима првенства поморских привилегија у оквиру којих је, по правилу, груписано више привилегованих потраживања и који су базирани на међународним конвенцијама. Аутор посебно разматра право првенства наплате између привилегованих редова и у оквиру сваког појединог реда, кроз указивање на принцип искључивости између појединих привилегованих редова и принцип сразмјерности намирења међу привилегијама у оквиру истог реда. Аутор истовремено закључује да је сазрело вријеме да се напусти концепција поморских привилегија садржаних у Конвенцији из 1926. године и да је у том смислу свакако значајно да наше законодавство у дијелу поморских привилегија преузме рјешења садржана у Међународној конвенцији о поморским привилегијама и хипотекама из 1993. године, која је ступила на снагу 2004. године.*

***Кључне ријечи:** брод, поморске привилегије, поморско право, потраживања.*

УОПШТЕ О ПОМОРСКИМ ПРИВИЛЕГИЈАМА

Посебна врста заложног права у поморству су поморске привилегије. То су законска заложна права и имају карактеристику да су везана за брод према коме су настала. За њихово постојање није потребан упис у јавне књиге (уписник бродова), већ испуњење законских претпоставки. Њих је правилно означи-

* Факултет за поморство, Котор

ти као законска заложна права која настају *ex lege*, тј. законским признавањем одређеним потраживањима тога својства, а без потребе за депосесијом дужника и без преузимања било какве посебне радње од стране дужника или повјериоца.¹ Ради се о правима насталим из економске потребе да се одређеним потраживањима (која настају у вези са привредним искоришћавањем брода) пружи највећа могућа заштита приликом њиховог намирења из самог брода.²

Поморске привилегије сматрају се специфичним стварним правима *sui generis* посебне физиономије. Њих не треба изједначавати са поморским потраживањима. Наиме, појам поморских потраживања шири је од појма поморских привилегија. Карактеристика поморског потраживања састоји се у праву повјериоца таквог потраживања да ради његовог остварења може принудно да заустави брод, односно бродове на које се такво потраживање односи.³ Привилегије на броду спадају у поморска потраживања, али у питању су привилегована потраживања са додатним правом првенства да се наплаћују испред поморске хипотеке.

Назив поморски привилегиј прихваћен је у великом броју законодавстава и разумљив је управо оним круговима којима је институт поморских привилегија намијењен. Првенствено, ради се о лицима која ће морати да трпе ограничења својих права, а то су сви повјериоци који по реду наплате долазе иза привилегованих повјерилаца, а ту у првом реду долазе хипотекарни повјериоци. У нашем праву, када се ради о привилегованим потраживањима, посебно о онима на броду, инсистира се на употреби назива привилегије на броду. Разлог за употребу овог назива, како се то у теорији истиче, јесте указивање на чињеницу да је тај назив преузет из страног права у облику који му је дат у одговарајућим унификацијским конвенцијама и који према томе на најбољи начин одражава

¹ У француској и италијанској литератури постоје и супротна схватања. Аргументи који говоре против сврставања поморских привилегија у стварна права састоје се у чињеници што се ради о потраживањима која застаријевају и то, у једном кратком року од 1 године дана, док потраживања из петог привилегованог реда застаријевају у року од 6 мјесеци, што је на извјестан начин противно општем схватању стварних права. Ипак, сматра се да су привилегије специфична права (потраживања). Она, с једне стране, док трају нијесу везана за субјекта (власника брода, закупца и сл.), који је лични дужник по датом потраживању, већ директно за брод у вези са којим је потраживање настало и слиједе тај брод све до наплате или застарјелости потраживања, ма у чије руке он прешао (*droit de suite*). Управо то право сљедовања даје кључни значај када је у питању утврђивање правне природе законских заложних права.

² М. Трајковић, Поморско право, Академска мисао, Београд, 2000, стр. 46 и 47.

³ Законодавства појединих земаља, а исто тако и наше, по правилу се не баве набрајањем поморских потраживања. Поморска потраживања су таксативно утврђена у Међународној конвенцији о изједначењу неких правила о привременом заустављању поморских бродова из 1952. године, и Међународној конвенцији о заустављању поморских бродова из 1999. године, која је ступила на снагу 2011. године. На тај начин број и врста ових потраживања обавезна су за све државе које су ове Конвенције усвојиле. Наша земља је ратификовала Конвенцију из 1952. ("Сл. Лист СФРЈ"-Додатак; Међународни уговори и други споразуми, бр. 12/1967), док Конвенцију из 1999. године још није. Више о томе: Arrest of Ships – The International Convention on Arrest of Ships, J. Nikcevic Grdinic, G. Nikcevic, Transactions on Maritime Science, Vol. 1, No. 2, 2013.

универзални карактер овог специфичног поморско-правног института. Тај назив уједно истиче и самосталност привилегија на броду у односу на бродску хипотеку и коначно искључује могућност мијешања са било којим правним институтом изван поморског права.⁴

Постоје двије врсте поморских привилегија: поморске привилегије на броду (и возарини) и поморске привилегије на укрцаним стварима. Прве су од далеко већег значаја, па употребом израза поморске привилегије (*maritime liens*) у првом реду, уколико се посебно не нагласи, мисли се на привилегије на броду. Привилегије на укрцаним стварима су од мањег значаја, па се у различитим правним системима често и различито регулише. У англо-саксонском праву сврставају се међу тзв. *possessory liens* који је институт *common law*-а, и у себи садржи елементе права ретенције, али и законског заложног права. Исти статус ова привилегована потраживања имају и у нашем праву. Бродовласник ће за своја потраживања према власнику терета, дакле за неплаћену возарину и друга евентуална потраживања, сагласно закону, прво настојати да иста разријеша задржавањем терета до плаћања, а ако се то покаже неуспјешним, онда на бази одредбе закона стиче право да се намири из продајне цијене терета.

УНИФИКАЦИЈА МАТЕРИЈЕ ПОМОРСКИХ ПРИВИЛЕГИЈА

Comite Maritime International (CMI)⁵ је имао кључну улогу у доношењу конвенција којима се регулише материја поморских привилегија. Такође, велик доприноси имале су и Уједињене нације преко својих специјализованих агенција и организација УНЦТАД-а и *International Maritime Organization*.⁶ Прва конвенција која је у тој области донијета је Међународна конвенција о изједначавању неких правила о поморским привилегијама и хипотекама из

⁴ Е. Pallua, Привилегије на броду, Зборник за поморско право, 1957, стр. 85. Истиче да називу привилегије на броду није потребно додавати и назив привилегије на возарини, како то чини италијанско право. W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 1998. Код дефинисања поморских привилегија указује на сличност овог института у правном систему континенталног и англо-саксонског права и поред употребе различитих назива. С тим у вези указује се на заједнички извор овог института у приватном праву, што вуче коријене још из римског права. Цитирајући пресуду америчког суда у случају *The Nestor, Fed.Cas/9, (Case No.10,126) at p. 11(C.C.D. Me 1831)* у којој судија Story у том погледу наводи да се према *Digestama lib.42,5,26* у грађанском праву наводи "Qui in navem extruendam velinstruendam credidit veletiam emendam, privilegium habet."

⁵ Све информације о овој организацији доступне на: <http://www.comitemaritime.org>

⁶ Више о томе: Е. Pallua, Поморско упоредно право, Ријека, 1975, стр. 82 и даље; Јб. Минтас Ходак, Преглед досадашњег рада Међународних организација на ревизији постојећег међународног режима поморских привилегија и хипотека/*mortgage*-а, Упоредно поморско право и поморска купопродаја, бр. 107-108. Загреб, 1986, стр. 290-305, и В. Филиповић, Лисабонски нацрт ревизије Међународне конвенције за изједначавање неких правила о поморским привилегијама и хипотекама од 1967. године, Упоредно поморско право и поморска купопродаја, бр. 105-106, Загреб, 1985, стр. 42.

1926. године.⁷ Усвајањем ове Конвенције нијесу била разријешена сва спорна питања у овој области, како она између англо-саксонског и континенталног схватања хипотеке (mortgage-a) и привилегија на броду, тако и постојеће разлике између појединих континенталних права, у првом реду између земаља Медитерана и оних сјеверне Европе.⁸

Ово је условило да и након доношења Конвенције из 1926. године ова материја није била у потпуности усаглашена на међународном плану, па су касније донијете још двије конвенције, у истој материји, и то: Међународна конвенција о изједначавању неких правила о поморским привилегијама и хипотекама 1967. године и Међународна конвенција о поморским привилегијама и хипотекама 1993. године⁹. Конвенција из 1926. године најшире је прихваћена међу државама Медитерана, мање у сјеверној Европи, док од држава англо-саксонског права уопште није прихваћена.¹⁰

Проблем је имао и своју посебну димензију примјене ових конвенција према бродовима дужницима у оквиру јурисдикције појединих држава, па су и на том плану 1952. и 1999. године донијете двије конвенције о тзв. привременом заустављању, односно аресту трговачких бродова.¹¹ На тај начин међународна правна регулатива у овој области, када се узму у обзир како конвенције које су већ ступиле на снагу, тако и оне које још нијесу, састоји се од следећих међународних конвенција:

1. Међународна конвенција о изједначавању неких правила о поморским привилегијама и хипотекама из 1926. године;
2. Међународна конвенција о изједначавању неких правила о поморским привилегијама и хипотекама из 1967. године;
3. Међународна конвенција о поморским привилегијама и хипотекама из 1993. године;
4. Конвенција о заустављању и аресту бродова из 1952. године;
5. Конвенција о заустављању и аресту бродова из 1999. године.

⁷ Конвенција из 1926. године је ступила на снагу 2.06.1931.године. У даљем тексту користиће се назив Конвенција из 1926. године.

⁸ Француски и њемачки Трговачки законик до доношења Конвенције из 1926. године били су обрасци по којима су привилегије биле нормиране у државама континенталне Европе.

⁹ Конвенција из 1967. године није ступила на снагу, док Конвенција из 1993. године је ступила на снагу 5. септембра 2004. године.

¹⁰ Конвенција из 1926. године ступила је на снагу 2. јуна 1931. године. Ратификовале су је, или су јој приступиле, следеће државе: Аргентина, Белгија, Бразил, Куба, Данска, Шпанија, Естонија, Финска, Француска, Хаити, Мађарска, Италија, Иран, Либан, Магласка Република, Монако, Норвешка, Пољска, Португал, Румунија, Швајцарска, Шведска, Сирија, Турска, Уругвај, Заир, Мадагаскар и Алжир. Данска, Финска, Норвешка и Шведска отказале су ову Конвенцију 1965. године, како би навеле преостале државе уговорнице да се приклоне ревизији Конвенције. (За податке о стању ратификације види Е. Pallua, Хипотека и привилегије на броду de lege ferende, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 2-3, Загреб, 1973, стр. 209).

¹¹ Конвенција о заустављању и аресту бродова из 1952. године ступила је на снагу 24. фебруара 1956. године, док Конвенција из 1999. године ступила је на снагу 14. септембра 2011. године.

Што се тиче националног законодавства, у нашој земљи се од 1923. до 1939. године радило на припреми прописа о стварним правима на поморским бродовима. Основна сврха доношења прописа била је да се омогући реални кредит трговачкој морнарици. Маја мјесеца 1939. године донијета је Уредба са законском снагом о стварним правима на броду и поморским привилегијама. Уредба је ступила на снагу 11. јуна 1940. године, и обрађивала је материју поморских привилегија. Уредба је садржала 3 одјељка која се тичу поморских привилегија. У првом су биле регулисане привилегије на укрцаним стварима, у другом привилегије на броду и возарини, а трећи одјељак садржао је одредбе о престанку привилегија. Значајан дио Уредбе био је посвећен позивном поступку, тзв. поступку пургације.

Материја поморских привилегија данас је регулисана Законом о поморској и унутрашњој пловидби из 1998. године.¹² Иако је Црна Гора приступила изради новог поморско-правног оквира, на начин да се поједине области из ЗПУП регулишу посебним законом,¹³ до овог момента није донијета нова правна регулатива која се тиче материје поморских привилегија, односно законских заложних права, како их ЗПУП назива.¹⁴ ЗПУП се ослања на решења дата у Конвенцији из 1926. године, иако су у међувремену биле донијете Конвенција из 1967. године и Конвенција из 1993. године. Тако да данас материја поморских привилегија није регулисана сагласно Конвенцијама из 1967. и 1993. године, што би неминовно требало урадити.

РЕД ПРВЕНСТВА ПОМОРСКИХ ПРИВИЛЕГИЈА

Све привилегије на броду по Конвенцији из 1926. године, као и по нашем праву, сврстане су у пет редова. У сваком од појединих редова, по правилу је груписано више привилегованих потраживања. Битно је истаћи да ЗПУП посебно регулише привилегије на поморском броду, а посебно привилегије на броду унутрашње пловидбе, као и привилегије на укрцаним стварима (терету) на броду.¹⁵

Привилегије које терете поморски брод сврстане су у пет редова, и у томе слиједе класификацију чл. 2 Конвенције из 1926. године. Сагласно наведеном члану, истиче се да законска заложна права на поморском броду постоје за: 1. судске трошкове учињене у заједничком интересу свих повјерилаца у поступку извршења или обезбјеђења, у сврху да се сачува брод или да се спро-

¹² „Службени лист СРЈ”, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/00. У даљем тексту користићемо скраћеницу ЗПУП.

¹³ Више о томе: Ј. Никчевић Грдинић, Поморско правна регулатива у Црној Гори након осамостаљивања, Зборник радова, Косовска Митровица, 2011.

¹⁴ ЗПУП у четвртном дијелу у чл. 252 - 274 регулише законска заложна права.

¹⁵ Чл. 252, 255 и 637 ЗПУП.

веде продаја, као и трошкове чувања и надзора од уласка брода у последњу луку, лучке накнаде и накнаде за услуге лучке капетаније, трошкове пилотаже, потраживања из основа доприноса за социјално осигурање, потраживања лучке капетаније за наређено и извршено вађење или уклањање олупине; 2. потраживања заповједника и осталих чланова посаде из радног односа на броду; 3. потраживања по основу награде за спасавање на мору, као и доприноса брода у заједничку хаварију; 4. потраживања по основу накнаде штете због судара бродова или других незгода пловидбе, као и накнаде лучким уређајима и постројењима и пловним путевима, потраживања по основу накнаде штете због тјелесних оштећења путника и чланова посаде и потраживања по основу накнаде штете по основу губитка или оштећења терета или пртљага; 5. потраживања из уговора или послова које је заповједник склопио на основу свог законског овлашћења, односно обавио за стварне потребе да се брод очува или да се настави путовање, без обзира на то да ли је заповједник истовремено и власник брода, односно бродар и да ли има потраживања он сам или набављач, поправљач, зајмодавац или неки други уговарач.

Према чл. 4 Конвенције из 1967. године, привилегованим се сматрају следећа потраживања: а) плате и други износи који се дугују заповједнику брода, официрима и другим члановима посаде на основу њиховог запослења на броду; б) лучке накнаде, трошкови пловидбе каналима и другим пловним путевима, као и трошкови пилотаже; ц) потраживања према власнику за смрт или тјелесну повреду које су се догодиле на копну или у води, у директној вези с искоришћавањем брода; д) деликтна или квазиделиктна потраживања према власнику која се не темеље на уговору, потраживања везана за губитак или оштећења неке имовине, било на копну или на води, у директној су вези са искоришћавањем брода; е) потраживања за пружање помоћи и спасавања, вађење олупина и за доприносе у заједничкој (генералној) хаварији.

Сагласно чл. 4 Конвенције из 1993. године, привилегованим потраживањима сматрају се: а) потраживања за плате и друге износе који се дугују заповједнику брода, официрима и другим члановима бродске посаде, у вези с њиховим запослењем на броду, укључујући трошкове репатријације и доприноса за социјално осигурање који се плаћају у њихово име; б) потраживања за смрт или тјелесне повреде које су се догодиле на копну или води у непосредној су вези са искоришћавањем брода, ц) потраживања за лучке накнаде, трошкове пловидбе каналима и другим пловним путевима, те трошкови пилотаже; е) деликтна и квазиделиктна потраживања (енг. tort) настала због стварног губитка или оштећења проузрокованог искоришћавањем брода, а не ради се о губитку или оштећењу терета, контејнера и ствари путника које се превозе бродом.

Као што се из наведеног види, у конвенцијама из 1967. и 1993. године измијењен је ред привилегованих потраживања, како је дат у Конвенцији

из 1926. године. Изостављена су потраживања из првог привилегованог реда Конвенције из 1926. године. Међутим, то је само привидно, јер су она посебно исказана као потраживања која са становишта њихове правне природе и начина настанка суштински нијесу привилегије, већ у основи претпостављају намирење судских и других трошкова везаних за спровођење поступка судске продаје брода. То је предвиђено како Конвенцијама из 1967. године, тако и Конвенцијом из 1993. године, јер наравно ове издатке није могуће заобићи.¹⁶ Међутим, нека потраживања која излазе из оквира судских трошкова, а која су Конвенцијом из 1926. године била сврстана у први привилеговани ред, и што наш ЗПУП такође регулише, задржана су, али су добила други ред првенства. Тако нпр. трошкови за социјално осигурање долазе у први привилеговани ред заједно са поморачким платама, лучке накнаде и трошкови пилотаже сврстане су у други привилеговани ред, а сагласно Конвенцији из 1993. године потраживање за вађење потонулих ствари не представља више поморску привилегију.

Конвенцијама из 1967. и 1993. године, у привилегије су уврштена потраживања за смрт или тјелесне повреде које су се догодиле на копну или води, а у непосредној су вези са искоришћавањем брода, с том разликом што је у Конвенцији из 1967. године то трећи привилеговани ред, а у Конвенцији из 1993. године други ред привилегија. Такође, изостављен је захтјев да потраживање треба да се односи само према власнику брода. Прихваћено је да може да се управи како према власнику, тако и према другим лицима која искоришћавају брод.¹⁷

Новина Конвенције из 1967. и 1993. године састоји се и у томе што поред позитивно одређених привилегованих потраживања, која су таксативно набројана, набраја и она потраживања која се не могу сматрати привилегованим, а то су потраживања за штете настале у вези са превозом уља или других опасних и штетних ствари морем и материја које имају радиоактивна, отровна, експлозивна или друга опасна својства.

Као што се може уочити, поред разлика које постоје између појединих решења у наведеним конвенцијама постоје и многе сличности. Из тога се може извести закључак да постоји одређени број привилегованих потраживања која проистичу из суштине поморског пословања и не могу се заобићи у смислу права на првенствену наплату.

Уочава се да је дошло до смањења привилегованих потраживања уговорног карактера у односу на вануговорна потраживања. У конвенцијама из 1967. и 1993. године нијесу више привилегована потраживања из петог привилегованог реда Конвенције из 1926. године, тј. потраживања из уговора или послова

¹⁶ Чл. 11 Конвенције из 1967. и чл. 12 тач. 2 Конвенције из 1993. године.

¹⁷ Чл. 4. ст. 1 Конвенције из 1967. године и чл. 4 ст. 1 Конвенције из 1993. године. Истиче се да привилегована потраживања могу управити према власнику, закупцу, пословођи или бродару брода према коме је потраживање настало.

које је заповједник брода закључио за стварне потребе да се брод очува или да се настави путовање. Такође, нијесу привилегована ни потраживања по основу накнаде штете због губитка или оштећења терета и пртљага, као класична уговорна потраживања.

Потраживање уговорне природе, које је задржало свој ред првенства, јесте потраживање из радног односа помораца на броду. У литератури се указује да је овај привилегиј потребан, јер би иначе захтјеви посаде из радног односа остали ненамирени, посебно у случају постојања хипотеке. Указује се да је код бродова стране заставе потребно такво рјешење, посебно због постојања законодавстава која не привилегирају сва потраживања из радног односа, него само један њихов дио.¹⁸ Сматра се да у таквим случајевима суд треба да примијени право привилегованог потраживања посаде у пуном обиму, онако како је дат Конвенцијом из 1926. године, али и конвенцијама из 1967. и 1993. године, те да на основу општих начела нашег права, а ради заштите како нашег тако и међународног јавног поретка, увијек пружи пуну заштиту овој врсти потраживања помораца, и у оним случајевима када закон заставе брода садржи другачија рјешења, која би се опет сагласно постојећим колизионим нормама о праву заставе брода имала примијенити пред нашим судом. Уосталом, конвенције из 1967. и 1993. године овај привилегиј стављају у први привилеговани ред, испред потраживања и накнада за социјално осигурање. Код раздиобе куповине, испред плата помораца могу да дођу само судски трошкови извршења, који су растерећени трошкова пилотаже и вађења потонулих ствари. Због тога у правној литератури одавно се заговара да је било могуће и корисно без већих тешкоћа прихватити ревидирану Конвенцију из 1967. године.¹⁹

У трећи ред долазе потраживања по основу награде за спасавање, као и допринос брода у заједничкој хаварији. У Конвенцији из 1967. године ова потраживања чине пети привилеговани ред, уз додатак потраживања за вађење олупина из мора. Међутим, за разлику од Конвенције из 1926. године, потраживањима из односа спасавања на мору дато је првенство пред свим осталим привилегованим потраживањима. При том се пошло од идеје да без операција спасавања, чина заједничке хаварије, вађења потонулог брода из мора, не би било ни брода као објекта намирења привилегија. Овим рјешењем изашло се у сусрет англо-америчкој судској пракси.²⁰ Међутим, такво рјешење у законодавствима других земаља може да буде спорно, а посебно када се ради о праву посаде да наплати своја потраживања у цјелини.

¹⁸ Е. Pallua, нав. чланак, стр. 221. Наводи да Панамски трговачки законик привилегована потраживања чланова посаде из радног односа веже само за посљедње путовање. С тим у вези, наводи да је у нашем праву привилегиј потраживања посаде био познат већ у Политичком едикту из 1774. године и као такав био на првом мјесту, а то право првенства задржао је и касније у односу на све друге привилегије предвиђене у Code de commerce-у.

¹⁹ За прихватање Конвенције из 1967. године залаже се Грабовач управо ради обезбјеђења бољег правног положаја посаде брода (Види: И. Грабовач, Хрватско поморско право и међународне конвенције, Сплит, 1995, стр. 220).

²⁰ Ch. Hill, Maritime Law, fourth edition, 1997, стр. 149.

Ипак, Конвенцијом из 1993. године ово право првенства сужава се само на потраживања из наслова спасавања брода. Међутим, ова Конвенција у чл. 12 тач. 3 даје право државама уговорницама да у свом националном праву могу да предвиде да ће трошкови уклањања, у случају принудне продаје насуканог или потопљеног брода на бази наредбе власти због безбједности пловидбе или заштите морске околине, бити исплаћени из износа постигнутог продајом брода прије свих осталих потраживања обезбијеђених поморским привилегијама на броду. Овакво рјешење, у значајној мјери угрожава права свих привилегованих повјерилаца, а у многеме и хипотекарних, и на тај начин суштински се измијенило стање ствари у области заштите која се у поморству пружа од одређених неподвижних догађаја. Наиме, сношење трошкова такве и толике величине, као што је вађење једног потонулог брода, евентуално са теретом на њему, може да буде енормно скупо. До сада ова врста трошкова надокнађивала се из осигурања, па би сврставање тих издатака у привилегована потраживања овај правни институт проширило до те мјере да би наплата свих других потраживања, а посебно хипотеке и mortgage-а учинила угроженим и неизвјесним.

Четврти ред који је у нашем ЗПУП и Конвенцији из 1926. године предвиђен садржи три категорије потраживања, од којих су два уговорне природе и једна вануговорне. Вануговорна потраживања су она из судара бродова и других незгода пловидбе, као и накнаде штете лучким уређајима и постројењима, те пловним путевима. Друга категорија су привилегована потраживања уговорне природе за тјелесна оштећења путника и чланова посаде и накнаде штете по основу губитка или оштећења терета или пртљага које се односи како на лице на броду, тако и на лице ван брода, ако су настала дјеловањем лица на броду или ван брода, а за које сноси одговорност бродовласник. Сва ова потраживања, сагласно Конвенцији о ограниченој одговорности бродовласника из 1957. године, подвргнута су ограничењу одговорности и могу се за случај да се ограничена одговорност успостави намирити само у тим оквирима. Конвенција из 1967. године изоставља потраживања за терет и пртљак као потраживања уговорне природе, а када се ради о потраживањима због тјелесних оштећења обухвата како уговорни, тако и вануговорни дио оваквих потраживања.²¹

С обзиром да се ради о знатној промјени обима привилегованог потраживања из овог привилегованог реда, изнијето је мишљење да ће многе државе оклијевати да ратификују ову Конвенцију, а посебно када се ради о државама којима је стало да се одрже на снази привилегије за накнаду штете на терету, посебно када се захтјеви базирају на издатој теретници.²²

Конвенција из 1993. године ову врсту привилегованих потраживања дефинише у петом привилегованом реду (тач. е) као деликтна и квазиделиктна

²¹ Тако нпр. потраживања бродске посаде за смрт или тјелесна оштећења су уговорне природе, међутим иста таква потраживања лучких радника или лица на копну и води којима брод наноси повреде су вануговорна потраживања (деликтне штете).

²² Е. Pallua, нав. чланак, стр. 222.

потраживања, што у англо-америчком праву одговара потраживањима насталим на бази тзв. *tort-a*, а која су настала због стварног губитка или оштећења проузрокованог искоришћавањем брода, а који није губитак или оштећење терета, контејнера или путничког пртљага.

Пети привилеговани ред Конвенције из 1926. године у конвенцијама из 1967. и 1993. године, у потпуности је отпао. Овај привилегиј је изостављен због његове архаичности и изостанка стварне потребе за истим. Међутим, изостављање ове врсте потраживања може се правдати и чињеницом да се правна схватања, изражена у конвенцијама из 1967. и 1993. године у односу на привилегована потраживања помјерају са оних уговорне природе, ка потраживањима деликтне и квазиделиктне природе.

Привилегиј из петог реда био је задржан у Конвенцији из 1926. године, зато што су га сва европска права познавала као остатак некадашњег *fenus nauticum-a*, односно *bottomogy-a* и *respodentia*. Истицало се да због дугорочног кредита на броду и одговарајућег инструмента његовог обезбјеђења (хипотеке), не треба занемарити краткорочни кредит са становишта даљег обезбјеђења његове привилеговане заштите. Међутим, и поред мишљења која су својевремено истицана у нашој литератури да овај институт у ограниченом обиму још увијек може да буде користан, треба прихватити да савремени начин комуникације укида потребу за његовим постојањем, тако да је његово изостављање логична последица пословног и технолошког напретка савремених комуникација.²³

МЕЋУСОБНО НАМИРЕЊЕ ПОМОРСКИХ ПРИВИЛЕГИЈА

Када је у питању првенство у намирењу поморских привилегија, односно њихов међусобни ранг, у законодавству и правној теорији постоје специјална правила која указују на специфичност овог поморско-правног института и на својеврстан начин потврђују његову оригиналност. Ради се о првенству наплате између привилегованих редова и у оквиру сваког појединог реда. Између појединих редова привилегија примјењује се принцип искључивости, а међу привилегијама у оквиру истог реда принцип сразмјерности намирења.

Принцип искључивости између редова значи да неће бити исплаћено ни једно потраживање из сљедећег реда, док се у потпуности не измире сва потраживања претходног реда. Уколико у оквиру једног реда не буде довољно

²³ E. Pallua, нав. чланак, стр. 222. Наводи да у енглеском праву за издатке заповједника (“disbursements of the master”) постоји привилегиј (“maritime lien”) једнак као и за његову плату на бази једне судске пресуде из 1889, (The Law of Maritime Liens, London 1940, према Price-у, стр. 60), па наводи даље да за снадбијевање и опрему борда (“necessaries”) постоји начелно само право заустављања брода (“statutory right in rem”) без привилегија. Међутим, ова врста потраживања призната је у Конвенцији из 1993. године као поморски привилегиј.

средстава да се сва потраживања намире у цијелости, онда се сва пријављена потраживања намирују сразмјерно њиховим висинама и расположивим средствима за намирење.²⁴

Други принцип код наплате привилегованих потраживања састоји се у првенству наплате појединих привилегија везаних и насталих на одређеном путовању. Наиме, правило је да све привилегије настале на једном путовању, а у оквиру истог реда првенства, имају исти правни статус у погледу права на намирење. Привилегије настале на различитим путовањима наплаћују се сагласно принципу да привилегована потраживања посљедњег путовања имају првенство у наплати пред привилегијама на претходним путовањима. Изузетак од овог правила су привилегије другог реда из нашег ЗПУП и Конвенције из 1926. године, односно првог реда из конвенција из 1967. и 1993. године, а то су потраживања заповједника и осталих чланова посаде за њихова лична примања. Ова потраживања се не везују за одређено путовање, већ су сва истог ранга, наравно увијек под условом да нијесу застарјела.

Принцип сразмјерности намирења, у оквиру појединих редова код трећег и петог реда, такође, трпи значајни изузетак. Сагласно Конвенцији из 1926. године и нашем праву између потраживања из ова два реда, касније настало потраживање има предност пред ранијим. Наравно, у сваком конкретном случају потребно је доказати које је потраживање настало касније у односу на остала. Овдје право, ради избјегавања конфликтних ситуација, уводи једну необориву претпоставку, а то је да су потраживања везана за исти догађај (нпр. сва потраживања везана за судар бродова) настала истовремено.²⁵

Ови принципи задржани су и у конвенцијама из 1967. и 1993. године, с тим што је по Конвенцији из 1967. године дато апсолутно првенство привилегијама из основа спасавања, трошкова вађења бродске олупине и доприноса у заједничкој хаварији, а Конвенција из 1993. године даје првенство само награди за спасавање.²⁶

Конвенција из 1993. године уноси новину што у чл. 7, поред поморских привилегија набројаних у чл. 4, уводи, и на одговарајући начин регулише, и право ретенције, односно *possessory lien* англоамеричког права. Ово право не проистиче из Конвенције директно, али Конвенција даје право националним законодавствима појединих држава да конституишу право ретенције на броду када се налази у државини бродоградитеља или бродопоправљача у односу на њихова потраживања. Ово право сагласно чл. 12 тач. 4 Конвенције, може се претворити и у поморски привилегиј који се наплаћује након измирења свих привилегованих повјериоца из чл. 4, али испред евентуалне хипотеке.

²⁴ Б. Ивошевић, Поморско право, Тиват, 2011, стр. 49.

²⁵ Појам “догађај” није дефинисан ни у ЗПУП-у, а ни у Конвенцији, што намеће потребу тумачења и рјешавања овог питања у пракси.

²⁶ Чл. 5 тач. 2, 3 и 4 Конвенције из 1967. године, и исти непромијењени члан Конвенције из 1993. године који сада има и наслов Предност поморских привилегија.

Следећа новина Конвенције из 1993. године састоји се и у томе што сагласно чл. 6 свака држава уговорница може у свом националном праву увести и признати и друге поморске привилегије на броду, поред оних набројаних у чл. 4, али ове привилегије могу да се наплате само након намирења хипотекарних повјерилаца.²⁷

ЗАКЉУЧАК

Унификацијски напори за изједначење права у материји поморских привилегија нијесу дали жељени, а вјероватно од аутора све три конвенције, ни очекивани резултат. Наша држава, па самим тим и њено поморско право од 1992. године, нијесу пратили развој међународног права усљед распада цјелокупне државе. Није узимано учешће на међународним конференцијама, па ни једна конвенција из области поморског приватног права није потписана, а камоли ратификована. У том погледу, ЗПУП из 1998. године донијет је без икаквих иновација, барем што се приватног поморског права тиче, па тако и у домену поморских привилегија.

У будућем раду законодавац мора водити рачуна о уједначавању нашег поморско-приватно права са измјенама и допунама међународних конвенција које су у међувремену донијеле. Сматрамо да у материји поморских привилегија требало би ратификовати Конвенцију из 1993. године, или је директно унијети у унутрашње право. Ово би повољно утицало и на уједначенију и сигурнију праксу судова у овом домену. У првом реду потребно је извршити уједначавање и даље прецизирање праксе у односу на издатке који се признају као судски трошкови везани за издржавање и чување брода у посљедњој луци пред његову принудну продају, дакле, прецизирати права и обавезе странака у временском периоду пред принудну продају, док се брод налази у *custodia legis*.

Усвајањем и уношењем у домаће право Конвенције из 1993. године у повољнији положај би били стављени поморци у односу на могућност наплате дугујућих плата, трошкова које је заповједник брода имао у вези са издржавањем брода и посаде (храна, вода, електрична енергија, телефон и сл.), а накнаде за смрт и тјелесне повреде чланова посаде, умјесто у четврти привилеговани ред, што је сада случај, дошле би у други ред привилегија. У повољнији положај стављају се бродоградитељи и бродопоправљачи који треба да уживају право ретенције ради наплате својих потраживања, а и одређени вид привилегија који се додуше наплаћује иза привилегованих потраживања одређених у чл. 4 Конвенције из 1993. године, али испред евентуалне хипотеке и *mortgage*-а на броду.

Не смијемо заборавити чињеницу да је потребно термилошки усагласити постојеће законске називе у складу са међународним конвенцијама.

²⁷ Ове привилегије познате су и у америчком праву као привилегије другог реда.

ЛИТЕРАТУРА

- W.Tetley, Maritime Liens and Claims, Canada, 1998.
- W.Tetley, International Maritime and Admiralty Law, Canada, 2003.
- И. Грабовац, Хрватско поморско право и међународне конвенције. Књижевни круг, Сплит, 1995.
- Д. Павић, Поморско имовинско право, Књижевни круг Сплит, 2006.
- Ch. Hill, Maritime Law, fourth edition, 1997.
- Chorley & Giles', Shipping Law, eight edition, 1997.
- Gilmore & Black, The Law of Admiralty, second edition, The Fobdation Press, 1975.
- Ј. Марин, Привилегији на броду - сигурност и неизвјесност у исто вријеме, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 2008.
- Fr. Maraist, Admiralty, second edition, Minnesota, 1987.
- Е. Pallua, Нипотека и привилегији на броду de lege ferende, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2-3, Zagreb, 1973.
- Б. Ивошевић, Поморско право, Тиват, 2011.
- Трајковић М., Поморско право, Академска мисао, Београд, 2000.
- Ј. Брстило, Поморски привилегији, Поморски зборник, Загреб, 2000.
- Ј. Никчевић Грдинић, Заложна права на броду, Котор, 2007.

PRIORITY ORDERS AND MUTUAL RANK OF MARITIME LIENS IN ACCORDANCE TO THE INTERNATIONAL CONVENTIONS

Summary

Within the paper, the author discusses maritime liens, i.e. liens claims, which are intended to refer to a right-based billing (charging) over all other claims that are charged to ship due to maritime law.

It gives firstly a general overview of the legal institute of maritime liens, and then points to their regulation in accordance to the relevant international conventions and national regulations.

Particular attention is paid to the number or orders of maritime liens in which, as a rule, are grouped more privileged claims, and which are based on international conventions.

The author considers in details the right to priority of charge between the privileged orders and within each particular order, by pointing the principle of exclusion among certain privileged orders and the principle of proportionality between the liens within the same order.

The author also concludes that the time has come to abandon the concept of maritime liens enshrined in the Convention from 1926, and that is important, in this respect, for our legislation in the area of maritime liens to take the solutions (decisions) contained in the International Convention on Maritime Liens and Mortgages from 1993, which have entered into the force in 2004.

Key words: *ship, maritime liens, maritime law, claims*

KONVENCIJA O PREKOGRANIČNIM EFEKTIMA INDUSTRIJSKIH UDESA – PRIKAZ I ANALIZA¹

Dr Sandra Fišer-Šobot*

***Apstrakt:** Industrijski udesi proizvode negativne posledice po zdravlje ljudi, životnu sredinu i ekonomsku aktivnost. U slučaju kada su njima pogođene dve ili više država, štetne posledice još više dolaze do izražaja. Zbog navedenog je bilo nužno stvaranje pravnih pravila koja regulišu postupanje država u slučaju industrijskih udesa sa prekograničnim dejstvom.*

Predmet ovog rada je prikaz i analiza pravnih pravila sadržanih u Konvenciji o prekograničnim efektima industrijskih udesa iz 1992. godine i u Protokolu o građanskoj odgovornosti za štetu i naknadu štete uzrokovane prekograničnim efektima industrijskih udesa na prekograničnim vodama iz 2003. godine.

***Ključne reči:** industrijski udes, prekogranični efekti, zaštita životne sredine.*

1. UVOD

Industrijski udesi proizvode višestruke kratkoročne i dugoročne negativne efekte na zdravlje ljudi, životnu sredinu i ekonomsku aktivnost. Za otklanjanje posledica industrijskih nesreća je potrebno da prođe dugi niz godina, a neretko neki negativni efekti ostaju zauvek.

Kod industrijskih nesreća koje imaju prekogranično dejstvo, odnosno čiji efekti se ispoljavaju na teritoriji dve ili više država navedene štetne posledice još više dolaze do izražaja. Nažalost, danas postoji veliki broj primera industrijskih udesa koji su imali prekogranično dejstvo i koji su predstavljali prave ekološke katastrofe. U Evropi su se dogodila dva udesa sa izuzetno teškim posledicama – slučaj Seveso i slučaj Sandoz. Seveso akcident se dogodio 1976. godine u Italiji, u hemijskoj fabrici pesticida i herbicida. Usled ispuštanja dioksina došlo je do masovnog trovanja lokalnog stanovništva. Deset godina kasnije, u novembru 1986. godine je izbio požar u skladištu kompanije Sandoz u industrijskoj oblasti u blizini Bazela u

* Asistent, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet u Novom Sadu.

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (br. 179079), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Švajcarskoj. Usled požara je velika količina toksičnih materija dospela u Rajnu i imala katastrofalne posledice po ekologiju. To je bila jedna od najvećih industrijskih nesreća u zapadnoj Evropi.² Kad se nesreća dogodila, švajcarske vlasti u prva 24 časa nisu o udesu obavestile ostale države kroz koje protiče Rajna i na taj način su onemogućile druge države da preduzmu mere za smanjenje štetnih posledica.

Upravo ove nesreće su bile povod za početak akcije u međunarodnoj zajednici za stvaranje pravnih pravila kojima će biti regulisano postupanje država u slučaju udesa sa prekograničnim efektima. Značajan doprinos stvaranju pravnog okvira za zaštitu životne sredine i za rešavanje prekograničnih problema u oblasti zaštite životne sredine na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou je dala Ekonomska komisija Ujedinjenih nacija za Evropu (u daljem tekstu: ECE).

2. DOPRINOS EKONOMSKE KOMISIJE UN ZA EVROPU REŠAVANJU PREKOGRANIČNIH PROBLEMA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Na predlog Socijalnog i ekonomskog saveta UN, neposredno nakon Drugog svetskog rata je osnovana Ekonomska komisija UN za Evropu sa ciljem da pruži stvarnu pomoć evropskim zemljama razorenim ratom.³ ECE je trebalo da pomogne u obnovi i izgradnji posleratne Evrope, doprinese razvoju ekonomskih aktivnosti i ojača ekonomsku saradnju između evropskih zemalja i ostalih zemalja u svetu.⁴

Značajan deo aktivnosti ECE i njenog Komiteta za politiku životne sredine (u daljem tekstu: CEP) je usmeren na preduzimanje aktivnosti u cilju očuvanja životne sredine, smanjenja ukupnog zagađenja, kao i integraciju socioekonomskih i politika u oblasti zaštite životne sredine. Delovanjem ECE je stvoren pan-evropski pravni okvir za zaštitu životne sredine i za jačanje međunarodne saradnje u oblasti zaštite životne sredine.

U periodu od 1990. do 1995. godine je broj zemalja članica ECE porastao sa 34 na 55 kao posledica stvaranja novih nezavisnih država nastalih nakon raspada

² Videti više kod Cedric Lucas, The Baia Mare and Baia Borsa Accidents: Cases of Severe Transboundary Water Pollution, *Environmental Policy and Law*, 33/2, 2001, str. 107.

³ Ekonomska komisija UN za Evropu (dalje u fusnotama: ECE) je osnovana 28. marta 1947. godine Rezolucijom br. 36(IV) Ekonomskog i socijalnog saveta UN (dalje u fusnotama: Savet). ECE je osnovana istog dana kad i Ekonomska komisija UN za Aziju i Daleki Istok. Naknadno su osnovane Ekonomska komisija za Latinsku Ameriku (1948. godina), Ekonomska komisija za Afriku (1958. godina) i Ekonomska komisija za Zapadnu Aziju (1973. godina). Videti detaljnije na: <http://www.unece.org/oes/history/history.html>.

⁴ Hronološki posmatrano aktivnosti ECE se mogu podeliti u dva perioda. Prvi obuhvata vreme Hladnog rata i u tom periodu je ECE rešavala pitanja koja su bila od interesa i za Istok i za Zapad, uprkos njihovim različitim ekonomskim sistemima i njihovim političkim i ideološkim razlikama. Drugi period je počeo okončanjem Hladnog rata i traje i danas. Po okončanju Hladnog rata, tranzicija zemalja sa planskom privredom u tržišne ekonomije i integracija tih zemalja u svetsku ekonomiju je postala glavni problem. Videti više <http://www.unece.org/oes/history/history.html>.

Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ), Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) i odvajanjem Češke i Republike Slovačke.⁵ Nastankom značajnog broja novih država i novih granica stvoren je i potencijal za nastanak više prekograničnih situacija i problema. Navedeno još više dolazi do izražaja jer skoro polovinu zemalja članica (27) čine države u tranziciji, koje ispoljavaju određene specifičnosti. Naime, kod zemalja u tranziciji, u koje spadaju zemlje centralne i istočne Evrope (u daljem tekstu: CEE zemlje) i zemlje nastale od bivše SSSR, su naročito naglašeni određeni rizici za životnu sredinu, a stepen njenog zagađenja je značajno veći nego u zemljama zapadne Evrope.⁶ Pa ipak, treba napomenuti da iako zemlje u tranziciji zbog zastarelih tehnologija i neadekvatne infrastrukture imaju veći potencijal za industrijske udesa, nekontrolisani događaji se veoma često dešavaju i u razvijenim zemljama.⁷

Ekonomska komisija UN za Evropu predstavlja forum u okviru koga su vođeni pregovori i usvojene značajne međunarodne konvencije, čiji je osnovni cilj prevazilaženje problema koji nastaju usled događaja koji imaju prekogranično dejstvo. Konvencija ima ukupno 5, a uz svaku od konvencija su doneti i određeni protokoli. Sve konvencije su stupile na snagu i odigrale izuzetno značajnu ulogu u unifikaciji međunarodnih pravnih pravila u oblasti zaštite životne sredine. Konvencije donete pod pokroviteljstvom ECE predstavljaju temelj za međunarodnu politiku zaštite životne sredine u ECE zemljama i osnov za mnoge nacionalne akcije za zaštitu čoveka i njegove sredine i za pomoć održivom razvoju u regionu.⁸ Pored toga, sve ECE konvencije su naročito značajne za Evropsku uniju, ali i za Evropu u celini i predstavljaju osnov regionalne saradnje u oblasti zaštite životne sredine.

Prvi ECE multilateralni ugovor u oblasti zaštite životne sredine je *Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima*⁹ koja je usvojena

⁵ Danas ECE broji 56 država članica. Pored evropskih zemalja članice su i Sjedinjene Američke Države, Kanada i Izrael. Stanje na dan 30.03.2013. Više podataka je dostupno na http://www.unece.org/oes/nutshell/member_states_representatives.html.

ECE region obuhvata 20% svetske populacije, dok su prema ekonomskoj moći članice neke od najbogatijih država sveta, ali i relativno siromašne države i države u tranziciji. Videti više na: <http://www.unece.org/oes/nutshell/region.html>.

⁶ O specifičnostima zemalja u tranziciji videti više kod Branko Bošnjaković, UN/ECE Strategies for Protecting the Environment with Respect to International Watercourses: The Helsinki and Espoo Conventions, str. 48 dostupno na: http://www.unece.org.unecedev.colo.iway.ch/fileadmin/DAM/env/water/cwc/legal/UNECEstrategies_bosnjakovic.pdf.

⁷ U periodu od 2008. do 2010. godine je na teritoriji Evropske unije došlo do čak 13 velikih industrijskih udesa. Videti detaljno o udesima, kao i o njihovim posledicama u dokumentu *Lessons learnt from industrial accidents*, 2011, str. 1- 88, dostupno na http://impel.eu/wp-content/uploads/2012/03/brochure_gb_impel2011.pdf.

⁸ Wiek Schrage, Keith Bull, Alben Karadjova, Environmental Legal Instruments in the UNECE Region, *Yearbook of International Environmental Law*, 18(1), 2008, str. 3. dostupno na <http://yieldlaw.oxfordjournals.org>.

⁹ Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima je doneta 1979. godine, a stupila je na snagu 1983. godine.

u Ženevi 1979. godine. Tokom godina je doneto 8 protokola. Srbija je 1986. godine ratifikovala konvenciju,¹⁰ kao i *Protokol uz Konvenciju o prekograničnom zagađivanju vazduha na velike daljine o dugoročnom finansiranju Programa saradnje za praćenje i procenu prekograničnog prenosa zagađujućih materija u vazduhu na velike daljine u Evropi (EMER)*.¹¹ Osnovni cilj konvencije i pratećih protokola je zaštita čoveka i njegove životne sredine od zagađenja vazduha ograničavanjem, i što je više moguće smanjenjem i sprečavanjem zagađenja vazduha.¹²

1991. godine je usvojena *Konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu*¹³ (dalje u tekstu: Espo konvencija). Konvencijom je stvoren pravni okvir za prekograničnu saradnju u pogledu procene uticaja koje određene ekonomske aktivnosti imaju na životnu sredinu. Srbija je Espo konvenciju potvrdila 2007. godine.¹⁴

*Konvencijom o zaštiti i upotrebi prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera*¹⁵ (u daljem tekstu: konvencija o vodama) je regulisana regionalna saradnja ECE zemalja u pogledu zajedničkih izvora vode. Naime, na teritoriji Evrope prekogranične vode imaju značaj, jer povezuju veliki broj ljudi i jer dovode do hidrološke, socijalne i ekonomske međuzavisnosti između zemalja.¹⁶ Srbija je 5. maja 2010. godine donela *Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti i upotrebi prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera i amandmana na čl. 25 i 26 Konvencije o zaštiti i upotrebi prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera*.¹⁷

Konvencija o prekograničnim efektima industrijskih udesa (u daljem tekstu: IA konvencija, Helsinška konvencija) predstavlja osnov saradnje između država za slučaj nastupanja industrijskih udesa sa prekograničnim dejstvom. Konvencija će detaljnije biti prikazana u razmatranjima koja slede.

Poslednja doneta ECE konvencija je *Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u vezi sa pitanjima koja se tiču životne sredine*.¹⁸ Cilj konvencije je jačanje uloge javnosti i organizacija za za-

¹⁰ Zakon o ratifikaciji Konvencije o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima (*Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, broj 11/86).

¹¹ Zakon o ratifikaciji Protokola uz Konvenciju o prekograničnom zagađivanju vazduha na velike daljine o dugoročnom finansiranju Programa saradnje za praćenje i procenu prekograničnog prenosa zagađujućih materija u vazduhu na velike daljine u Evropi (EMER)- (*Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, broj 2/87).

¹² W. Schrage, K. Bull, A. Karadjova, nav. delo, str. 5.

¹³ Konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu je usvojena 1991. godine u Espou u Finskoj, a stupila je na snagu 1997. godine.

¹⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 102/07).

¹⁵ Konvencija o zaštiti i upotrebi prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera je usvojena u Helsinkiju 1992. godine, a stupila je na snagu 19. aprila 2000. godine.

¹⁶ Videti više kod W. Schrage, K. Bull, A. Karadjova, nav. delo, str. 6.

¹⁷ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 01/10.

¹⁸ Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u vezi

štitu životne sredine u zaštiti i unapređenju zaštite životne sredine, u korist budućih generacija.¹⁹ Srbija je konvenciju ratifikovala 2009. godine.²⁰

Osnovni i zajednički cilj svih napred navedenih konvencija je rešavanje prekograničnih problema i unapređenje prekogranične saradnje između zemalja u pogledu zaštite životne sredine i obezbeđenje održivog razvoja u ECE regionu. Konvencijama su stvoreni institucionalni i pravni okviri koji su primenljivi na regionalnom nivou, ali koji takođe mogu poslužiti i kao model za rešavanje prekograničnih problema i u drugim regionima.²¹

Konačno, iako im to nije osnovna svrha, sve navedene konvencije sadrže mehanizme za sprečavanje sukoba i rešavanje sporova u slučaju nastupanja prekograničnih problema u pogledu zaštite životne sredine.²²

3. KONVENCIJA O PREKOGRANIČNIM EFEKTIMA INDUSTRIJSKIH UDESA

Predmet našeg interesovanja u ovom radu je *Konvencija o prekograničnim efektima industrijskih udesa* koja je usvojena na zasedanju ECE održanom u Helsinkiju od 17. do 18. marta 1992. godine i koja je bila otvorena za potpisivanje od 17–18. marta u Helsinkiju i u sedištu Ujedinjenih nacija u Njujorku do 18. septembra 1992. godine. Konvenciju je potpisalo 27 država. IA konvencija je stupila na snagu 19. aprila 2002. godine, a do danas je ratifikovana od strane 41 države.²³

Helsinška konvencija je nastala kao odgovor na teške industrijske udese koji su se dogodili 70-ih i 80-ih godina prošlog veka, a njen osnovni cilj je unapređenje saradnje između država radi zaštite ljudi i životne sredine od industrijskih udesa. Države ugovornice konvencije treba svojim delovanjem da u što većoj meri spreče nastupanje takvih nesreća, smanje njihovu učestalost i težinu i umanje njihove efekte.²⁴

U Srbiji je 29. maja 2009. godine donet *Zakon o potvrđivanju Konvencije o prekograničnim efektima industrijskih udesa*.²⁵ Konvenciju su, između ostalih, ratifikovali i svi naši susedi tj. Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Mađarska, Rumunija, Bugarska, Makedonija i Crna Gora.

sa pitanjima koja se tiču životne sredine je usvojena u Arhusu (Danska) 1998. godine, a stupila je na snagu 2001. godine.

¹⁹ Videti Preambulu Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u vezi sa pitanjima koja se tiču životne sredine.

²⁰ Zakon o ratifikaciji Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u odlučivanju i dostupnosti pravosuđa u vezi sa pitanjima koja se tiču životne sredine (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 38/09).

²¹ Videti više kod B. Bošnjaković, nav. delo, str. 49.

²² Videti više kod B. Bošnjaković, nav. delo, str. 60, 61.

²³ Stanje na dan 20.05.2013.

²⁴ Videti čl. 3(1) IA konvencije.

²⁵ *Zakon o potvrđivanju Konvencije o prekograničnim efektima industrijskih udesa* (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/2009), (dalje u fusnotama: IA konvencija).

3.1. Pojam industrijskog udesa

IA konvencija *industrijski udes* određuje kao nekontrolisani događaj za vreme bilo koje aktivnosti koja uključuje opasne materije, bilo u instalaciji (na primer za vreme proizvodnje, upotrebe, skladištenja, rukovanja ili odlaganja) ili prilikom transporta, u meri u kojoj je regulisano čl. 2 (2)(d) IA Konvencije.²⁶ Kao što vidimo, za postojanje industrijskog udesa je potrebno da se ispune dva uslova. Prvo mora se raditi o nekontrolisanom događaju. Po pravilu, u praksi će to biti i događaj koji je iznenada nastupio. Udes može nastati oslobađanjem, izlivanjem ili rasipanjem opasnih materija. Do oslobađanja, izlivanja ili rasipanja opasnih materija može doći u postupku proizvodnje, prilikom upotrebe, prerade, skladištenja opasnih materija ili prilikom transporta. Konačno, do udesa može doći i usled dugotrajnog neadekvatnog čuvanja opasnih materija.

Drugo, potrebno je da je udes nastupio pri obavljanju opasne aktivnosti. Prema čl. 1 IA konvencije *opasna aktivnost* je bilo koja aktivnost u kojoj je prisutna ili može biti prisutna jedna ili više *opasnih materija* u količinama koje su na kvantitativnoj granici ili prelaze kvantitativnu granicu navedenu u Aneksu I konvencije i koje mogu da prouzrokuju prekogranične efekte.

3.2. Prekogranični efekti industrijskog udesa

IA konvencija se primenjuje na industrijske nesreće koje imaju prekogranične efekte. Pritom se pod pojmom *efekat* podrazumevaju svi direktni ili indirektni, neposredni ili odloženi negativni uticaji koje je prouzrokovao neki industrijski udes, a koji pogađaju, između ostalog:

- (i) Ljude, floru i faunu;
- (ii) Tlo, vodu, vazduh i pejzaž;
- (iii) Interakciju između faktora pod (i) i (ii);
- (iv) Materijalna dobra i kulturno nasleđe, uključujući istorijske spomenike.²⁷

Kao što vidimo nabrojanje nije konačno, nego konvencija navodi najznačajnija negativna dejstva koja industrijski udesi mogu imati.

Prekogranični efekti su takve ozbiljne posledice u okviru nadležnosti jedne države ugovornice koje su ishod industrijskog udesa nastalog u okviru nadležnosti druge države ugovornice.²⁸

²⁶ Videti čl. 1 IA konvencije.

²⁷ Videti čl. 1 IA konvencije.

²⁸ Videti čl. 1 IA konvencije.

3.3. Polje primene konvencije

Konvencija se primenjuje na sprečavanje, pripravnost i odgovor na industrijske udesa koji mogu prouzrokovati prekogranične efekte, uključujući efekte takvih udesa prouzrokovanih prirodnim katastrofama i na međunarodnu saradnju vezanu za međusobnu pomoć, istraživanje i razvoj, razmenu informacija i razmenu tehnologije u oblasti sprečavanja, pripravnosti i odgovora na industrijske udesa.

Iz polja primene konvencije su izričito izuzeti: nuklearni udesi i radiološke vanredne situacije, nesreće na vojnim instalacijama, oštećenja brane, sa izuzetkom efekata industrijskih udesa prouzrokovanih takvim oštećenjima, saobraćajni udesi na zemlji sa izuzetkom odgovora na takve udesa u vanrednim situacijama i prevoza na licu mesta opasne aktivnosti, slučajno ispuštanje genetički modifikovanih organizama, udesi prouzrokovani aktivnostima u morskoj životnoj sredini, uključujući istraživanje i eksploataciju morskog dna i ispuštanje nafte ili drugih štetnih supstanci u more.²⁹

3.4. Obaveze država

Države članice su dužne da preduzimaju odgovarajuće mere i saraduju, u cilju zaštite ljudi i životne sredine od industrijskih udesa, time što će sprečavati koliko god je to moguće takve udesa, smanjivati njihovu učestalost i težinu i ublažavati njihove efekte. U tom cilju su dužne da primenjuju mere sprečavanja, pripravnosti i odgovora, uključujući mere obnove.³⁰ Prema tome, prema svakoj državi članici konvencija postavlja 3 osnovna zahteva: sprečavanje (prevencija), pripravnost i odgovor (reagovanje) na industrijske nesreće.

Drugo, države treba da uspostave međunarodnu saradnju, koja je vezana za međusobnu pomoć, istraživanje i razvoj, razmenu informacija i razmenu tehnologije u oblasti sprečavanja, pripravnosti i odgovora na industrijske udesa. Prema našem mišljenju, od naročitog značaja je saradnja u sferi obaveštavanja i pružanja međusobne pomoći.

3.4.1. Mere sprečavanja

Aktivnosti država članica, u prvom redu, treba da budu usmerene na prevenciju industrijskih udesa, tj. na stvaranje takvih uslova da se mogućnost njihovog nastupanja u što većoj meri smanji. U cilju preduzimanja mera sprečavanja i donošenja

²⁹ Videti čl. 2 IA konvencije.

³⁰ Videti čl. 3(1) IA konvencije.

mera pripravnosti, država u kojoj se obavlja opasna delatnost treba da preduzme odgovarajuće mere da identifikuje opasne aktivnosti u okviru svoje nadležnosti i da obezbedi da pogođene države budu obavestene o svakoj takvoj predloženoj ili postojećoj aktivnosti.³¹ Pored toga, i same države mogu pokrenuti diskusije o identifikaciji opasnih aktivnosti, koje po logici stvari mogu imati prekogranične efekte.³² I poslednje, države mogu svojim sporazumom neku aktivnost da označe kao opasnu i onda kad ona kao takva nije predviđena konvencijom.³³

Sve države ugovornice su dužne da preduzimaju mere za sprečavanje industrijskih udesa. Mere mogu sprovesti, zavisno od nacionalnih prava i praksi, same države, nadležni organi, operateri, ili se mogu preduzeti njihovim zajedničkim naporima. Između ostalog u mere za sprečavanje industrijskih udesa spadaju: utvrđivanje opštih ili posebnih bezbednosnih ciljeva; usvajanje zakonskih odredbi ili smernica koje se odnose na bezbednosne mere i bezbednosne standarde; identifikacija onih opasnih aktivnosti koje zahtevaju preduzimanje posebnih preventivnih mera, koje mogu da uključe sistem davanja dozvole ili ovlašćenja; procena analiza rizika ili studija bezbednosti za opasne aktivnosti i akcioni plan za sprovođenje neophodnih mera; dostavljanje nadležnim organima informacija potrebnih za procenu rizika; primena najpogodnije tehnologije u cilju sprečavanja industrijskih udesa i zaštite ljudskih bića i životne sredine; preduzimanje, u cilju sprečavanja industrijskih udesa, odgovarajućeg obrazovanja i obuke svih osoba koje se bave opasnim aktivnostima na lokaciji kako u normalnim tako i u nenormalnim uslovima; uspostavljanje internih rukovodećih struktura i praksi za efikasno sprovođenje i održavanje bezbednosnih propisa; monitoring i kontrola opasnih aktivnosti i sprovođenje inspekcije.³⁴

3.4.2. Mere pripravnosti

Drugi aspekt delovanja država se odnosi na pripravnost u vanrednim situacijama. Drugim rečima, države treba da budu pripremljene za industrijski udes ukoliko on nastupi. Države su dužne da preduzimaju odgovarajuće mere za utvrđivanje i održavanje adekvatne pripravnosti u vanrednim situacijama, kako bi odgovorile na industrijske udese. Takođe, države su te koje imaju obavezu da obezbede da se mere pripravnosti preduzimaju radi ublažavanja prekograničnih efekata industrijskih udesa, s tim da dužnosti na lokaciji preuzmu operateri.³⁵

Potrebno je da postoji koordinacija svih planova zaštite od udesa, kako internih³⁶

³¹ Videti čl. 4(1) IA konvencije.

³² Videti čl. 4(2) IA konvencije.

³³ Videti čl. 5 IA konvencije.

³⁴ Videti čl. 6 i Aneks IV IA konvencije.

³⁵ Videti čl. 8(1) IA konvencije.

³⁶ Prema čl. 4 Aneksa VII IA konvencije internim planovima zaštite od udesa bi mogla da budu obuhvaćena sledeća pitanja: organizacione uloge i odgovornosti na lokaciji za postupanje u vanrednoj situaciji,

tako i eksternih³⁷ da bi se obezbedio celovit i efikasan odgovor na industrijske udesa. Planovi imaju izuzetno važnu ulogu jer se njima predviđaju mere za zaštitu ljudi i životne sredine. Planovi zaštite od udesa, najpre, treba da uključe radnje neophodne za lokalizovanje vanrednih situacija i za sprečavanje ili minimiziranje njihovih prekograničnih efekata. Takođe, treba da uključe aranžmane za upozoravanje ljudi i gde je pogodno, aranžmane za njihovu evakuaciju, druge zaštitne ili spasilačke akcije kao i zdravstvene usluge. Treće, planovi zaštite od udesa treba da daju osoblju na lokaciji, ljudima koji bi mogli da budu pogođeni izvan lokacije i snagama spasavanja, detalje tehničkih i organizacionih postupaka pogodnih za reagovanje u slučaju industrijskog udesa koji može da ima prekogranične efekte i da spreče i minimiziraju efekte na ljude i životnu sredinu, kako na lokaciji tako i izvan nje. Konačno, planovi zaštite od udesa mogu da uključe mere za postupanje, prikupljanje, čišćenje, skladištenje, uklanjanje i bezbedno odlaganje opasnih supstanci i kontaminiranog materijala, i obnavljanje.³⁸

3.4.3. Obaveza reagovanja

Države ugovornice treba da obezbede da se, u slučaju industrijskog udesa ili neposredne pretnje industrijskog udesa, preduzmu odgovarajuće mere odgovora što je pre moguće i koristeći najdelotvornije prakse, kako bi se suzbili i minimizirali efekti.³⁹

3.4.4. Obaveza obaveštavanja

Za minimiziranje i otklanjanje posledica industrijskih udesa obaveštavanje ima značajnu ulogu, jer omogućava državama da preduzmu odbrambene mere. U

opis radnje koju bi trebalo preduzeti u slučaju industrijskog udesa ili njegove predstojeće pretnje, kako bi se stavilo pod kontrolu stanje ili događaj ili detalji o tome gde takav opis može da se nađe, opis raspoložive opreme i sredstava, aranžmani za obezbeđivanje ranog upozorenja o industrijskim udesima organa javne vlasti nadležnog za hitan odgovor izvan lokacije, uključujući vrstu informacija koje bi trebalo uključiti u početno upozorenje kao i aranžmane za obezbeđivanje detaljnije informacije kada to bude moguće i aranžmani za obuku osoblja o dužnostima koje će se očekivati da obavljaju.

³⁷ Prema čl. 5 Aneksa VII IA konvencije eksternim planovima zaštite od udesa bi mogla da budu obuhvaćena i sledeća pitanja: organizacione uloge i odgovornosti izvan lokacije za postupanje u vanrednoj situaciji, uključujući kako treba da se ostvari integracija sa internim planovima, metode i postupke koje treba da primeni osoblje za vanredne situacije i medicinsko osoblje, metode za brzo utvrđivanje pogođene oblasti, aranžmane za obezbeđivanje da se pismeno obaveštenje o industrijskom udesu brzo dostavi pogođenim ili potencijalno pogođenim državama i da se posle toga održava veza, utvrđivanje sredstava neophodnih za sprovođenje plana i aranžmana za koordinaciju, aranžmane za informisanje javnosti, uključujući, gde je pogodno, aranžmane za potkrepljivanje i ponavljanje informacija za javnost prema članu 9, aranžmane za obuku i vežbe.

³⁸ Videti čl. 6 Aneksa VII IA konvencije.

³⁹ Videti čl. 11(1) IA konvencije.

praksi se pokazalo da upravo neblagovremeno obaveštavanje i nesaradnja država u ovom domenu dovode do težih posledica nego što bi one mogle da budu. Naime, prvih nekoliko sati po nastupanju industrijskog udesa su ključni za preduzimanje mera pripravnosti od strane drugih država.⁴⁰ Stoga, Helsinška konvencija detaljno reguliše slučajeve u kojima postoji obaveza obaveštavanja, propisuje sadržaj obaveštenja i rok u kom se mora izvršiti obaveštavanje. Obaveza obaveštavanja postoji u slučaju industrijskog udesa ili neposredne pretnje industrijskog udesa. Obaveštenje o industrijskom udesu mora biti upućeno svim državama koje mogu biti pogođene industrijskim udesom i mora sadržati informacije potrebne da bi se delovalo protiv prekograničnih efekata. Takođe, obaveštenje mora biti izvršeno na odgovarajući način i bez odlaganja. U tom cilju, države treba da obezbede uspostavljanje i delovanje kompatibilnih i efikasnih sistema obaveštavanja o industrijskim udesima i to na odgovarajućim nivoima.⁴¹ Konačno, države su dužne da obezbede da se, u slučaju industrijskog udesa ili neposredne pretnje industrijskog udesa, planovi zaštite od udesa aktiviraju što je pre moguće i u meri koja odgovara prilikama.⁴²

3.4.5. Pružanje pomoći

U slučaju industrijskog udesa ili neposredne pretnje industrijskog udesa države su dužne da saraduju. Svaka država može, kada joj je potrebna pomoć u slučaju industrijskog udesa, zatražiti pomoć drugih država, ukazujući na obim i vrstu pomoći koju zahteva. Država kojoj je upućen zahtev za pomoć odmah će odlučiti i obavestiti državu koja pomoć zahteva da li je u mogućnosti da pruži zahtevanu pomoć i ukazati na obim i uslove pomoći koja bi mogla biti pružena. Države način pružanja pomoći mogu urediti putem bilateralnih ili multilateralnih sporazuma ili mogu primeniti odredbe IA konvencije.⁴³

3.4.6. Nadležni organi i tačke kontakta

Svaka država ugovornica je dužna da odredi ili ustanovi jedan ili više nadležnih organa koji će se baviti industrijskim udesima. Pored toga, države moraju da

⁴⁰ U slučaju *Sandoz* su švajcarske vlasti čekale 24 sata da obaveste druge zemlje u slivu Rajne i nakon toga je bilo prekasno za odgovarajuću reakciju. U slučaju *Baia Mare*, koji se dogodio u Rumuniji i gde su usled pucanja brane kod rudnika Baia Mare opasne materije (preko 100.000 m³ vode zagađene cijanidom) najpre dospele u reku Somes, pa putem Tise i u Mađarsku, dalje putem Dunava u tadašnju SFRJ i konačno u Crno more je izgubljeno 10 sati, ali su vlasti u Mađarskoj bile blagovremeno obavestene i mogle su da preduzmu nužne mere da npr. osiguraju pijaću vodu za stanovništvo. Takođe, saradnja je blagovremeno uspostavljena i između Mađarske i tadašnje SFRJ. Videti više kod C. Lucas, nav. delo, str. 108.

⁴¹ Videti čl. 10(1) i (2) IA konvencije.

⁴² Videti čl. 10(3) IA konvencije.

⁴³ Videti čl. 12(1) i (2) IA konvencije.

odrede i tačke kontakta kojima će se upućivati obaveštenja o nesrećnim slučajevima i molbe za pomoć.⁴⁴ Naravno, svaka država mora da obezbedi neprekidno funkcionisanje njene tačke kontakta i sistema obaveštavanja o industrijskom udesu, odnosno tačke kontakta i organa odgovornih za upućivanje i primanje zahteva za pomoć i prihvatanje ponuda za pomoć.⁴⁵

3.5. Konvencija kao osnov naučne i tehnološke saradnje država

Helsinška konvencija predstavlja podsticaj državama za unapređenje naučne i tehnološke saradnje. Prema čl. 14 IA konvencije države treba da sarađuju u sprovođenju istraživanja i razvoju metoda i tehnologija za sprečavanje, pripravnost i odgovor na industrijske udesa. Države treba da podstiču i aktivno unapređuju naučnu i tehnološku saradnju, uključujući istraživanje o manje opasnim procesima čiji je cilj ograničavanje slučajnih opasnosti i sprečavanje i ograničavanje posledica industrijskih udesa. Takođe, od država se očekuje da vrše razmenu, ne samo informacija,⁴⁶ nego i tehnologije za sprečavanje, pripravnost i odgovor na efekte industrijskih udesa.⁴⁷

4. PROTOKOL O GRAĐANSKOJ ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU I NAKNADU ŠTETE UZROKOVANE PREKOGRANIČNIM EFEKTIMA INDUSTRIJSKIH UDESA NA PREKOGRANIČNIM VODAMA

U Kijevu je 21. maja 2003. godine donet *Protokol o građanskoj odgovornosti za štetu i naknadu štete uzrokovane prekograničnim efektima industrijskih udesa na prekograničnim vodama* (dalje u tekstu: Protokol).⁴⁸ Protokol je zajednički instrument za IA konvenciju i za Konvenciju o vodama. Protokol su potpisale 22 države na Ministarskoj konferenciji „Životna sredina za Evropu“ (eng. *Environment for Europe*), ali još uvek nije stupio na snagu, jer ga je do sada ratifikovala samo Mađarska.⁴⁹

Osnovni cilj Protokola je stvaranje opšteg režima građanskopravne odgovornosti za štete uzrokovane prekograničnim efektima industrijskih udesa na prekograničnim vodama. U teoriji je isticano da je jedan od osnovnih nedostataka IA konven-

⁴⁴ Videti čl. 17(1) i (2) IA konvencije.

⁴⁵ Videti čl. 17(5) i (6) IA konvencije.

⁴⁶ Videti čl. 15 IA konvencije.

⁴⁷ Videti čl. 16 IA konvencije.

⁴⁸ *Protocol On Civil Liability And Compensation For Damage Caused By The Transboundary Effects Of Industrial Accidents On Transboundary Waters To The 1992 Convention On The Protection And Use Of Transboundary Watercourses And International Lakes And To The 1992 Convention On The Transboundary Effects Of Industrial Accidents* – tekst Protokola je dostupan na http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/civil-liability/documents/protocol_e.pdf.

⁴⁹ Stanje na dan 18.05.2013. Videti više na <http://www.unece.org/env/civil-liability/welcome.html>.

cije izostanak sankcija. Protokolom se ovaj nedostatak otklanja. Značaj Protokola je u tome što daje pojedincima koji su pogođeni prekograničnim efektima industrijskih udesa na međunarodnim vodenim tokovima (npr. ribari) pravne zahteve za odgovarajuću i brzu naknadu štete.⁵⁰ Protokolom se uspostavlja princip nediskriminacije žrtava po kome žrtve prekograničnih efekata ne mogu biti tretirane lošije u odnosu na žrtve gde se industrijski udes dogodio.

Protokolom su obuhvaćene štete usled gubitka života i fizičkih povreda, štete na imovini, štete zbog gubitka prihoda i troškovi mera za otklanjanje štetnih posledica i preduzimanja mera za odgovor.⁵¹

Prema čl. 4 Protokola operateri za štetu uzrokovanu industrijskim udesom odgovaraju po principu stroge, objektivne odgovornosti, bez obzira na krivicu. Oslobođenja od odgovornosti su moguća u Protokolom predviđenim slučajevima. Naime, operater će biti oslobođen od odgovornosti ako dokaže da je i pored primene odgovarajućih bezbednosnih mera, šteta nastala kao:

- a) rezultat oružanog sukoba, neprijateljstava, građanskog rata ili pobune,
- b) rezultat prirodnih pojava koje su izuzetne, koje se nisu mogle izbeći, koje su nepredvidive i nesavladive,
- c) u potpunosti rezultat preduzimanja obavezujućih mera koje su naložile vlasti u državi u kojoj se udes dogodio, ili
- d) u potpunosti rezultat nezakonitog namernog postupanja trećeg lica.⁵²

Ako su dva ili više operatera doprinela nastupanju štete, oštećeni može da zahteva naknadu štete od svakog pojedinačno ili od svih zajedno. Ali ako operater uspe da dokaže da je deo štete nastupio usled industrijskog udesa, on će odgovarati samo za taj deo štete.⁵³

S druge strane, druga lica (agenti, službenici i druga lica) će odgovarati samo ako je šteta nastala usled njihove krivice.⁵⁴

Konačno, Protokol uspostavlja novčano ograničenje odgovornosti operatera prema riziku aktivnosti tj. količini opasnih materija koje jesu ili mogu biti prisutne i njihova toksičnost i rizik koji predstavljaju za životnu sredinu.⁵⁵

Tako što se pred kompanije postavljaju određeni zahtevi da preduzmu mere u cilju sprečavanja štete, u prvi plan dolazi preventivno dejstvo Protokola i jasno je da je osnovni cilj da do udesa ni ne dođe.⁵⁶

⁵⁰ Videti čl. 1 Protokola

⁵¹ Videti čl. 2(2)(d) Protokola.

⁵² Videti čl. 4(2) Protokola.

⁵³ Videti čl. 4(4) Protokola.

⁵⁴ Videti čl. 5 Protokola.

⁵⁵ Videti čl. 11 Protokola.

⁵⁶ Više informacija o Protokolu je dostupno na <http://www.unece.org/env/civil-liability/welcome.html>.

5. ZAKLJUČAK

Industrijski udesi imaju ozbiljne negativne posledice na ljude i životnu sredinu i zbog toga je potrebno preduzeti mere za njihovo sprečavanje i mere kojima se omogućava za životnu sredinu prihvatljiv i održiv ekonomski razvoj. Industrijske nesreće veoma često imaju prekogranično dejstvo i zbog toga je na ovom planu neophodna saradnja između država. Saradnja je neophodna pre, u toku i posle nesreće, odnosno potrebno je da države na odgovarajućim nivoima saraduju radi sprečavanja, pripravnosti i odgovora u slučaju industrijskih udesa koji pogađaju više država.

Helsinška konvencija naglašava značaj sprečavanja, upozorenja i obaveštavanja, međusobne pomoći i razmene informacija. Smatramo da doprinos konvencije predstavljaju njene norme o obaveštavanju i saradnji, jer blagovremeno obaveštavanje susednih zemalja u slučaju industrijskih nesreća omogućava odgovarajuću reakciju tih država i može u velikoj meri da doprinese smanjenju štetnih posledica.

Osnovno ograničenje ove konvencije je u tome što ni ona, kao ni druge konvencije u oblasti zaštite životne sredine ne mogu da spreče nastupanje nesrećnih događaja u industriji.⁵⁷ Pored toga u CEE zemljama, pa i Srbiji, postoji i dodatni problem upotrebe zastarelih tehnologija u industriji koje same po sebi uzrokuju značajna zagađenja. Takođe, zastarela postrojenja se loše održavaju. I dok samo postojanje tzv. prljavih tehnologija predstavlja veliku opasnost za zdravlje ljudi i životnu sredinu, problem je i nemogućnost nabavke modernijih tehnologija. Pa ipak, puna implementacija konvencije i preduzimanje svih predviđenih mera može značajno smanjiti verovatnoću nastupanja industrijskih udesa, odnosno u slučaju akcidenta, može omogućiti blagovremenu i adekvatnu reakciju. I poslednje, IA konvencija ne reguliše pitanje odgovornosti i naknade štete. Ta pravila su sadržana u Protokolu, ali on još uvek nije stupio na snagu.

⁵⁷ Videti više kod C. Lucas, nav. delo, str. 108.

Sandra Fišer-Šobot Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

CONVENTION ON THE TRANSBOUNDARY EFFECTS OF INDUSTRIAL ACCIDENTS – REVIEW AND ANALYSIS

Summary

Lessons learned in the 70's and 80's have resulted in 1992 UN/ECE Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents. Industrial accidents usually have severe and numerous direct or indirect, immediate or delayed adverse consequences on human beings or their environment and therefore states should take all necessary preventive measures in order to provide for environmentally acceptable and sustainable economic development. Industrial accidents often have transboundary effects.

Helsinki convention is designed to provide the basis for cooperation between countries. It especially emphasizes the role of preventive measures, of warnings and notifications, of mutual assistance and exchange of information. In our opinion the main benefits of this convention are its provisions for notification and cooperation, because timely notification of neighboring countries in case of industrial accident enables their adequate reaction and can minimize severe consequences.

However, the main limitation of the convention is that it cannot prevent accidents from taking place. This is especially noticeable in CEE countries including Serbia, where obsolete and polluting technologies are widely used in industrial facilities. In addition, obsolete installations are poorly maintained. While the level of risk for human health and the environment at such installations is already high, greater problem poses the inability to acquire new and modern technology. Nonetheless full implementation of the convention and of all anticipated measures could minimize the probability of industrial accidents. Finally, the convention does not regulate the issue of civil liability and damages. Those rules are contained in Protocol, which is not yet in force.

Key words: *industrial accident, transboundary effect, protection of the environment.*

ЗАКОНИТОСТ БЛИЖЕ САРАДЊЕ У ОБЛАСТИ УНИТАРНОГ ПАТЕНТА – СЛУЧАЈ „ШПАНИЈА И ИТАЛИЈА ПРОТИВ САВЕТА”

Др Јелена Ћеранић*

Апстракт: У раду се анализира законитост ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом. Након уводних напомена о развоју идеје о успостављању новог система заштите проналазака у ЕУ, први део рада биће посвећен разлозима за покретање ближе сарадње у овој области. Преговори о успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ трајали су скоро четрдесет година, а једно од спорнијих питања тицало се режима превођења. Најзад, у јулу 2010. године Комисија је предложила режим превођења унитарног патента у складу са Конвенцијом о европском патенту. Како се две државе чланице, Шпанија и Италија, нису сложиле са предложеним режимом, осталих двадесет пет земаља одлучило се за покретање ближе сарадње. Након што је Савет одобрио ближу сарадњу, Шпанија и Италија су у мају 2011. године поднеле тужбу за поништај због незаконитости одлуке Савета којом се одобрава покретање ближе сарадње. Европски суд правде је 16. априла 2013. донео пресуду којом се тужба одбија, оценивши као неосноване све аргуменате које су Шпанија и Италија навеле у тужби. Ова пресуда биће анализирана у другом делу рада.

Кључне речи: унитарни патент, ближа сарадња, режим превођења, законитост, Европски суд правде.

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Рад на успостављању јединственог система заштите проналазака у Европској унији, након скоро четрдесет година преговора, крунисан је усвајањем тзв. патентног законодавног пакета. Овај пакет састоји се од три компоненте: Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом,¹ Уредба о спровођењу ближе сарадње у области

* Доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, научни сарадник Института за упоредно право у Београду.

¹ Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, OJ L 361/1.

стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења² и Споразум о јединственом патентном суду.³

Током преговора, веома спорно питање био је режим превођења. Услед недостатка сагласности међу европским државама пропало је неколико покушаја да се успостави јединствени систем заштите проналазака у ЕУ.⁴ Преговори на ову тему интензивирани су почетком новог миленијума. У децембру 2009. године у Савету је постигнут политички споразум о унитарном патенту и успостављању правосудног система надлежног за спорове у вези са унитарним патентом. Што се тиче режима превођења, Европска комисија је тек 1. јула 2010. изнела амбициозан предлог, који је наишао на отпор појединих држава чланица ЕУ. Како се Шпанија и Италија нису сложиле са предложеним режимом превођења, преосталих двадесет пет земаља се определило за покретање ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом. У марту 2011. године Савет је одобрио покретање овог механизма, а два месеца касније, у мају 2011. године, Италија и Шпанија поднеле су тужбу за поништај Европском суду правде оспоравајући законитост одлуке Савета, којом се одобрава покретање ближе сарадње у области унитарног патента.

Током 2012. године уредбе о унитарном патенту биле су више пута предмет измена и допуна (посебно оне одредбе које се односе на надлежност Европског суда правде). Тек 10. децембра 2012. Савет је одобрио патентни законодавни пакет, те се он 11. децембра 2012. нашао пред Европским парламентом. Да би Парламент приступио гласању, било је неопходно да се Европски суд правде изјасни поводом тужбе Шпаније и Италије у вези са законитошћу одлуке којом се одобрава покретање ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом. Стога је 11. децембра 2012. општи правозаступник Европског суда правде изнео своје мишљење о поменутој тужби, предложивши Суду да тужбу одбије.⁵ Иако његово мишљење није обавезујуће, Суд га најчешће уважава, што се потврдило и у овом случају. Наиме, Европски суд правде је 16. априла 2013. донео пресуду да се тужба којом се оспорава законитост ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом одбија.

У првом делу рада биће размотрени разлози за покретање ближе сарадње у области унитарног патента. Посебна пажња биће посвећена режиму превођења, који се примењује на унитарни патент. У оквиру другог дела рада,

² 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, OJ L 361/1.

³ Agreement on Unified patent Court, доступно на адреси : [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\\$File/upc_agreement_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf), 31.05.2013.

⁴ Конвенција о комунитарном патенту, потписана у Луксембургу 1975. године, никада није ратификована; Споразум о комунитарном патенту из 1983. године претрпео је исту судбину као и Конвенција; Уредбу о комунитарном патенту из 2004. године није одобрио Савет.

⁵ Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120163en.pdf>, 25.05.2013.

биће анализирана пресуда Европског суда правде у случају Шпанија и Италија против Савета.

II. ПОКРЕТАЊЕ БЛИЖЕ САРАДЊЕ У ОБЛАСТИ УНИТАРНОГ ПАТЕНТА

Европска комисија је 1. јула 2010. предложила Уредбу у унитарном патенту која се тиче режима превођења. Будући да се Шпанија и Италија нису сложиле са предлогом Комисије, осталих двадесет пет држава чланица прибегло је механизму ближе сарадње.

1. Режим превођења

Уредбом о унитарном патенту која се тиче превођења, предвиђено је да режим превођења буде у складу са Конвенцијом о европском патенту (КЕП).⁶ На основу ове конвенције патентне пријаве и спецификације морају бити на једном званичном језику Европског завода за патенте (ЕЗП), а то су енглески, француски и немачки, док се само патентни захтеви преводе на друга два званична језика. Осим тога, не постоје други захтеви за превођењем током управног поступка. Само у случају да је патент предмет спора на суду траже се додатни преводи. 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 пребивалиште⁷ или језик земље у којој се води поступак.⁸ Трошкове превођења сноси титулар патента.⁹

Ипак, Уредбом о унитарном патенту која се тиче превођења предвиђена је могућност накнаде трошкова превођења за средња и мала предузећа, физичка лица, непрофитне организације, универзитете и државна истраживачка тела која имају пребивалиште или главно трговачко седиште у некој од држава чланица ЕУ. Када они поднесу пријаву на неком од званичних језика ЕУ који није енглески, француски или немачки, трошкови превођења ће им бити надокнађени.

Циљ успостављања заштите унитарним патентом, који ће издавати ЕЗП према досадашњем поступку,¹⁰ је да се обезбеди униформна зашти-

⁶ Чл. 14 КЕП.

⁷ Чл. 4 ст. 1 Уредбе унитарним патентом која се тиче превођења.

⁸ Чл. 4 ст. 2 Уредбе о унитарном патенту која се тиче превођења.

⁹ Чл. 4 ст. 3 Уредбе о унитарном патенту која се тиче превођења.

¹⁰ Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом дефинише унитарни патент као класични европски патент који издаје ЕЗП коме се додаје атрибут унитарни. Унитарни патент може бити добијен, ограничен, пренесен, опозван или проширен само за све државе чланице које учествују у ближој сарадњи

та на територији свих држава чланица. Стога режим превођења треба да буде једноставан.

На основу Уговора из Лисабона, за доношење законодавног акта о режиму превођења, који се примењује на унитарни патент, потребна је сагласност свих држава чланица ЕУ.¹¹

2. Механизам ближе сарадње

Упркос покушајима да се дође до компромисног решења у вези са режимом превођења, резултат је изостао. Шпанија и Италија тврдили су да овакав режим превођења представља дискриминацију, и нису желеле да га прихвате. Стога су се оне државе које су биле заинтересоване за успостављање заштите унитарним патентом определиле за покретање ближе сарадње.

Ближа сарадња је инструмент предвиђен Оснивачким уговорима на основу кога одређени број држава чланица, најмање девет, које намеравају да успоставе међусобну ближу сарадњу, могу користити институције, поступке и механизме предвиђене Уговорима, уз поштовање одређених услова. Када се ближа сарадња успостави, она остаје отворена за државе чланице које јој иницијално нису приступиле.¹²

Дакле, због немогућности да се постигне договор између свих држава чланица ЕУ, дванаест земаља¹³ је, у децембру 2010. године, званично затражило покретање ближе сарадње. Два дана након подношења захтева, Комисија је предложила текст о успостављању ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом. У фебруару 2011. године ближој сарадњи се прикључило још тринаест држава, тако да су изван сарадње остале само Шпанија и Италија.

Оснивачким уговорима предвиђено је, да је за покретање механизма ближе сарадње, потребна сагласност Европског парламента и Савета. У складу са тиме, Европски парламент одобрио је покретање ближе сарадње 15. фебруара 2011, а Савет 10. марта 2011.

Месец дана након што је Савет донео одлуку којом се одобрава покретање ближе сарадње, Комисија је, 13. априла 2011, спровела у дело одлуку двадесет пет земаља и предложила две уредбе о унитарном патенту: Уредбу о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом

¹¹ Чл. 118 ст. 2 Уговора ФЕУ.

¹² Механизам ближе сарадње први пут је предвиђен Уговором из Амстердама 1997. године. 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.

¹³ Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Словенија, Шведска и Велика Британија.

и Уредбу о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом, која се тиче превођења.

Ближа сарадња у области стварање заштите унитарним патентом требало би да стимулише научни и технички напредак, као и функционисање унутрашњег тржишта. Успостављање заштите унитарним патентом требало би да унапреди ниво заштите проналазака у ЕУ, јер је предвиђена униформна заштита на територији свих држава чланица учесница. На тај начин биће поједностављен поступак и смањени трошкови добијања заштите унитарним патентом.

3. Тужба Шпаније и Италије против одлуке Савета о одобравању ближе сарадње

Италија и Шпанија, једине две земље које се нису сложиле са предвиђеним режимом превођења, 30. маја 2011. поднеле су тужбе Европском суду правде против одлуке Савета од 10. марта 2011. којом се одобрава покретање ближе сарадње. У тужбама се наводи да покретање ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом незаконито, тј. да представља повреду Оснивачких уговора по више основа.

Занимљиво је, да се са Шпанијом и Италијом сложио један део научне и стручне јавности. Они су отворено подржали ставове Шпаније и Италије, што је изазвало велику пажњу европског јавног мњења.¹⁴

Иако су Италија и Шпанија тврдиле да чињеница, да њихови језици нису увршћени у званичне језике унитарног патента представља дискриминацију, чини се да „играјући на карту националне дискриминације, ове две државе, заправо дискриминишу Европу вис-а-ви великих земаља као што су САД, Јапан, Кина, Јужна Кореја. Унитарни патент омогућава да ЕУ буде конкурентнија на светском тржишту.“¹⁵

Шпанија у тужби наводи да је одлуком којом се одобрава покретање ближе сарадње Савет злоупотребио своја овлашћења, и да таква одлука предствља повреду правосудног система Уније. Осим тога, помиње се повреда услова предвиђених члановима 20 Уговора о ЕУ (УЕУ), као и 326 и 327 Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ), нарочито оних који се тичу искључивих надлежности Уније у оквиру којих је одобрено покретање ближе сарадње и неопходности да се јој прибегне као последњем средству.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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, 22.05.2013, стр. 3.

Италија у тужби истиче да је наведена одлука незаконита, пре свега, због ненадлежности Савета за успостављање ближе сарадње у области унитарног патента, затим због злоупотребе овлашћења и повреде услова предвиђеног чланом 20, став 2 УЕУ, према коме одлука Савета којом се одобрава ближа сарадња мора бити донета као последње средство, и на крају, због повреде чланова 20 УЕУ, 118 УФЕУ и 326 УФЕУ.

III. ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ У СЛУЧАЈУ ИТАЛИЈА И ШПАНИЈА ПРОТИВ САВЕТА

Указом председника Суда од 10. јула 2012. случајеви Шпанија против Савета (Ц-274/11) и Италија против Савета (Ц-295/11) су спојени за потребе усменог поступка и пресуде.¹⁶ Све аргументе које су Шпанија и Италија изнеле у тужбама, Суд је објединио у пет и то су: ненадлежност Савета за успостављање ближе сарадње у овом случају; злоупотреба овлашћења; повреда услова на основу кога одлука којом се одобрава ближа сарадња мора бити донета као последње средство; повреде чланова 20, став 1 УЕУ, 118 УФЕУ, 326 УФЕУ, као и 327 УФЕУ; и непоштовање правосудног система ЕУ.

1. Ненадлежност Савета за одобрење ближе сарадње у конкретном случају

Ближа сарадња одобрена је у области предвиђеној чланом 118 УФЕУ којим се утврђују мере за успостављање европских права интелектуалне својине, како би се обезбедила униформна заштита права интелектуалне својине у Унији. Према мишљењу Шпаније и Италије ова област не спада у подељене, већ у искључиве надлежности Уније предвиђене чланом 3, став 1 УФЕУ у вези са „успостављањем правила конкуренције неопходних за функционисање унутрашњег тржишта“. Будући да члан 20, став 1 УЕУ искључује могућност успостављања ближе сарадње у областима у којима Унија има искључиве надлежности, Италија и Шпанија су сматрале да Савет није овлашћен да одобри ближу сарадњу у конкретном случају.¹⁷

Италија је у тужби истакла да је у члану 3 УФЕУ успостављена само индикативна листа области у којима Унија има искључиве надлежности. Дакле, самом Суду је дозвољено да оквалификује као искључиве и надлежности додељене Унији чланом 118 УФЕУ, независно од поменути листе.¹⁸

¹⁶ *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11.*

¹⁷ *Ibid.*, тач. 10-13.

¹⁸ *Ibid.*, тач. 14.

Да би се утврдило, да ли надлежности имају или немају искључив карактер и могу ли или не, у складу са чланом 20 УЕУ, бити предмет ближе сарадње, веома је важно имати на уму да се управо у оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта чланом 118, став 1 УФЕУ додељују надлежности за стварање европских права интелектуалне својине. Овлашћење за успостављање режима превођења ових права, предвиђено чланом 118, став 2 УФЕУ, повезано је са успостављањем ових права, те се и оно тиче функционисања унутрашњег тржишта.

На основу члана 4, став 2 УФЕУ, подељене надлежности између Уније и држава чланица се примењују, између осталог, и на област унутрашњег тржишта. Чланом 26, став 2 УФЕУ унутрашње тржиште је дефинисано као „простор без унутрашњих граница на коме је слободан промет робе, кретање лица, услуга и капитала осигурано.“ Истим чланом, ставом 1 је предвиђено да Унија „усваја мере којима се успоставља или осигурава функционисање унутрашњег тржишта, у складу са релевантним одредбама Уговора.“ Израз „релевантне одредбе уговора“ указује да надлежности у области унутрашњег тржишта нису ограничене на оне додељене чланом 114 УФЕУ и чланом 115 УФЕУ које се односе на усвајање мера хармонизације, већ покривају све надлежности које су везане за циљ предвиђен чланом 26 УФЕУ, као и надлежности додељене Унији на основу члана 118 УФЕУ.¹⁹

Без обзира на то што су правила у области интелектуалне својине изузетно важне за одржавање лојалне конкуренције на унутрашњем тржишту, она ипак не спадају у област правила конкуренције, у смислу члана 3, став 1 УФЕУ. Обим и начини вршења надлежности Уније у области правила конкуренције неопходних за функционисање унутрашњег тржишта су одређена трећим делом, наслов VII, поглавље 1 УФЕУ, а посебно члановима 101 УФЕУ и 109 УФЕУ. Сматрати да члан 118 УФЕУ спада у област конкуренције било би супротно члану 2, став 6 УФЕУ на основу кога су „обим и начин вршења надлежности Уније утврђени одредбама Уговора за сваку област“. Осим тога, поље важења члана 3, став 1 УФЕУ којим су предвиђене области у којима Унија има искључиве надлежности било би неоправдано проширено.²⁰

Дакле, надлежности предвиђене чланом 118 УФЕУ спадају у подељене надлежности у смислу члана 4, став 2 УФЕУ. Стога је аргумент који се тиче не-надлежности Савета да одобри ближу сарадњу у конкретном случају одбачен.

2. Злоупотреба овлашћења

Иако је циљ ближе сарадње да допринесе процесу интеграција, у конкретном случају, према мишљењу Шпаније и Италије, ближој сарадњи се

¹⁹ *Ibid.*, тач. 10-26.

²⁰ *Ibid.*, тач. 24.

прибегло како би се ове две земље искључиле из дугих преговора о режиму превођења и заобишао захтев за једногласним доношењем одлуке предвиђен чланом 118, став 2 УФЕУ. Сама чињеница да је овим чланом предвиђена посебна правна основа за успостављање режима превођења европског права интелектуалне својине указује на осетљив карактер овог питања. Управо из тог разлога Шпанија и Италија оцениле су понашање Савета као неприкладно, указујући на кратко време које је протекло између предлога Комисије и усвајање спорне одлуке као илустрацију таквог понашања.²¹

Шпанија и Италија су инсистирале на томе да се систем унитарног патента какав су предвиделе земље учеснице ближе сарадње, мора анализирати као посебан споразум у смислу члана 142 Конвенције о издавању европских патената. Овим чланом је предвиђено да: „Група земаља уговорница, која предвиди у посебном споразуму да европски патенти признати за те земље имају јединствен карактер на њиховим територијама, може предвидети да европски патенти могу бити признати само заједно за те земље.“ Дакле, успостављајући унитарни патент као ближу сарадњу, Савет је заправо одобрио успостављање једне специфичне категорије европског патента у оквиру КЕП-а, успостављање које не би требало да се одвија кроз поступке предвиђене Уговорима.²²

Савет је истакао да Шпанија и Италија не учествују у ближој сарадњи зато што одбијају да се укључе, а не зато што су из исте искључене. Чланом 16 спорне одлуке предвиђено је да је ближа сарадња отворена у сваком моменту за све државе чланице.

Суд правде у пресуди, одговарајући на овај аргумент Шпаније и Италије, истиче да члановима 20 УЕУ и 326-334 УФЕУ није забрањено да државе чланице покрећу ближу сарадњу у оквиру надлежности Уније, у којима се на основу Уговора, одлуке морају доносити једногласно. Супротно томе, из члана 333, став 1 УФЕУ произилази да се у оквиру таквих надлежности Уније могу покретати ближе сарадње, када су испуњени услови предвиђени чланом 20 УЕУ и 326-334 УФЕУ. У том случају, под условом да Савет није одлучио да се одлуке доносе квалификованом већином, једногласност ће чинити гласови само оних држава које учествују у ближој сарадњи.²³

Даље, супротно ономе што подржавају Шпанија и Италија, чланови 20 УЕУ и 326-334 УФЕУ не ограничавају могућност прибегавања ближој сарадњи само на ситуацију када једна или више држава чланица изјави да још није спремна да учествују у некој законодавној активности Уније као целине. У складу са чланом 20, став 2 УЕУ, ситуација која може да доведе до ближе сарадње је она у којој „циљеви жељени том сарадњом могу бити постигнути у разумном временском периоду од стране Уније као целине“. Дакле, овај предус-

²¹ *Ibid.*, тач. 27-29.

²² *Ibid.*, тач. 30.

²³ *Ibid.*, тач. 35.

лов односи на немогућности како због различитих интеграционих капацитета држава чланица (могућност / способност за интеграцију) тако и немогућности услед различитих ставова и недостатка сагласности у Савету (воља / жеља за интеграцијом).²⁴

Следи да се одлука Савета да одобри ближу сарадњу, након што је констатовао унитарни патент и његов режим превођења не могу бити успостављени у разумном временском периоду од старне Уније као целине, не представља заобилажење захтева за једногласношћу предвиђеног чланом 118, став 2 УФЕУ, нити искључење држава чланица које нису приступиле ближој сарадњи. Осим тога, одлука Савета, у светлу немогућности да се у разумном временском периоду постигне заједнички режим за Унију као целину, доприноси процесу интеграција.²⁵

Стога је Европски суд правде одбацио аргумент да је Савет злоупотребио овлашћења.

3. Повреда услова на основу кога одлука којом се одобрава ближа сарадња мора бити донета као последње средство

Чланом 20, став 2 УЕУ је предвиђено да: „Одлуку о одобрењу ближе сарадње, под условом да у њој учествује најмање девет држава чланица, доноси Савет, као последње средство, пошто је утврдио да се циљеви постављени у оквиру ове сарадње, у разумном року, не могу остварити у оквиру Уније као целине.“

Шпанија и Италија истакле су да услов који се тиче доношења одлуке којом се одобрава ближа сарадња као последње средство мора да буде стриктно поштован. Међутим, у конкретном случају могућности преговора између свих држава чланица о режиму превођења унитарног патента нису биле исцрпљене. Наиме, између предлога о режиму превођења који је изнела Комисија 1. јула 2010. и предлога о ближој сарадњи који је представила иста институција 14. децембра 2010. није протекао ни период од шест месеци. Дакле, преговори су били прекратки, те је повреда члана 20, став 2 УЕУ очигледна.²⁶

Овај услов има посебну важност и мора се схватити у светлу члана 20, став 1, тачка 2 УЕУ, на основу кога су „ближе сарадње усмерене на фаворизовање остварења циљева Уније, заштиту њених интереса и јачање процеса интеграције.“ Интереси Уније и процес интеграција засигурно неће бити очувани ако сваки неплодни преговор може довести до једне или више ближих

²⁴ Ј. Ђеранић, *Облици повезивања држава чланица у Европској унији*, Службени гласник и Институт за упоредно право, Београд 2011, стр. 225-226.

²⁵ *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11*, тач. 37.

²⁶ *Ibid.*, тач. 42-43.

сарадњи уместо да се ради на постизању компромиса који омогућава усвајање једног решења за Унију као целину.²⁷

Подносиоци су тврдили да су, на дан када је Комисија предложила одобрење ближе сарадње, као и на дан када је Савет одобрио предлог, и даље постојале реалне могућности да се постигне компромис. Осим тога, сматрали су да преговори о унитарном патенту и његовом режиму превођења нису били тако подубљени као што је то тврдио Савет.

Међутим, требало би имати у виду да су у поступку који је довео до усвајања одлуке којом се одобрава ближа сарадња учествовали и Комисија која је изнела поменути предлог и Европски парламент који га је одобрио и Савет који је донео коначну одлуку којом се одобрава покретање ближе сарадње. Савет је свакако најбоље позиционирана институција да оцени да ли су државе чланице спремне за компромис у догледној будућности. Што се тиче улоге Европског суда правде у овој ситуацији, тј. приликом контроле поштовања услова усвајања као последњег средства одлуке којом се одобрава ближа сарадња, Суд само треба да провери да ли је Савет пажљиво и непристрасно испитао елементе који су релевантни за овај предмет и да ли је закључак до кога је дошао довољно образложен.²⁸

У конкретном случају, Савет је узео у обзир чињеницу да је законодавни поступак који се тиче успостављања унитарног патента на нивоу Уније отпочет током 2000. године (у августу 2000. године изнет је први Предлог уредбе о комунитарном патенту) и да је прошао кроз више етапа, на које је указао и општи правозаступник и које су детаљно објашњене у предлогу Комисије за покретање ближе сарадње из децембра 2010, као и у самој спорној одлуци. Осим тога, државе чланице су у Савету више пута дискутовале о великом броју различитих режима превођења унитарног патента и ниједан од њих није задовољио подршку свих земаља.²⁹

Сходно томе, Европски суд правде је и овај аргумент одбацио.

4. Повреде чланова 20, став 1 УЕУ, 118 УФЕУ, 326 УФЕУ и 327 УФЕУ

Прво, на основу члана 20, став 1, тачка 2: „Ближе сарадње су усмерене на фаворизовање циљева Уније, заштиту њених интереса и јачање процеса интеграција.“ Подносиоци тужбе навели су да је Савет погрешно оценио да ближа сарадња следи циљеве истакнуте у поменутом члану, тј. да доприноси вишем нивоу интеграције у односу на актуелну ситуацију. Према мишљењу Шпаније и Италије у Унији већ постоји одређени ниво униформности, јер је

²⁷ *Ibid.*, тач. 47-49.

²⁸ *Ibid.*, тач. 52-54.

²⁹ *Ibid.*, тач. 55-56.

законодавство свих држава чланица у области права интелектуалне својине усклађено са одредбама КЕП-а. Успостављање унитарног патента који се односи само на један део Уније неће допринети униформној заштити, већ ће бити на њену штету.³⁰

Међутим, национални и европски патенти који важе у једној или више држава чланица обезбеђују заштиту која је националног карактера. Другим речима, патент додељен у складу са правилима КЕП-а не обезбеђује униформну заштиту у свим државама потписницама ове конвенције, већ осигурава, у свакој од тих држава, заштиту чији је домет одређен националним законодавством. Супротно томе, унитарни патент обезбеђује униформну заштиту на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи. Свакако да би униформна заштита на територији целе Уније била повољнија за функционисање унутрашњег тржишта, али и ближа сарадња у којој учествује двадесет пет земаља представља напредак у односу на актуелну ситуацију.³¹

Стога је аргумент на основу кога заштита која се додељује унитарним патентом не доприноси униформности и самим тим интеграцијама у односу на актуелну ситуацију одбачен као неоснован.

Друго, Република Италија је у тужби подсетила да, иако члан 118 УФЕУ предвиђа утврђивање мера за успостављање европских права интелектуалне својине у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине „у Унији“ и успостављање централизованог система ауторизације, координације и контроле „на нивоу Уније“, Савет је одобрио успостављање права које неће важити у Унији као целини.

На основу члана 326, тачка 1 УФЕУ: „Ближа сарадња поштује Уговоре и право Уније“. Другим речима вршење неке надлежности поверене Унији оквиру ближе сарадње мора, између осталог, поштовати, тј. бити у складу са оном одредбом Уговора, којом је та надлежност предвиђена. У конкретном случају, ближа сарадња мора бити у складу са чланом 118 УФЕУ. Имајући у виду ову обавезу усклађености са чланом 118 УФЕУ, у оквиру ближе сарадње морају се утврдити мере које се односе на успостављање европског права интелектуалне својине, којим се обезбеђује униформна заштита права интелектуалне својине.³²

Што се тиче термина „у Унији“ и „на нивоу Уније“ из члана 118 УФЕУ, важно је констатовати да је надлежност предвиђена овим чланом извршена у оквиру ближе сарадње и да ће европско право интелектуалне својине тако успостављено, униформна заштита коју обезбеђује и режими који га прате бити на снази не у целој Унији, већ само на територији држава чланица учесница. Овако конципирано европско право интелектуалне својине не представља

³⁰ *Ibid.*, тач. 60.

³¹ *Ibid.*, тач. 61.

³² *Ibid.*, тач. 66-67.

повреду члана 118 УФЕУ, и у складу је са чланом 20 УЕУ, став 4 којим је предвиђено да „акти усвојени у оквиру ближе сарадње обавезују само државе учеснице.“³³

Стога је аргументација која се позива на повреду члана 118 УФЕУ неоснована.

Треће, чланом 326, тачка 2 предвиђено је да: “Ближе сарадње 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.”

Према мишљењу Шпаније и Италије ближа сарадња представља повреду свих ових принципа и циљева. У ствари, успостављање униформне заштите проналазака само у једном делу Уније фаворизује апсорпцију активности које се тичу нових проналазака у том делу Уније, на уштрб држава чланица које нису учеснице. Даље, ближа сарадња у питању проузроковаће нелојалну конкуренцију и довести до дискриминације међу предузећима зато што ће размена иновативних производа бити олакшана за предузећа која послују на немачком, енглеском или француском. Предвиђена ближа сарадња ће такође утицати на смањење мобилности истраживача из држава чланица које не учествују у овој сарадњи или држава чланица чији званични језик није немачки, енглески или француски, јер предвиђени режим отежава овим истраживачима приступ информацијама о патентима. Осим тога, ближа сарадња ће нанети штету економској, социјалној и територијалној кохезији Уније у смислу да ће спречити кохерентан развој индустријске политике и повећати разлике између држава чланица у погледу технолошког развоја.³⁴

Савет је оценио да су ови аргументи базирани на премисама које потичу од спекулација. Фрагментација тржишта не потиче од спорне одлуке, већ је последица чињенице да је заштита европским патентом заправо национална. Штавише, у мери у којој подносиоци заснивају своју аргументацију на предвиђеном режиму превођења, њихове тужбе су неприхватљиве, јер коначне карактеристике овог режима превођења нису још утврђене спорном одлуком.³⁵

У ствари, режим превођења који је описан у тужби заправо представља само предлог Комисије, обогаћен елементима компромиса, које су предложиле државе чланице које су председавале Саветом у време подношења захтева за ближом сарадњом. Режим превођења који је наведен у тужби је био само у припремној фази у време доношења спорне одлуке и није био њен конститутивни елемент.³⁶

³³ *Ibid.*, тач. 68.

³⁴ *Ibid.*, тач. 71-73.

³⁵ *Ibid.*, тач. 74.

³⁶ *Ibid.*, тач. 77.

Из тога следи, да је аргументација које тиче повреде члана 326 УФЕУ делимично неоснована и делимично неприхватљива.

Четврто, чланом 327 УФЕУ предвиђено је да: “Ближе сарадње поштују надлежности, права и обавезе држава чланица које у њима не учествују.”

Подносиоци тужбе су навели да овако конципирана ближа сарадња није у складу са чланом 327 УФЕУ, јер не поштује права држава чланица које не учествују у њој. Посебно је занемарено право да се ове две државе у будућности прикључе ближој сарадњи пошто Савет фаворизује режим превођења који оне не прихватају.³⁷

Ипак, спорном одлуком ни на који начин није повређена нека надлежност, право или обавеза ове две државе чланице. Посебно се не може сматрати повредом њихових надлежности, права или обавеза перспектива примене режима превођења коме се противе Шпанија и Италија. Колико је важно да ближа сарадња не води ка усвајању мера које спречавају државе чланице, које не учествују у њој, да врше своје надлежности и права и испуњавају своје обавезе, толико је значајно да се учесницама у тој садањи омогући да установе правила са којима се државе које не учествују не би сложиле да учествују у сарадњи. Успостављањем таквих правила није онемогућено државама чланицама које не учествују да приступе ближој сарадњи. Као што је предвиђено чланом 328, став 1, тачка 1 УФЕУ, такво приступање је условљено поштовањем аката које су већ усвојиле државе чланице учеснице ове сарадње од њеног почетка.³⁸

Стога је и аргумент да је ближом сарадњом повређен члан 327 УФЕУ, такође оцењен као неоснован.

Дакле, Суд је одбацио и четврти аргумент који су навели подносиоци у тужби, а који се тиче повреде чланова 20, став 1 УЕУ, 118 УФЕУ, 326 УФЕУ и 327 УФЕУ.

5. Непоштовање правосудног система Уније

Шпанија и Италија су у тужби навеле да правосудни систем Уније чини целина тужби и поступака како би се обезбедила контрола законитости аката Уније. Савет није испоштовао овај систем, јер је одобрио ближу сарадњу, а није прецизирао правосудни режим који ће се примењивати у оквиру новог европског права интелектуалне својине.

Иначе, чланом 262 УФЕУ је предвиђено да: „Савет, одлучујући једногласно, у складу са посебним законодавним поступком и после консултовања Европског парламента, може усвојити одредбе којима, у мери коју он одреди, Европском суду правде додељује надлежности да одлучује у

³⁷ *Ibid.*, тач. 79.

³⁸ *Ibid.*, тач. 82-83.

споровима у вези са применом аката усвојених на основу Уговора којима се креира европско право у области интелектуалне својине.“

Суд правде је у Мишљењу 1/09³⁹ прецизирао да члан 262 УФЕУ предвиђа само могућност да се успостави специфична тужба за спорове у вези са применом аката Уније којима се успостављају европска права интелектуалне својине, али не намеће успостављање посебног правосудног оквира. У сваком случају, није неопходно да одлуком којом се одобрава ближа сарадња буду прецизирани модалитети правосудног режима који ће бити установљен у оквиру те сарадње.⁴⁰

Ближу сарадњу је одобрио Савет на основу члана 329, став 1 УФЕУ, на предлог Комисије и после одобрења Европског парламента. Предлог Комисије је био заснован на захтеву држава чланица које су желеле да успоставе ближу сарадњу у питању. У тим захтевима морају се, на основу члана 329, став 1 УФЕУ, навести „област у којој желе да остваре ближу сарадњу и циљеве које желе да постигну“, што је и учињено. Дакле, Савет није био дужан да у одлуци наведе додатне податке у вези са садржајем ближе сарадње. У ствари, циљ ове одлуке је био само да се државама чланицама одобри покретање сарадње. Оне ће касније, обраћајући се институцијама Уније у складу са члановима 20 УЕУ и 326-334 УФЕУ, успоставити унитарни патент и утврдити правила која ће се на њега примењивати, укључујући и специфична правила у вези са правосудним системом.⁴¹

Сходно горе наведеном образложењу, Европски суд правде је одбацио и овај пети аргумент.

Будући да су сви аргументи које су у тужбама навеле Шпанија и Италија одбачени, Европски суд правде је донео одлуку којом се тужба одбија.

V. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Немогућност да се постигне сагласност свих држава чланица ЕУ у вези са режимом превођења који ће се примењивати на унитарни патент деценијама је била једна од највећих препрека за успостављање јединственог система заштите проналазака у ЕУ. Покушај да се пресече Гордијев чвор у вези са режимом превођења доношењем одлуке о покретању ближе сарадње, отворио је Пандорину кутију у овој области. Шпанија и Италија поднеле су тужбе Европском суду правде, наводећи да је одобрењем за покретање ближе сарадње учињена вишеструка повреда Оснивачких уговора. Занимљиво је, да се део европске научне и стручне јавности сложио са аргументацијом, коју су у туж-

³⁹ *Opinion of the Court of 8 March 2011 (Opinion 1/09)*, тач. 62.

⁴⁰ *Kingdom of Spain and Italian Republic v Council of the European Union, Joined cases C-274/11 and C-295/11*, тач. 88.

⁴¹ *Ibid*, тач. 89-92.

бама изнеле ове две земље, и подржао их у њиховим напорима да докажу незаконитост одлуке Савета. Упркос томе, Европски суд правде је 16. априла 2013. донео пресуду којом се одбија тужба Шпаније и Италије и потврђује законитост одлуке Савета, којом се одобрава покретање ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом.

Међутим, режим превођења није био једини проблем са којим се Унија суочила у току рада на успостављању заштите унитарним патентом. Пре него што је тзв. патентни законодавни пакет усвојен (децембар 2012. године), питање надлежности Европског суда правде и његовог односа са специјализованим Судом за патентне спорове изазвало је велике полемике у Унији. Затим, од када су Уредбе о унитарном патенту ступиле на снагу (јануар 2013. године), све се чешће говори о томе да унитарни патент неће смањити трошкове заштите, да ће повећати правну несигурност (јер унитарна заштита почива на одредбама националних законодавстава), те да се европска предузећа неће одређивати за заштиту унитарним патентом.⁴² Поврх свега, Шпанија је у марту 2013. године поново поднела тужбу Европском суду правде против две уредбе о унитарном патенту. Овог пута Италија јој се није придружила. Да ли ће и на који начин ова тужба утицати на почетак примене уредби о унитарном патенту остаје да се види.

Све у свему, чини се да је судбина унитарног патента и даље неизвесна. Иако је начин на који је унитарни патент конципиран далеко од идеалног и поједина решења остављају простора за дискусију, сасвим је извесно да систем заштите проналазака унитарним патентом представља напредак у односу на онај предвиђен европским патентом и јача конкурентски положај ЕУ на светском тржишту.

⁴² „Le seigneur des brevets unitaires : un aperçu du vote de plénière du Parlement européen”, доступно на Интернет адреси: <http://www.unitary-patent.eu/fr/content/le-seigneur-des-brevets-unitaires-un-apercu-du-vote-de-pleniere-du-parlement-europeen>, 27.05.2013.

Jelena Čeranić, 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**

LEGALITY OF ENHANCED COOPERATION IN THE AREA OF UNITARY PATENT – SPAIN AND ITALY v COUNCIL

Summary

The paper deals with the legality of enhanced cooperation in the area of creation of unitary patent protection. Efforts to create a common patent applicable across all European countries have been made since the 1960s, but for a number of reasons (translation arrangements primarily) have never been successful. The Commission proposed a regulation on the translation arrangements for the EU patent in July 2010. Despite all the efforts, the Council could not reach an unanimous agreement on the applicable translation arrangements (Spain and Italy did not agree with the proposed translation agreement). Therefore 25 Member States decided to launch enhanced cooperation. Enhanced cooperation is aimed at furthering the objectives of the EU, protecting its interests and reinforcing its integration process. A decision authorizing enhanced cooperation is to be adopted by the Council as a last resort, when it has been established that the objectives of such cooperation cannot be attained within a reasonable period by the EU as a whole. The decision is adopted by the Council on a proposal from the Commission and after obtaining the consent of the Parliament. Once the Council has approved the enhanced cooperation, Spain and Italy requested the Court of Justice to annul the Council's decision, maintaining that it was invalid for several reasons. Two years later, 16 April 2013 the European Court of Justice dismissed the actions brought by Spain and Italy against the Council's decision authorizing enhanced cooperation in the area of single European patent.

Key words: *unitary patent, enhanced cooperation, translation arrangements, legality, European Court of Justice.*

ODREĐIVANJE NAKNADE ŠTETE ZBOG POVREDE UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Dr Katarina Jovičić*

***Apstrakt:** Zahtev za naknadu štete je pravno sredstvo koje je poveriocu gotovo uvek dostupno u situaciji kada dužnik ne ispuni ugovor o međunarodnoj prodaji robe, ili ga neuredno izvrši. To pravno sredstvo, strani vernoj ugovoru, daje pravo da od druge strane zahteva isplatu odgovarajuće sume novca na ime kompenzacije. Dva su ključna pitanja koja se s tim u vezi postavljaju: prvo, koje štete nastale usled povrede ugovora poverilac može da nadoknadi zahtevom za naknadu štete i drugo, kako se odmerava iznos obeštećenja. U uporednom pravu se u odnosu na prvo pitanje gotovo univerzalno prihvata princip integralne naknade štete, dok se odmeravanje visine štete, u načelu, vrši na osnovu stvarnih troškova i gubitaka koje je oštećeni pretrpeo, ili na osnovu pretpostavljene štete kada su za to ispunjeni predviđeni uslovi. Ipak, tako dobijen iznos ne predstavlja nužno i konačni iznos obeštećenja, jer sva prava predviđaju ograničenja dužnikove ugovorne odgovornosti. U radu se ukazuje na karakteristična rešenja ovih pitanja u uporednom pravu, uz poseban osvrt na pravila koja o tome predviđaju Zakoni o obligacionim odnosima Republike Srbije i Republike Srpske, kao i Bečke konvencije. U zaključku se konstatuje da između pomenuta tri izvora prava nema suštinskih razlika i da na osnovu toga proizilazi da Zakoni o obligacionim odnosima ne odstupaju od međunarodnih standarda u ovoj oblasti.*

Ključne reči: ugovor o međunarodnoj prodaji robe, neizvršenje ugovora, naknada štete, ugovorna odgovornost, ograničenja dužnikove odgovornosti za štetu, Zakon o obligacionim odnosima, Bečka konvencija.

UVOD

Kada dužnik ne ispuni ili neuredno izvrši ugovor o međunarodnoj prodaji robe tako da je to pravno relevantno, tada poverilac stiče pravo da protiv njega upotrebi određena pravna sredstva. Koja su to pravna sredstva zavisi, u načelu, od prava merodavnog za ugovor¹, ali zajedničko svim pravima je da poveriocu u tom slučaju

* naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd

¹ Strane ugovornice mogu ovo pitanje urediti i samim ugovorom, podrazumeva se pod uslovom da se kreću u granicama postavljenim prinudnim propisima koja se primenjuju u konkretnom slučaju.

priznaju pravo na naknadu štete², samostalno ili istovremeno sa nekim drugim pravnim sredstvom.³

Naknada štete zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe, po pravilu, ima za cilj da se oštećena strana dovede u položaj u kome bi bila da je ugovor ispunjen⁴ i to se, redovno, postiže isplatom odgovarajuće sume novca.⁵ Nekada, međutim, poverilac može zahtevati naknadu štete uzimajući u obzir samo troškove koje je snosio verujući da će ugovor biti uredno izvršen⁶, pa obeštećenje u tom slučaju nema za cilj da se njegova imovina dovede u stanje u kome bi bila da je ugovor realizovan, već u kome bi bila da on nije ni zaključen. Oštećeni poverilac, po pravilu, samostalno odlučuje na koji od navedena dva načina će koncipirati odštetni zahtev, ali on nema pravo da istovremeno kumulira više zahteva koji imaju za cilj popravlanje štete. Ovo stoga što suma obeštećenja ne treba da bude ni veća ni manja od nastale štete, već njoj ekvivalentna, pa ako je obeštećen po jednom osnovu onda ne može zahtevati obeštećenje i po drugom osnovu.

Najznačajnije pitanje koje se postavlja u vezi sa naknadom štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe, jeste pitanje kako se ona određuje. Da bi se na njega odgovorilo neophodno je, prvo, utvrditi koje štete, od svih šteta koje su se dogodile kao posledica povrede ugovora, mogu biti obuhvaćene poveriočevim odštetnim zahtevom, a nakon toga je potrebno odmeriti visinu odštetnog zahteva, odnosno obračunati te štete u odgovarajući novčani iznos.

² U najopštijem smislu, uslovi pod kojima poverilac stiče pravo na zahtev za naknadu štete su: da su strane zaključile punovažan ugovor, da je jedna strana taj ugovor povredila, da je druga strana usled toga pretrpela štetu, da pravo priznaje da se ta šteta može nadoknaditi, kao i da se dužnik nije oslobodio od ugovorne odgovornosti.

³ Videti više: Jovičić, K., *Odnos zahteva za naknadu štete zbog povrede ugovora o prodaji robe sa drugim pravnim sredstvima poverioca*, u, Strani pravni život br. 1/2013, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013, str. 79-95.

⁴ U svetlu nacionalnih prava, međunarodnih ugovora, opštih načela međunarodnog prava i u pravnoj doktrini postoji gotovo univerzalna saglasnost o ovom pitanju. Videti: Gotanda, J., *Damages in Private International Law*, u, 326 Recueil des Cours 73- 407, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers 2007, str. 182-183; Treitel, G., *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford 1989, str. 82; Cigoj, S., Član 155, u Krulj, V., Blagojević, B., (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983, str. 517.

⁵ Pored novčane naknade, veliki broj prava predviđa i naknadu u naturi, ali to nije uobičajeno za naknadu štete zbog povrede ugovora o prodaji (uporednopravni pregled o ovom pitanju videti: Toroman, M., Član 185, u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 693). Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), objavljena u "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 10-1/84 (u daljem tekstu: Bečka konvencija), takođe, predviđa da se naknada štete u slučaju povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe vrši isplatom novca (član 74. i dalje).

⁶ Po pravilu, to su situacije kada oštećeni ima teškoće da dokaže celokupnu štetu koju je pretrpeo. Tako, na primer, kupac koji je angažovao magacinski prostor da bi u njega smestio robu verujući da će je prodavac isporučiti na vreme, može na ime naknade štete potraživati samo iznos koji odgovara troškovima zakupa magacina (jer on ne bi pretrpeo taj gubitak da je ugovor uredno izvršen), a ne i iznos zarade koju je očekivao da je roba dostavljena na vreme.

1. VRSTE ŠTETA KOJE SE NADOKNAĐUJU

Ako se pođe od kontinentalnih prava, onda se obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe, po pravilu, određuje prema dva osnovna koncepta kompenzacije, poznata još iz rimskog prava, i to su: *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Pod *damnum emergens* podrazumeva se stvarna, odnosno efektivna, odnosno pozitivna šteta, koja se sastoji u umanjenju već postojeće imovine oštećenog lica⁷. Kada je o povredi ugovora reč, tada se ova šteta izražava kroz izdatke koje je oštećeni podneo zbog toga što druga strana nije izvršila ili je neuredno izvršila svoju ugovornu obavezu, uključujući i razumne troškove koji su bili potrebni da bi se sprečile ili ublažile štetne posledice povrede ugovora. Za razliku od toga, *lucrum cessans* predstavlja izgubljeni dobit, odnosno korist koju je oštećeni po redovnom toku stvari očekivao od izvršenja ugovora i koju bi ostvario da je ugovor uspešno realizovan. Ona se može označiti i kao negativna šteta, jer podrazumeva, korist koja se očekivala, ali je izostala zbog toga što je ugovor povređen.⁸ Princip potpune naknade štete, koji uključuje kako pozitivnu tako i negativnu štetu⁹ prihvata većina kontinentalnih prava¹⁰, a to shvatanje usvajaju i najznačajniji međunarodni izvori prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Tako, Bečka konvencija predviđa da naknada štete obuhvata pretrpljeni gubitak i izmaklu dobit,¹¹ a slično rešenje sadrže UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj trgovini (u daljem tekstu: UNIDROIT Načela)¹², kao i Načela evropskog ugovornog prava.¹³

U pravima *common law* naknada štete ima drugačiji razvojni put nego u kontinentalnim pravima i idejama, odnosno princip potpune naknade štete zbog povrede ugovora o prodaji se ne objašnjava kao pravo na pozitivnu i negativnu štetu, već

⁷ Videti: odrednica „*Damnum emergens*”, u, *Pravna enciklopedija 1*, Borislav Blagojević (redaktor), Savremena administracija, Beograd 1985, str. 206.

⁸ Za naknadu ove štete nije odlučujuća samo dobit koju je oštećeni subjektivno predviđao i od ugovora očekivao; potrebna je izvesna objektivna verovatnoća da bi se ona zaista i ostvarila, Videti: odrednica „*Lucrum cessans*”, u *Pravna enciklopedija 1*, op. cit., str. 741.

⁹ U pravnoj teoriji se šteta, koja je posledica neizvršenja ugovora, deli i na pozitivni, odnosno negativni ugovorni interes, prema tome da li je šteta nastala zbog nepravilnosti u izvršenju ugovora, ili zbog toga što ugovor nije punovažan, odnosno, zato što do zaključenja ugovora nije došlo. Ovu podelu, međutim, treba razlikovati od podele na pozitivnu i negativnu štetu u tom smislu, što negativna šteta (*lucrum cessans*), koja obuhvata izgubljeni korist, po pravilu ulazi u pozitivni ugovorni interes, ali ona, takođe, može biti i element negativnog ugovornog interesa, na primer, ako prodavac propusti da ugovori prodaju robe trećem licu zato što je verovao da je zaključeni ugovor punovažan i da će biti izvršen.

¹⁰ Na primer, nemačko pravo (§§ 249, 252. BGB), austrijsko pravo (§1293. AGB), francusko pravo (čl. 1149. CC i dalje), italijansko pravo (član 1223. CC), holandsko pravo (§6:96 BW), špansko pravo (član 1106. CC); član 189. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije.

¹¹ Videti: član 74. Konvencije, prva rečenica.

¹² *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (1994). Videti član 7.4.2.(1).

¹³ *Principles of European Contract Law* su rađeni u tri etape: I deo je donet 1995. godine, II deo 1997. godine i III deo, 2003. godine. Videti član 9:502.

prema tome koji interes poverioca treba zaštititi obeštećenjem. U tom smislu razlikuju se: *expectation interes*,¹⁴ koji se može označiti kao interes izvršenja ugovora i štiti se naknadom štete čiji je cilj da omogućiti oštećenom sticanje koristi koju je od ugovora očekivaokako bi se doveo u položaj u kome bi bio da je ugovor uredno izvršen¹⁵; *reliance interes*, koji se može označiti kao interes pouzdanja u ugovor, i štiti se naknadom štete čiji je cilj da se oštećeni dovede u poziciju u kojoj bi bio da ugovor nikada nije ni bio zaključen¹⁶.

Koncept zasnovan na *damnum emergens* i *lucrum cessans*, s jedne strane, i koncept zasnovan na *expectation* interesu (koji, po pravilu, uključuje i *reliance* interes), s druge, na prvi pogled označavaju isto; oba se koriste da opišu princip potpune naknade štete. I zaista, oni potvrđuju istu ideju, ali je njihova uloga različita: *expectation interes* predstavlja krajnji cilj zahteva za naknadu štete, dok je uloga potpune naknade štete isplatom stvarne štete i izmakle dobiti način, odnosno, sredstvo putem koga se taj cilj postiže.¹⁷ Nije moguće unapred utvrditi opšte pravilo koje bi odredilo pod kojim uslovima se zahtev za naknadu štete može zasnovati na jednom od navedenih interesa¹⁸, niti je moguće unapred predvideti koje se štete, koje poverilac trpi zbog povrede ugovora, svrstavaju kao obična šteta, odnosno izmakla korist s obzirom da odgovor na to pitanje zavisi od specifičnih okolnosti svakog pojedinog slučaja.

Prema prirodi, šteta može biti materijalna, tj. imovinska, i nematerijalna, tj. neimovinska. Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe, koji se zaključuje prevažno radi sticanja dobiti, retke su situacije u kojima bi poverilac trpeo nematerijalnu štetu zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja ugovora i one se, po pravilu, svode na slučaj kada je usled toga narušen poveriočev poslovni ugled među njegovim poslovnim partnerima. Ako pretrpi takvu štetu onda poverilac ne bi trebalo da ima smetnje da se po tom osnovu obešteti, pod uslovom da merodavno pravo prihvata naknadu nematerijalne štete zbog neispunjenja ugovora. Podrazumeva se da on i u ovom slučaju mora dokazati postojanje nematerijalne štete i opredeliti njenu visinu sa razumnom pouzdanošću, jer se ona ne pretpostavlja. Ipak, sud ili arbitražna kada odlučuju o takvom zahtevu treba da budu posebno obazrivi i da vode računa da se naknada štete ne obračuna dva puta, jer se obeštećenje zbog narušenja poslovnog ugleda i naknada za gubitak zarade često preklapaju.¹⁹

¹⁴ Osim izraza „*expectation interes*”, u upotrebi je i izraz „*performance interes*”.

¹⁵ Opširnije: Gotanda, J., *Damages in Lieu of Performance*, Villanova University School of Law Working Paper Series, Berkeley Electronic Press, Berkeley, 2006, str. 3-4.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Videti više: Saidov, Dj., *Methods of Limiting Damages under Vienna Convention on Contracts on the International Sale of Goods*, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html> 25. mart 2013.

¹⁸ O međusobnom odnosu između *expectation* i *reliance* interesu, kao i o načinu na koji su oni zaštićeni i u pravima koja naknadu štete zasnivaju na običnoj šteti i izmakloj koristi (na primerima nemačkog, austrijskog, švajcarskog i francuskog prava) videti: Treitel, G., op. cit., str. 88-105.

¹⁹ O ovom pitanju se dosta diskutovalo u kontekstu primene Bečke konvencije i praksa pokazuje da sudovi i arbitraže, kada odlučuju o zahtevu za naknadu štete zbog gubitka poslovnog ugleda, tada

2. ODMERAVANJE NAKNADE ŠTETE

Da bi poverilac nadoknadio štetu zbog povrede ugovora neophodno je da se ta šteta odmeri, odnosno obračuna. Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe obračun se može vršiti, u principu, na dva načina: prema stvarnim, odnosno konkretnim troškovima i gubicima koje je oštećeni pretrpeo²⁰, ili prema razlici između ugovorene cene i tržišne cene robe²¹. U prvom slučaju reč je o konkretnoj naknadi štete, čije postojanje i visinu poverilac mora da dokaže, dok je u drugom slučaju reč o apstraktnoj naknadi štete, koju oštećeni nije dužan da dokazuje zato što se ona pretpostavlja. Praksa pokazuje da način odmeravanja naknade štete u velikoj meri zavisi od toga da li je ugovor o međunarodnoj prodaji robe raskinut ili ne, s obzirom da većina pravnih sistema predviđa posebne načine obračuna naknade štete u tom slučaju.²² Ipak, to

zahtevaju da se dokaže ne samo postojanje, već i visina te štete, pa ne treba da čudi što preovlađuju odluke kojima se takvi zahtevi odbijaju. Tako, na primer, odluka HG Zürich br. 970238.1 od 10. februara 1999, dostupno na <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=484&step=Abstract> (20. juli 2013); odluka LG Darmstadt br. 10 O 72/00 od 9. maja 2000, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000509g1.html> (20. juli 2013). Više o ovom pitanju videti: Gotanda, J, u, Kröll, S., Mistelis, L., Perales, P., (eds.), *UN Convention on Contracts for the Internatioinal Sale of Goods (CISG)*, C.H.Beck, Hart Publishing, 2011, str. 1008-1009.

²⁰ Ovaj način odmeravanja naknade štete zasniva se na razlici između imovinskog stanja poverioca u kome bi on bio da je ugovor izvršen i stanja u kome se on stvarno nalazi nakon povrede ugovora. Tako, na primer, ako prodavac isporuči robu koja ima nedostataka onda je kupčeva imovina manja u visini razlike između vrednosti stvarno primljene robe i vrednosti koju bi roba imala da je saobrazna ugovoru; ako kupac nije preuzeo robu na vreme pa je prodavac zbog toga snosio troškove za njeno skladištenje i čuvanje, onda se visina naknade štete određuje prema tim troškovima, itd. Postoji i poseban vid konkretnog obračuna štete, koji se javlja u situaciji kada je ugovor raskinut i reč je o kupovini, odnosno prodaji radi pokrića. Ovaj obračun se može primeniti samo ako je poverilac, koji je raskinuo ugovor, sa trećim licem zaključio novi ugovor koji treba da nadomesti ugovor koji je raskinut. Tada, pod uslovom da između raskinutog ugovora i ugovora radi pokrića postoji razlika u ceni na štetu poverioca, on ima pravo da od dužnika zahteva naknadu štete u visini te razlike.

²¹ Apstraktni obračun naknade štete je, po pravilu, karakterističan za situaciju kada je ugovor raskinut i u tom slučaju se naknada obračunava prema razlici između ugovorene cene i tržišne cene robe u vreme raskida ugovora. Ovo rešenje nalazimo u Bečkoj konvenciji (član 76. stav 1), a isto pravilo sadrže i član 524. stav 1. ZOO Republike Srbije ("Sl. list SFRJ" br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93, "Sl. list SCG", br. 1/2003), odnosno član 635. st. 1. ZOO Republike Srpske ("Sl. list SFRJ" br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; "SGRS" br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04). Neka prava, međutim, kao merodavno vreme za obračun tržišne cene određuju vreme kada je roba trebalo da bude isporučena (vreme neispunjenja ugovora), npr. član 51. engleskog *Sale of Goods Act*, član 191. stav 3. švajcarskog *Obligacionog zakona*; član 1518. italijanskog *Gradanskog zakona*, §376 stav 2 nemačkog *Trgovačkog zakona*.

²² Reč je o apstraktnom obračunu naknade štete (na osnovu razlike u tržišnim cenama), kao i o konkretnom obračunu naknade štete na osnovu kupovine ili prodaje radi pokrića. Oštećeni poverilac, međutim, može odštetni zahtev u slučaju raskida ugovora obračunati i na osnovu stvarne štete i izgubljene dobiti, ako smatra da je to za njega povoljnije. U ZOO Republike Srbije posebni obračun naknade štete zbog povrede ugovora o prodaji regulišu članovi 523-526, a ista pravila predviđaju i članovi 634-637 ZOO Republike Srpske. Bečka konvencija, takođe, uređuje pitanje posebnih obračuna naknade štete u slu-

ne opredeljuje isključivo ova okolnost, jer je pitanje obračuna naknade štete veoma složeno i mora se rešavati s obzirom na karakteristike svakog konkretnog slučaja.

Kada se šteta odmeri na odgovarajući način, tada još uvek nije izvesno i da će poverilac tako dobijeni iznos u celini primiti kao obeštećenje, s obzirom da svi pravni sistemi postavljaju određena ograničenja dužnikove odgovornosti za štetu.²³ Drugim rečima, sva prava odstupaju od principa potpune naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe i tehnike koje se koriste da bi se to postiglo su različite. Među najčešće zastupljenima su: stepen dužnikove krivice, stepen povezanosti štete sa povredom ugovora, predvidljivost štete i mera u kojoj je poverilac svojim ponašanjem doprineo nastanku štete. Prve dve okolnosti ostvaruju veći uticaj u domenu vanugovorne nego ugovorne odgovornosti za štetu, dok su druge dve uobičajeno zastupljene kod ugovorne odgovornosti. Njihova detaljnija analiza po obimu ne može stati u jedan ovakav rad, pa će u nastavku biti samo ukratko izložene.

3. OGRANIČENJA DUŽNIKOVE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

3.1. Krivica dužnika za povredu ugovora

Krivica dužnika može uticati na ograničenje njegove odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora,²⁴ ali ona nije u tom kontekstu široko zastupljena u uporednom pravu, makar kada je o trgovačkom ugovoru o prodaji robe reč.²⁵ Stepenuvanje visine naknade štete zbog povrede ugovora prema težini krivice dužnika, nije poznato u Bečkoj konvenciji, niti u UNIDROIT Načelima, dok je u romanskim pravima²⁶ i Načelima evropskog ugovornog prava ona značajna kao korektiv pravilu predvidljivosti štete. I u pravu Republike Srbije, kao i pravu Republike Srpske je zastupljeno ovo, drugo shvatanje, pa poverilac, u slučaju da dužnik nije ispunio ugovor usled

čaju raskida ugovora (čl.75. i 76), a takva pravila imaju i oba seta načela (čl. 7.4.5. i 7.4.6.UNIDROIT Načela, odnosno čl. 9:506 i 9:507 Načela evropskog ugovornog prava).

²³ Strane ugovornice mogu samim ugovorom predvideti ograničenja dužnikove odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora, ali je to posebno pitanje koje se u ovom radu ne razmatra.

²⁴ Ovde nije reč o uticaju krivice na sticanje prava oštećenog na naknadu štete, već u kojoj meri on to svoje pravo, koje nesporno postoji, može da realizuje.

²⁵ Stepenuvanje visine štete prema težini krivice najčvršće je postavljeno u austrijskom građanskom pravu, koje polazi od toga da oštećeni ima pravo na potpunu naknadu, odnosno, pravo na naknadu stvarne štete i izmakle dobiti samo ako je dužnik počinio štetu iz zle namere ili krajnje nepažnje, dok u ostalim slučajevima ima pravo da zahteva samo stvarnu štetu (§1324 ABGB). Ipak, kada je reč o trgovačkim ugovorima o prodaji, ovo pravilo se ne primenjuje i oštećeni ima pravo na naknadu stvarne štete i izmakle dobiti. Videti: Draškić, M., *Granice odgovornosti dužnika za štetu pričinjenu povredom ugovornih obaveza*, u, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 3-4, Pravni fakultet Beograd, Beograd 1985, str. 366. U švajcarskom pravu opšte pravilo za naknadu štete (kako vanugovorne tako i ugovorne) je da "oblik i visinu naknade određuje sudija s obzirom na okolnosti i stepen krivice" (član 43. stav 1. Obligacionog zakonika).

²⁶ Član 1150. francuskog CC; član 1225. italijanskog CC; član 1107. stav 2. španskog CC.

prevare, ili namerno, ili zbog krajnje nepažnje, ima pravo da zahteva naknadu celokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, a ne samo naknadu štete koju je mogao predvideti kao moguću posledicu povrede ugovora, prema činjenicama koje su mu tada bile poznate, ili morale biti poznate.²⁷

3.2. Povezanost štete sa povredom ugovora

Zahtev uzročnosti se podrazumeva, kada je o naknadi štete zbog povrede ugovora reč i u uporednom pravu se retko sreće posebno pravilo kojim se to pitanje detaljnije razrađuje. U tom smislu se izdvajaju nemačko i francusko pravo. U nemačkom Građanskom zakoniku, naime, predviđeno je opšte pravilo o odgovornosti dužnika za naknadu štete zbog povrede ugovora, po kome je on dužan da poveriocu nadoknadi stvarnu štetu i izgubljenu dobit.²⁸ S obzirom da ni jednim drugim pravilom dužnikova ugovorna odgovornost nije dodatno ograničena, sudovi i pravni pisci su uvideli da se to ipak mora učiniti i vremenom se u praksi i pravnoj teoriji razvilo shvatanje po kome dužnik treba da odgovara samo za naknadu one štete koja je sa štetnim događajem u adekvatnoj kauzalnoj vezi.²⁹ Sličan je pristup i u francuskom pravu, u kome se Građanskim zakonikom pravi razlika između direktne i indirektno štete, i dužnik se obavezuje na nadoknadu samo direktne štete, odnosno štete koja je neposredna i nužna posledica neizvršenja ugovora.³⁰

3.3. Predvidljivost štete

Shvatanje da je dužnik u obavezi da nadoknadi samo onu štetu koju je, u vreme zaključenja ugovora, mogao predvideti kao realnu i moguću posledicu povrede ugovora, gotovo je univerzalno prihvaćen osnov ograničenja dužnikove ugovorne odgovornosti u uporednom pravu. Odavno se, naime, uvidelo da dužnik ne može biti odgovoran za sve štete koje eventualno nastanu u jednom lancu događaja iniciranom povredom ugovora³¹, već da bi trebalo "...taj lanac događaja sa gledišta naknade

²⁷ Stav 2. člana 266. ZOO; stav 2. člana 335. ZOO Republike Srpske.

²⁸ Videti §252 BGB. Pod izgubljenom dobiti se podrazumeva dobit koja bi se, prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima slučaja, sa verovatnoćom mogla očekivati da štetnog događaja nije bilo.

²⁹ U pitanju je teorija koja je poznata kao "Teorija adekvatnosti". Više o ovome: Draškić, M., *Granice odgovornosti dužnika za štetu pričinjenu povredom ugovornih obaveza*, op. cit., str. 366.

³⁰ Član 1151. CC.

³¹ Koreni pravila o predvidljivosti mogu se pronaći u Justinijanovoj kodifikaciji rimskog prava, koja sadrži pravilo o ograničenju naknade štete u slučaju povrede ugovora na najviše dva puta veću vrednost od one na koju se ugovor odnosi (pravilo C.7.47.1, navedeno prema Gordley, J., Von Mehren, A., *An Introduction to the Comparative Study of Private Law, Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, str. 541-542). Evropski pravници su dugo vremena pokušavali da objasne smisao ovog pravila, ali je tek u XVI veku Dimulen ukazao na njegovu povezanost sa predvidljivošću

prekinuti nekim pravno relevantnim momentom, a to je upravo predvidljiva šteta”.³²

Predvidljivost štete kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe se, prema prevladajućem mišljenju u pravnoj literaturi, kao i sudskoj i arbitražnoj praksi, odnosi samo na uzrok štete, ne i na njenu visinu.³³ To je razumljivo s obzirom da se visina štete veoma teško može unapred pretpostaviti jer zavisi od brojnih okolnosti konkretnog slučaja, koje dužniku i ne moraju biti poznate u vreme kada stupa u ugovorni odnos. Takođe, nije sporno ni da je za predvidljivost štete relevantan momenat zaključenja ugovora, odnosno da dužnik odgovara samo za onu štetu koju je mogao predvideti kao moguću posledicu povrede ugovora u vreme kada je ugovor zaključen.³⁴

Međunarodni je standard da se pitanje da li je određena šteta bila predvidljiva u konkretnom slučaju ili ne, procenjuje prevashodno primenom objektivnog kriterijuma, odnosno polazi se od toga da li bi određenu štetu predvidelo i drugo lice koje bi se našlo u istim ili sličnim okolnostima kao dužnik. Pritom, ponašanje tog, drugog lica, se upoređuje sa ponašanjem razumnog lica, kao što je slučaj u Bečkoj konvenciji³⁵, odnosno prosečne osobe koja se u pravnom prometu ponaša sa potrebnom pažnjom, na primer u srpskom pravu³⁶. Ovaj, objektivni kriterijum dopunjuje subjek-

štete (vidi: ibidem). Ovu ideju konačno je uobličio i, od specifičnih odredbi rimskog teksta, odvojio Potje u XVIII veku, navodeći da je lice koje duguje izvršenje ugovora odgovorno samo za štetu koju je, u vreme kada je ugovor zaključen, predvidelo kao moguću štetu koju će strana, kojoj duguje izvršenje, pretrpeti. Pod ovim uticajima nastalo je i pravilo člana 1150. francuskog CC, kojim je po prvi put u uporednom pravu to pitanje regulisano zakonom.

³² Perović, S., *Komutativna pravda i naknada štete*, u, Pravni život br. 9-10 (osnovni referat), Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 1992, str. LIII. Opširnije o razlozima koji opravdavaju ograničenje ugovorne odgovornosti na predvidljivu štetu: Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd 1981, str. 347-350.

³³ Za srpsko pravo videti: Perović, S., op. cit., str. LIV; Jankovec, I., op. cit., str. 353. Za Bečku konvenciju videti: Perović, J., *Princip potpune naknade i pravilo predvidljivosti štete u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe*, u, Pravni život br. 11/2010, Udruženje pravniika Srbije, Beograd, 2010, str. 271-287.

³⁴ Ovo shvatanje se opravdava time da dužnik, da su mu bile poznate okolnosti od značaja za izvršenje ugovora, a koje će nastupiti nakon toga, verovatno ne bi ni zaključio ugovor ili bi ga zaključio pod drugačijim uslovima. U srpskom pravu ovo pitanje uređeno je članom 266. ZOO Republike Srbije, odnosno članom 335. ZOO Republike Srpske, a u Bečkoj konvenciji članom 74.

³⁵ Videti više: Enderlein, F., Maskow, D., *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Commentary*, Oceana, New York-London-Rome 1992, str. 301; Schwenger, I., Art 74, u, Schwenger, I., (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford 2010, str. 1019-1020.

³⁶ To se zaključuje na osnovu toga što se pravilom člana 266. ZOO predviđa da poverilac može dobiti naknadu samo one štete koju je dužnik, u vreme zaključenja ugovora, “... morao (podvukla K.J.) predvideti kao moguće posledice povrede ugovora...”. S obzirom na pravilo člana 18. ZOO, koje nalaže učesnicima u obligacionim odnosima da svoje obaveze izvršavaju s pažnjom dobrog domaćina ili dobrog stručnjaka, proizlazi da se od dužnika zahteva da sagleda najmanje one okolnosti koje bi, u istoj situaciji, sagledalo drugo lice koje je postupalo sa potrebnom pažnjom. U pravu Republike Srpske ovo pitanje uređuje pravilo člana 335. ZOO, kao i član 12. ZOO.

tivni, po kome se za ocenu predvidljivosti uzima u obzir i šteta koju je dužnik mogao predvideti na osnovu okolnosti koje su mu stvarno bile poznate u vreme zaključenja ugovora, čak i ako one objektivno nisu bile predvidljive.³⁷ Drugim rečima, stvarno znanje dužnika o okolnostima koje okružuju slučaj u vreme zaključenja ugovora može njegovu odgovornost za štetu proširiti.

3.4. Ponašanje poverioca kao osnov ograničenja dužnikove odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora

Šteta koja je nastupila kao posledica povrede ugovora može biti delimično izazvana i ponašanjem poverioca. On, pre svega, može svojim držanjem nakon povrede ugovora doprineti uvećanju već nastale štete, ili sprečavanju njenog umanjivanja. U tim situacijama se u uporednom pravu, po pravilu, predviđa da se naknada štete koju dužnik duguje oštećenom srazmerno smanjuje i zakon, na taj način, sankcioniše poverioca koji se pasivno drži nakon što je dužnik povredio ugovor, a koji bi u konkretnoj situaciji mogao da preduzme razumne mere³⁸ i tako spreči nastanak štete, odnosno doprinese njenom umanjivanju.³⁹ I, Bečka konvencija ima pravilo po kome se iznos obeštećenja umanjuje u visini gubitka koji je mogao biti izbegnut da je poverilac preduzeo sve mere koje su, prema okolnostima slučaja, bile razumne da bi se smanjio gubitak prouzrokovan povredom ugovora.⁴⁰

Zakon, pored toga, posebno uređuje i situaciju kada poverilac svojom krivicom doprinese nastanku štete, predviđajući da će se naknada i u tom slučaju srazmerno smanjiti⁴¹, a slično pravilo ima i Bečka konvencija koja u članu 80. navodi da

³⁷ Za naše pravo videti: Jankovec, I., op. cit., str. 350 i 352. Za Bečku konvenciju videti: Enderlein, F., Maskow, D., *Ibid.* Po prirodi stvari dužnik saznaje za postojanje posebnih okolnosti slučaja ako ga o tome obavesti poverilac, najčešće, još za vreme dok traju pregovori.

³⁸ Poverilac nije u obavezi da preduzima sve moguće mere, posebno ne one čiji bi troškovi bili nesrazmerno veliki u odnosu na gubitke koje bi tim merama trebalo da spreči, na primer, da se upušta u parnice sa trećim licima. On, takođe, nije dužan da preduzima mere koje bi mogle naškoditi njegovom poslovnom ugledu.

³⁹ Stav 4. člana 266. ZOO Republike Srbije, odnosno stav 4. člana 335. ZOO Republike Srpske glasi: «Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve razumne mere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtevati smanjenje naknade».

⁴⁰ Član 77. Konvencije reguliše ovo pitanje pravilom sledeće sadržine: «Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve mere koje su prema okolnostima razumne da bi se smanjio gubitak, uključujući i izmaklu dobit, prouzrokovan takvom povredom. Ako tako ne postupi, druga strana može zahtevati smanjenje naknade u visini iznosa gubitka koji je mogao da se izbegne». Ovakvo pravilo sadrže i oba seta Načela (član 7. 4. 8. UNIDROIT Načela i član 9:505 Načela evropskog ugovornog prava).

⁴¹ U pitanju je pravilo člana 267. ZOO koji glasi: «Kad za nastalu štetu, ili njenu veličinu, ili za otežavanje dužnikovog položaja ima krivice do poverioca ili do lica za koje on odgovara, naknade se smanjuje srazmerno». Krivica poverioca se ogleda u tome što se on nije ponašao u skladu sa odgovarajućim standardom pažnje koji se od njega zahteva u pravnom prometu (pažnja dobrog domaćina, dobrog privrednika ili dobrog stručnjaka prema odredbama člana 18. ZOO). Paralelno pravilo u pravu Republike Srpske predviđa član 336. ZOO.

se jedna strana "ne može pozivati na neizvršenje druge strane ako je to neizvršenje prouzokovano njenom radnjom ili propustom".⁴²

ZAKLJUČAK

Kada dužnik povredi ugovor o međunarodnoj prodaji robe, tada poveriocu redovno stoji na raspolaganju zahtev za naknadu štete, jer većina pravnih sistema predviđa da onu toj situaciji stiče pravo i na ovo pravno sredstvo pod predviđenim uslovima. Zahtevom za naknadu štete strana verna ugovoru od druge strane traži da joj na ime kompenzacije isplati određenu sumu novca, čije odmeravanje zavisi od toga koje se štete, od svih šteta koje su se dogodile kao posledica povrede ugovora, mogu nadoknaditi prema merodavnom pravu. Te štete je, potom, potrebno obračunati u odgovarajuće novčane iznose.

Tako dobijena suma, međutim, nije nužno i konačni iznos na koji poverilac može računati na ime obeštećenja, jer dužnikova odgovornost za štetu, po pravilu, nije neograničena. Od dužnika se, naime, najčešće traži da nadoknadi samo onu štetu koja je u uzročno-posledičnoj vezi sa povredom ugovora, pod uslovom da je takvu štetu mogao u vreme zaključenja ugovora predvideti kao moguću posledicu njegovog neispunjenja, ili neurednog izvršenja. Poveriočev odštetni zahtev se, pored toga, može umanjiti i na osnovu činjenice da je on svojim aktivnim ili pasivnim držanjem doprineo nastanku štete, ili njenom uvećanju.

Upoređivanjem rešenja, koja o naknadi štete zbog povrede ugovora o prodaji robe sadrže Zakoni o obligacionim odnosima Republike Srbije, Republike Srpske i Bečka konvencija, konstatuje se da između njih ima mnogo sličnosti. Tako, sva tri izvora polaze od principa integralne naknade i obavezuju dužnika da oštećenom nadoknadi stvarnu štetu i izgubljenu korist. Među njima nema suštinskih razlika ni kada je o ograničenjima dužnikove odgovornosti za štetu reč, jer to čine pravilom o predvidljivosti štete, kao i pravilom po kome se iznos naknade štete umanjuje za vrednost gubitaka koje je poverilac mogao sprečiti ili umanjiti da je delovao na odgovarajući način. Krivica dužnika nije od uticaja na sticanje prava poverioca da upotrebi zahtev za naknadu štete, ali Zakoni o obligacionim odnosima, za razliku od Bečke konvencije, ovu okolnost dužnika uzimaju u obzir kao korektiv pravilu predvidljivosti štete. Na osnovu svega toga se može zaključiti da su rešenja prava Srbije i Republike Srpske u domenu naknade štete zbog povrede ugovora o prodaji robe u velikoj meri usklađena sa Bečkom konvencijom, a samim tim i sa savremenim tendencijama u ovoj oblasti u uporednom pravu, s obzirom da se promene u toj sferi danas nesumnjivo odvijaju pod najvećim uticajem Bečke konvencije.

⁴² Identično pravilo predviđa član 7.1.2. UNIDROIT Načela, kao i član 9:504 Načela evropskog ugovornog prava.

Katarina Jovičić, PhD
Research Fellow,
Institute of Comparative Law, Belgrade

DETERMINATION OF DAMAGES FOR BREACH OF CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

The claim for damages is almost always at creditor disposal in a situation where the debtor breach the contract for the international sale of goods. That remedy entitles party which is loyal to the contract to claim, from the other party, payment of the appropriate sum of money as compensation. In this regard there are two key issues to resolve: first, which damages caused by breach of contract can be compensated and second, how the amount of compensation should be measured. In relation to the first question the principle of full compensation is almost universally accepted in comparative law, while the measurement of damages is, in general, made on the basis of creditor's actual costs, or on the basis of supposed damage when the specified conditions are satisfied. However, the amount so derived is not necessarily the final amount of compensation because all legal systems predicted limitations of debtor's contractual liability. In this article author points out the characteristic solutions of these issues in comparative law, with particular reference to the relevant rules of Law on Obligation of Republic Serbia and of Republic of Srpska, as well as the relevant rules of Vienna Convention. In conclusion it is noted that between these three sources of law there are no essential differences, which confirms that Laws on Obligations don't deviate from international standards in this area of law.

Key words: *contract for the international sale of goods; nonperformance of the contract; compensation for damages; contractual liability; limitations of the debtor's liability for damages; Law of obligations; Vienna convention.*

ЕВОЛУТИВНО ТУМАЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Др Тијана Шурлан*

Апстракт: Рад је посвећен еволутивном тумачењу међународних уговора. У првом делу рада ауторка разматра основне карактеристике еволутивности и месту које заузима у међународном јавном праву – да ли говоримо о посебном методу тумачења, принципу, приступу или доктрини. Други део рада посвећен је прегледу ставова међународних судова. Преносе се најупечатљивији ставови Међународног суда правде, Европског суда за људска права и Међународног кривичног суда. У закључку ауторка износи оцене о вредности и значају, манама и врлинама еволутивног тумачења у међународном праву.

Кључне речи: тумачење, интертемпорално право, јуриспруденција Међународног суда правде, Европског суда за људска права, Међународног кривичног суда.

Panta rei
(Heraclitus)
Omnia mutantur
(Ovid)

УВОД

Тумачење у најопштијем значењу и схватању подразумева начин или методе изналагања правог значења, смисла или циља правних норми.¹ Различито се у теорији схвата да ли је свака норма подложна тумачењу или само она норма која је нејасна.² Такође, тумачење се везује преваходно за уговорно право, иако оно није метода примењива само на уговорне норме. Оно што ипак тумачење везује преваходно за уговоре је постојање писаног текста норме који се тумачење

* Доцент на предмету Међународно јавно право, Криминалистичко полицијска академија, Београд

¹ Ђорђевић, С., Тумачење међународних уговора, Анали правног факултета у Београду, Vol. 52, бр. 3-4, 2004, стр. 399-446.

² Крећа, М., Међународно јавно право, Београд, 2009, стр. 447.

чи. Супротно томе, обичајноправно правило, као неписано право, превасходно је потребно утврдити, те вербализовати, уобличити – процес који у себи амалгамира и процес тумачења.³ Други разлог за бланко везивање тумачења и уговорне норме је Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године, у којој је и само тумачење регулисано. Одредбе Бечке конвенције у многоме су уоквириле материју тумачења, али и креирале посебну област, простор адекватан и атрактиван за додатно анализирање.⁴ Стога, у овим уводним тезама пожељно је установити да само тумачење као поступак подлеже свеукупном теоријском опредељењу аутора који тему обрађује, те и оно само може постојати као доктрина, принцип и правац, те строго позитивистички нормама регулисана материја. Постојање нормативне структуре и категоризације метода тумачења, те субјеката тумачења, не спречава, нити се супротставља слободи теорије да богато анализира методе тумачења и нуди сопствене категоризације и правце.⁵

Бечка конвенција у члану 31 опредељује тумачење. Неизоставно се морају цитирати ставови овог члана:

„1. Уговор се мора тумачити у доброј вери, према уобичајеном смислу израза из уговора у њиховом контексту и светлу предмета и сврхе уговора.

2. У сврху тумачења уговора, осим текста, укључујући преамбулу и прилоге, контекст обухвата:

(а) сваки споразум који се односи на уговор, а којег су све странке склопиле у вези с уговором;

(б) сваку исправу коју једна или више странака саставе у вези с уговором, а коју остале странке прихвате као исправу која се односи на уговор.

3. Заједно са контекстом, водиће се рачуна:

(а) о сваком накнадном споразуму између странака о тумачењу уговора или о примени њихових одредаба;

(б) о свакој накнадној пракси у примени уговора којом се установљава споразум између странака о тумачењу уговора;

(в) о сваком меродавном правилу међународног права примењивом на односе између странака.

4. Посебан смисао придаје се неком изразу, ако је установљено да је то била намера странака.

Наведени члан основа је за класификацију тумачења, али и за рад међународних судова, тела која приступају тумачењу, па и тумачења од стране самих уговорних страна. Постоји класификација метода тумачења која је најчешћа и најприхватљивија, тј. најраспрострањеније прихваћена, а потом

³ Dupuy, P.M., *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, у: Cannizzaro, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, стр. 123-137.

⁴ Етински, Р., *Међународно јавно право*, Београд, 2010, стр. 83.

⁵ Orakhelashvili, A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, стр. 304-305.

постоји читав низ различитих категоризација, које такође прате овај члан, али другачије одређују тежиште.⁶

Изрази употребљени у ставу 1 – „уобичајен смисао израза“ одређују се као језичко тумачење; „контекст“ и „предмет“ као логичко и системско тумачење; „сврха“ као телеолошко тумачење. Поред ових метода тумачења, иако немају овако директног ослонца на Конвенцију, подразумевају се и историјско и доктринарно тумачење.

Теорија препознаје и друге класификације тумачења – динамично, флексибилно, реалистичко.⁷ Потом, тумачење се класификује, с обзиром на циљ тумачења, те субјекте тумачења.⁸

Еволутивно тумачење не заузима место у „првој лиги“ метода тумачења. Оно свакако постоји, примењивано је од стране најауторитативнијег тела у материји тумачења – Међународног суда правде, с изричитим навођењем да еволутивно тумачи дату норму.⁹ Препознато је и пре креирања Бечке конвенције, као што се спомиње и потом. Еволутивно тумачење базирано је на чињеници да се право мења с протеком времена, тј. његово схватање и примена прилагођавају се времену у коме се примењују. Ова констатација припада категорији оних констатација које се збирно примењују и на унутрашње и на међународно право.

Но, и поред тога што се аргументовано може тврдити да став 3, члана 31 заправо представља нормативни оквир еволутивног тумачења, оно није у потпуности прихваћено, па ни добро дошло у међународном праву.¹⁰

ПОЈАМ, ЕВОЛУТИВНО ТУМАЧЕЊЕ

Еволутивно тумачење треба да помири потребу за стабилним правним поретком, са неминовношћу промена које протек времена носи и обезбеди прилагодљивост која не прелази у негацију базичног правног решења и креирање новог. Оно стога балансира између окоштавања у стриктном позитивизму које постаје превазиђено и непримењиво и прилагодљивости која прераста у креирање до потпуне промене значења, смисла и циља норме.

⁶ Shaw, M., *International Law*, Cambridge University Press, 2005, str.839-840.; Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, str. 629-630; Cassese, A., *International Law*, Oxford University Press, 2005, str.178-179.

⁷ Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, стр. 306.

⁸ Sbolci, L., *Supplementary Means of Interpretation*, u: Cannizzaro E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, str. 145-163.

⁹ Ping Xiong, *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement: An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, стр. 140.

¹⁰ Dorr, O., Schmalenbach, K., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, str.535.

Међутим, и шта се сматра под еволутивним тумачењем само по себи је подложно расправи. Да ли говоримо о еволутивном тумачењу као равноправном методу са другим методама тумачења, о принципу, о приступу сваком тумачењу као одраз аспекта протока времена или говоримо о засебној доктрини.¹¹ Потом, еволутивно тумачење има и своје подобласти.¹² Тако нпр. говори се и еволуцији језика, те тиме и еволутивном језичком тумачењу. Идеја прати промене језика кроз време, те посредно и промене значења или схватање уговорне норме.¹³

Пјер Мари Дипуи еволутивно тумачење одређује као начин за сазнавање како би заједничка воља странака резултирала уколико би се поново уговарало, узимајући у обзир све новонастале околности.¹⁴ Тежиште схватања почива на вољи странака, те је и улога судија да правилно процени вољу у тренутку настајања правне норме и у тренутку примене правне норме. У овако исказаној поставци, Дипуи јасно одређује да еволутивно тумачење није самосталан метод, већ приступ приликом примене класичних метода тумачења. Тумачење стога може бити системско, те се у оквиру примене системског метода приступа еволутивно, тако што се норма која се тумачи тумачи у склопу система норми онаквог какав је у тренутку тумачења, а не у тренутку настанка конкретне правне норме.

Сличан, но и другачији став је да је правило еволуције важна доктрина у материји тумачења која усмерава тумачење сваког уговора у контексту развоја општег међународног права.¹⁵ И у овој варијанти говоримо о уклапању постојеће норме у структуру система у моменту тумачења. Доктринарно одређење има свеобухватни домашај и у одређеном распону је неминовност за универзалне уговоре легислативног типа.

Међутим, одређење еволутивног тумачења само у генералистичким категоријама, ма колико за потребе теорије може бити довољно, за потребе конкретизације и примене није адекватно, нити довољно оперативно. Одређени оквири еволутивном тумачењу морају се поставити типски, па чак и за потребе констатације доктрине еволуције као општег усмерења. Услови за еволутивно тумачење који се најчешће постављају су следећи:

1) да су појмови или термини који се употребљавају у уговору претрпели или пролазе кроз промене у општем међународном праву;

¹¹ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: how WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge University Press, 2003, стр. 264-266.

¹² Dorr, O., Schmalenbach K., *op.cit.*, стр. 546.

¹³ Руди Келер, лингвиста, развио је теорију о еволутивном језичком тумачењу, видети Venzke, I., *op. cit.*, стр. 39-40.

¹⁴ Dupuy, P.M., *op. cit.*, стр. 126.

¹⁵ Ping Xiong, *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement: An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, стр. 139.

2) када је из израза којима се одређују циљ и сврха уговора очљиво да се примена уговора ставља у контекст прогресивног развоја;

3) када су изрази употребљени у широком значењу, тако да се морају ставити у контекст осталих норми којима се широко значење сужава и операционализује.

Ијан Синклер, знаменити теоретичар материје уговорног права, истиче да је потврђено да еволуција и развој међународног права могу да остваре одлучујући утицај на значење израза употребљених у уговору, посебно ако се ради о појмовима који су подложни утицају промена или су пак широки, отворени појмови као нпр. “јавни поредак“ или „заштита морала“.¹⁶ Широки или отворени појмови, правни стандарди неизоставно се морају тумачити имајући у обзир развој, еволуцију међународног права, и у погледу ове врсте норми примена еволутивног тумачења се подразумева, па чак и уколико се не истиче да се примењује еволутивни приступ. Прави проблем и ход по оштрици појављује се код оних појмова који не припадају категорији отворених појмова нити правних стандарда, а за примену на конкретан случај неопходно их је тумачити. Навешћу само неке од њих – појам ропства или роба, појам оружаног сукоба и унутрашњег оружаног сукоба, појам детета, појам деца-војници – мноштво је одредаба које је потребно протумачити да би се могле применити у конкретној ситуацији.

У класичној међународноправној школи тумачење је поистовећивано са намером странака, тј. протумачити уговорну норму сводило се на захват установљавања намере странака, онако, каква је она била у тренутку настанка норме.¹⁷ Усмереност ка оригиналној намери на први поглед стоји у контрадикцији са прилагођавањем новим околностима насталим током времена. Али чак ни оваква, наизглед ноторна ситуација, не мора увек бити таква. Употребимо пример појма детета. Норме којима се регулише статус детета у међународном праву, очигледно се усвајају са намером заштите деце. Одређење појма детета се временом мењало. Тако нпр. у Женевским конвенцијама постоји градација права за децу од 7, 15 и 18 година. У Конвенцији о правима деце граница појма детета диже се на 18 година. Савремени документи, усвајани на међународним скуповима држава једногласно се опредељују у погледу везивања појма детета за навршених 18 година живота.¹⁸ Развој идеја заштите људи, стога, видно је оставио последице на појам детета, тј. на опредељење категорије која ужива посебну правну заштиту. Како међународно хуманитарно право и међународно право људских права у кохабитацији творе материјалноправну базу за дефинисање међународних кривичних дела,

¹⁶ Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Melland Schill, 1984, стр. 139.

¹⁷ Видети карактеристичне представнике: De Visschere, C., *Problemes d'interpretation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963.

¹⁸ Шурлан, Т., Правни статус и заштита деце у оружаним сукобима, *Безбедност*, година LIV, бр. 3, 2012.

утолико је било могуће оне аспекте међународних кривичних дела којима се стипулишу радње уперене против деце везати било за логику међународног хуманитарног права, било за логику међународних људских права. Став који је примењен у Римском статуту, у дефиницији ратних злочина, везао је појам детета за међународно хуманитарно право, не узимајући при том у обзир развој материје који се одиграо у претходном периоду.¹⁹ Промене у појму детета, тј. у временској граници појма детета које су се одиграле у периоду после Другог светског рата, свакако могу бити подведене под еволутивно тумачење појма детета у општем смислу. Приликом примене конкретног уговора, у овом случају било Женевске конвенције било Статута Међународног кривичног суда, јасно је да простора еволутивном тумачењу нема, пошто је уговорном нормом изричито и недвосмислено опредељена старосна граница. У ситуацији да у Римском Статуту није наведена старосна граница, постојала би потреба за тумачењем појма детета, те у тој варијанти потенцијалне примене еволутивног тумачења.

У контексту Бечке конвенције о уговорном праву тема еволутивног тумачења најчешће се третира у конотацији интер-темпоралне примене уговора. Везу између ова два аспекта уговорног права твори заједничко базично полазиште опредељено на два елемента – протек времена и промене које се дешавају током времена. Сама околност протеча времена и његовог утицаја на примену правних правила, јесте препознато као чињеница; манифестована је у принципу *lex posterior derogat legi priori*, што с једне стране поједностављује процес докидања правних норми, али може добити и проблемску варијанту у ситуацијама конфликта норми.

Промене током времена означавају фактичку промену односа или интереса страна, као и нормативну промену у систему било општег међународног права било области којој конкретна уговорна материја припада. Стога је могуће говорити у првој варијанти кроз призму субјеката тумачења, а у другој варијанти кроз призму системског тумачења.

Још један аспект, који је заједнички појмовима интертемпоралности и еволутивног тумачења је да се они не укрштају са основним принципима примене и дејства уговора – *pacta sunt servanda* и *rebus sic standibus*. Наведени принципи дејствују у другој димензији уговорног права, оној која управља категоријама поштовања уговора и иступања из уговорног односа услед промењених околности.

Разлика између интертемпоралности и еволутивног тумачења почива на њиховој функцији. Интертемпоралност регулише материју примене, а еволутивно тумачење смисао и значења норме.²⁰ Интертемпорално право има за

¹⁹ Šurlan, T., *Legal status of child-soldier*, Archibald Reiss Days Conference, 1-2 March 2013.

²⁰ Higgins, R., Some Observations on the inter-temporal rules in international law, u: Makarczyk J.(ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the Twenty – First Century*, Kluwer Law International 1996, str. 173-198.

циљ да креира правило којим се разрешава ситуација дејства уговора у битно промењеном правном миљеу у односу на време настанка и време примене.²¹ Конкретно правно правило којим би била постављена општа формула није креирано у Бечкој конвенцији, али јесте креирано правило које у својој суштини носи есенцију интертемпоралног права, но како је дато у контексту *jus cogens*-а, утолико је и тежиште ове норме на перемпторности норме, а не на интертемпоралности (члан 71, став 2). У овој поставци решење је усвојено под директним дејством хијерархије норми. Уколико су већ постојеће норме у супротности са новонасталом перемпторном нормом, тада престају да важе.

Стога, интертемпоралност дејствује у аспекту примене и трајања норми, док еволутивно тумачење, иако стоји у конотацији протекла времена, не опредељује се у односу на питање да ли је норма примењива, већ како у новим околностима (настанка нових правила општег међународног права) треба разумевати неку норму.

ОД ТУМАЧЕЊА ДО КРЕИРАЊА ПРАВА

У досадашњем излагању претежу афирмативни тонови у односу на значај и потребу за еволутивним тумачењем. Афирмативност почива на страху од стриктног позитивизма, које може бити кочница функционисању и развоју система.

Но, поред апологије еволутивности, одмах стоји и недвосмислена задршка. Еволутивно тумачење, онако како данас функционише, нема јасне оквире. Утолико извесна је опасност од самовоље, арбитрности, злоупотреба правних норми, стављања у погон и тумачења норми у правцу унапред постављеног циља. Стога, еволутивно тумачење уноси зебњу од рушења темеља међународног правног система, самим нарушавањем принципа стабилности и правне сигурности.

Један од бројних потенцијалних негативних изданака еволутивног тумачења је крајњи негативни пол тумачења – када тумачењем заправо настаје нова правна норма.²² Стога суштинско питање за еволутивно тумачење је у којој мери еволутивно тумачење заправо креира ново право. Велики распон између

²¹ Историјат интертемпоралности везује се за арбитражни случај *The Island of Palmas Case* из 1928.године и став судије-арбитра Макса Хуберта. Његова тадашња формулација се у основи и данас преузима у дефинисању појма интертемпорално право. Видети: Jessup, P., *The Palmas Island Arbitration*, *The American Journal of International Law*, Vol.22, No.4, October 1928, str.735-752; Elias, T.O., *The Doctrine of Intertemporal Law*, *The American Journal of International Law*, Vol.74, No.2, April 1980, str. 285-307; Higgins, R., *Some Observations on the inter-temporal rules in international law*, u: Makarczyk J.(ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the Twenty – First Century*, Kluwer Law International 1996, str. 173-198.

²² Orakhelashvili, A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, стр. 310.

тренутка настанка норме, преко њеног ступања на снагу до тренутка у коме се тумачи, може бити занемарљиво уколико се приликом примене уговорне норме примењује неколико метода тумачења – укрштање логичког, телеолошког, историјског и еволутивног, нпр. У тако примењеном спектру метода тумачења тешко је прећи границу од тумачења ка креирању. У издвојеном еволутивном тумачењу баријера није у самим методама тумачења већ у другим видовима ограничавања, које спречава „еволутивно“ мењање смисла норме и креирања нове. Стога се и формулишу категорије које опредељују када је пожељно, а када непожељно приступити еволутивном тумачењу.

Са становишта теоријског уопштавања уочава се разлика у тумачењу билатералних од мултилатералних и свеопштих мултилатералних уговора, те уговора који су легислативног карактера.²³ Тумачење намере није исто ако се тумачи намера уговорних страна у погледу изградње хидроелектране и намера уговорних страна исказаној у општем уговору из области људских права.

С циљем постављања оквира еволутивног тумачења поставља се лимит тумачења општих, генералистичких појмова, који су предмет вишедеценијске примене уговора.²⁴ Те ситуације јесу најјасније и управо овакве ситуације и јесу биле околности примене еволутивног тумачења од стране Међународног суда правде. У креирању опште формуле простора за примену еволутивног тумачења која би била брана преласку с еволутивности на креативност међутим, ни ова формула није довољно ефикасна. Ко, када, како, одређује шта је то општи појам? На примену којих све новонасталих норми као манифестацију еволутивног тока међународног права се може ослањати – да ли само на свеопште међународне уговоре, да ли и на универзалне уговоре? Какав статус имају одлуке универзалних међународних организација? Да ли одлука коју је усвојила Генерална скупштина великом већином може послужити као манифестација еволуције међународног права која се има применити приликом тумачења неке норме?

Као подлогу за закључивање о постављеним питањима најбоље је осло-
нити се на досадашњу праксу међународних судова.

ПРИМЕНА ЕВОЛУТИВНОГ ТУМАЧЕЊА У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА

Међународни судови током суђења тумаче правне норме којима су регулисани било односи (права и обавез) страна у поступку, било одређено свесно и вољно понашање особе (у кривичном поступку). Сваки пример међународне јуриспруденције, уједно је и илустрација метода тумачења које судови примењују. Судско тумачење, по класификацији субјеката тумачења, носи епи-

²³ Sinclair, I., op. cit., str. 141.

²⁴ Dupuy, P.M., op. cit., str. 137.

тет најавторитативнијег тумачења. Тежина судске одлуке и става који суд узме, већа је од тумачења које дају квази-судски органи, па чак и саме (или део) уговорне стране. Априорно је уверење да је суд тај који на најбољи начин може да изврши тумачење у доброј вери, како је то предвиђено чланом 31, став 1 Бечке конвенције. Управо стога, у наставку текста пажња се усмерава на ставове међународних судова о еволутивном тумачењу, као и о његовој примени.

Међународни суд правде

Међународни суд правде се позивао на еволутивно тумачење у неколико случајева. Први пут еволутивни приступ споменут је и примењен у саветодавном мишљењу - *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* из 1970. године. Док је у случају *The Island of Palmas* арбитар Макс Хуберт заступао став да је задатак судија да примењују право, тумачећи га у духу времена у коме је настало, Међународни суд правде је дајући саветодавно мишљење кориговао ово класичноправно схватање.²⁵ Суд, као полазни став, утврђује да је основни задатак тумачења да утврди какву су намеру странке имале приликом закључења уговора. Но, као други став Суд истиче да услови живота модерног света, добробит човека и његов развој не могу бити статични, већ да су по дефиницији еволутивни.²⁶ У конкретном примеру саветодавног мишљења радило се о аранжманима сачињеним 1919. године. Стога Суд и констатује да у обзир мора узети догађаје који су се одиграли у периоду од око 50 година, те да тумачење не може бити примењено не узимајући у обзир те промене, како у смислу настанка Повеље УН, тако и у материји обичајног права.²⁷ Најважнији закључак (са становишта еволутивног тумачења) који је Суд усвојио је да међународни инструмент мора бити тумачен и примењен у оквиру правног система онаквог какав је у време тумачења.²⁸ Овај став стога у теорији носи ознаку *obiter dictum*.²⁹

Примена и позив на еволутивно тумачење јесте релаксираније у ситуацијама давања саветодавних мишљења, него у парницама. У саветодавним мишљењима даје се безлична правна анализа, док се у парничном поступку решава спор између две или више држава. Но, Суд је еволутивно тумачење

²⁵ Venzke, I., op. cit., str. 321; McLachlan, C., The Principle of Systemic Integration and the Article of 31(3) of the Vienna Convention, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.54, Issue 2, 2005, str. 279-320.

²⁶ International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, Advisory Opinion of 21 June 1971, par. 53.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Дурчу, Р.М., стр. 129.

примењивао и подржавао га и у неколицини парничних поступака - *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* из 1976. године (пресуђен 1978. године), *Oil Platform Case (Iran v. USA)* из 1992. године (пресуђен 2003. године), *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* из 2006. године (пресуђен 2008. године). Поред наведених случајева Суд је применио еволутивно тумачење, директно се на њега позивајући и у случајевима чији приказ следи.

У случају *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Мађарска v. Словачка) Суд се суочио са практичном немогућношћу резоновања, с обзиром на непримењивост уговора о изградњи хидроелектране на Дунаву, по протеклу од 20 година. За разлику од примене еволутивног тумачења и доношења пресуде на основу тога у пређашњим случајевима, Суд се радије определио за упућивање странака на поновно уговорно решавање односа, узимајући у обзир да је протекло време донело велике промене како на техничко-технолошком нивоу, тако и у материји еколошког права.³⁰ Своје неслагање са већином изнео је судија Беђауи. Иако у основи прихвата еволутивно тумачење као принцип тумачења, истиче да се оно може примењивати само у лимитираним ситуацијама и да га не треба примењивати у свим случајевима.³¹ Судија у конкретном случају не сматра да се ради о тумачењу, већ о реинтерпретацији.³² Његови ставови јесу важни, јер додатно брине схватање о границама еволутивног тумачења, како у ставовима о непримењивости принципа на конкретан случај, тако и у анализи специфичности еволутивног тумачења.

Најновији случај у коме се Суд поново позвао на примену еволутивног тумачења је *Dispute regarding navigational and related rights (COSTA RICA v. NICARAGUA)* (започет 2005, пресуђен 2009. године). Спор је везан за примену и тумачење уговора који су Костарика и Никарагва закључиле 1858. године. Уговором је дато право Костарики да на реци Сан Хуан обавља трговину, пошто гранична линија између ове две државе на реци није обезбеђивала пловни пут у делу реке над којим је Костарика засновала суверенитет. Стога и јесте било додатно уговорено да Костарика има право да обавља трговину на реци Сан Хуан и изван своје граничне линије. Спор који је настао после 150 година од потписивања уговора тицао се тумачења израза трговина, да ли трговина

³⁰ International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgement of 25 September 1997, par. 140: "...Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development..."

³¹ International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Separate Opinion of Judge Bedjaoui, par. 12.

³² *Ibid.*, par. 15.

подразумева само трговину добрима или и услугама, и уопште које је значење израза трговина употребљеног 1858. године примењеног 2005. године. Суд је и у овом случају поновио да је основни задатак тумачења да утврди намеру странака онако како је она постојала у време закључења уговора.³³ Међутим, приликом употребе генеричких израза, у уговорима који се закључују на дуг и временски неограничен период мора се сматрати да је намера странака била да се генерички изрази тумаче у складу са временом у коме се употребљавају.³⁴

Суд, резонујући о тумачењу, везује своје ставове за члан 31, став 3 Бечке конвенције о уговорном праву.³⁵ Управо овај став регулише поступно мењање схватања одредбе од тренутка стипулисања до тренутка примене. У процес тумачења дуготрајних уговора треба уврстити и доташње видове примене уговора, јер управо понашање уговорних страна дириговано је еволуцијом и самог права и околности у којима се оно примењује.³⁶ Стога Суд закључује да је најбољи показатељ еволутивног развоја појма трговине управо само понашање странака у спору.³⁷

У приказаним случајевима издваја се неколико заједничких елемената: тумаче се уговори у распону од више десетина година од настанка до примене, тј. спора; тумаче се општи, отворени, генерички појмови; Суд се изричито позива на еволуцију међународног права, те на еволутивно тумачење.

Европски суд за људска права

Европски суд за људска права орган је Савета Европе. Утолико он саучествује у остваривању циљева организације владавине права, демократије и људских права, како у садашњем тренутку, тако и *pro futuro*.³⁸ Спецификум овог Суда је што суди, примењујући и тумачећи само Европску конвенцију о људским правима и основним слободама из 1950. године. Од оснивања како организације, тако и ступања на снагу Конвенције усвојени су бројни про-

³³ International Court of Justice, Dispute regarding navigational and related rights (COSTA RICA v. NICARAGUA), Judgement of 13 July 2009, par. 63.

³⁴ Ibid., par.66: "...where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration", the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning".

³⁵ Ibid., par. 64.

³⁶ Ibid., par. 64 „... there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used — or some of them — a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied.“

³⁷ Ibid., par. 72.

³⁸ Видети: Поповић, Д., Европски суд за људска права, Београд, 2008.

токоли, прошириван је број држава чланица, међан је поступак заштите Конвенције. С обзиром на то, као и општу оријентацију организације, јасно је да је еволутивни ток не само препознат, већ присутан и пожељан.

Европском конвенцијом о људским правима креиран је један по много чему, па и по материји тумачења, специфичан регионални аранжман. Иако је сам Суд истакао приврженост начелима тумачења предвиђених Бечком конвенцијом из 1969. године, карактер Конвенције у основи диктира и њено тумачење. Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама нису креирана реципрочна права и обавезе између уговорних страна, већ је креиран тзв. објективни поредак, који захтева и објективноправно тумачење.³⁹ Терминологија која је иначе типична за целокупну област људских права, на примеру овог уговора, понајвише долази до изражаја, јер је само за ову конвенцију креиран посебан суд. Терминологијом *obligationes erga omnes* одређује се поредак у коме је свака уговорна страна обавезана у односу на све друге стране, тј. на универзалном нивоу у односу на међународну заједницу. Са становишта тумачења Европске конвенције о људским правима и основним слободама то практично значи да није могуће приступати тумачењу на класичан начин утврђивањем намере странака. Намера странака оличена је у есенцији правне филозофије или по некима идеологије, у базичној идеји људских права о заштити човека од самовоље државе. Стога свако тумачење треба да је усмерено свешћу о овом циљу.

У том смислу ни судије не поступају као неутрална трећа страна између две стране у спору, већ као својеврсни заступници објективног поретка. Читав је низ пресуда у којима се Европски суд за људска права ослањао на еволутивно тумачење, недвосмислено истичући да постоји изванредан слободан распон за сваку државу да се прилагоди Конвенцији.⁴⁰ Исту такву слободу Суд држава за себе, истичући да ће се његове одлуке проилагођавати околностима случаја, специфичностима државе и позадини одређеног законског решења.⁴¹ Суд је показао своју самоувереност у еволутивно тумачење у низу случајева.⁴² Сумирање тих ставова огледа се и у исказу да резон Суда не сме бити окован једним законом, да закони држава еволуирају и са њима еволуира и живот и примена саме Конвенције.⁴³

³⁹ Shaw, M., *International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 843; Orakhelashvili, A., *Restrictive Interpretation of Human Right Treaties in Recent Jurisprudence of European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No.3, 2003, str. 529-568.

⁴⁰ Bernhardt, R., *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, Vol. 42, 1999, *German Yearbook of International Law*, str. 11-25.

⁴¹ *European Court of Human Rights, Rasmussen v. Denmark*, Judgement of 28 November 1984, par. 40.

⁴² Venzke, I., *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, 2012, стр. 39, видети нпр.: *Emonet and others v. Switzerland*, 13 December 2007, par. 66 i 83 *Case of Bayatyan v. Armenia*, Judgement 29 October 2009, par. 63; *case of Scoppola v. Italy*, Grand Chamber, Judgement, 17 September 2009, par. 104.

⁴³ *European Court of Human Rights, Case of Markck v. Belgium*, Judgement of 13 June 1979, par. 41.

Међународни кривични суд

Међународни кривични суд прву пресуду изрекао је у марту 2012. године.⁴⁴ Иако у пресуди ни на једном месту није употребљен израз еволутивно тумачење, начин закључивања и одлука Суда несумњиво указују да тумачење које је примењено, јесте у основи еволутивно. Случај против Томаса Лубанге заснован је на регистровању и ангажовању деце војника у оружаним сукоба, по члану 8(д)(vii) Статута Међународног кривичног суда. Наведена одредба Статута у основи је преузета из Женевских конвенција из 1949. године и Допунских протокола из 1977. године и као таква, није унела крупне материјалноправне новитете. Ова одредба не осликава на јасан и очигледан начин развој међународног права у погледу статуса и права деце, почев од границе животног доба до кога се сматра да је нека особа, дете, па до целокупног система правне заштите деце. Но, оно што јесте крупан новитет јесте примена наведене одредбе, која је сама по себи отвореног карактера, или пак, правни стандард по свом карактеру и као таква подлеже тумачењу. Одредба гласи: „регрутовање или на било који начин стављање у војну службу деце испод 15 година, у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама“. Изрази регрутовање, стављање у службу и коришћење за активно учествовање у борбама појавили су се као директно непримењиви изрази. Стога је Суд мора да приступи детаљној анализи, тј. тумачењу ових израза. Прва констатација Суда је да изрази нису дефинисани у Статуту Међународног кривичног суда, нити у Правилнику, који су према члану 21 (примењиво право) први на списку.⁴⁵ У складу с тим Суд се морао окренути правилима међународног хуманитарног права, као и принципима међународног права у установљавању значења ових израза, те правилима о тумачењу Бечке конвенције о уговорном праву.⁴⁶

За потребе теме еволутивног тумачења пажња ће се задржати само на тумачењу израза „активно учествовање у борбама“, које се показало као захтевнији и деликатнији задатак. Шта се има сматрати под активним учешћем за разлику од регрутације и стављања у војну службу, за нијансу је другачије вербализовано у Римском Статуту, него у Женевским конвенцијама и Протоколима. Наиме, у члану 77 Допунског протокола I говори се о директном учествовању, а не о активном учествовању.

Тумачење ове флоскуле од стране Суда типичан је пример еволутивног тумачења, али не спроведног до крајњих консеквенци. Општи резон Суда показује да је тумачење положаја деце војника у значајно већој мери базирано на логици људских права исказаној у Конвенцији о правима детета и Фа-

⁴⁴ International Criminal Court, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgement, 14 March 2012.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 600.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 601.

култативном протоколу уз Конвенцију о правима детата о учествовању деце у оружаним сукобима из 2000. године, него на Женевском праву насталом пола века пре. Потом, посебну тежину за дешавања на територији Африке има Афричка повеља о правима и добробити детета из 1990. године. Споменути акти међутим не садрже разрађену дефиницију која би била примењива на конкретан случај Томаса Лубанге, већ пре показују општи развој свести о нивоу заштите деце у оружаним сукобима.

Општа заинтересованост међународне заједнице за тему деце-војника, резултирала је и окупљањима и усвајањем завршних докуманата о овој теми и то на врло конкретан начин. Један од примера је и конференција одржана у Паризу 2007. године, те акти усвојени на њој – Париски принципи и Париске директиве у вези са децом повезаном са оружаним снагама и оружаним групама.⁴⁷ Дефиниција појма дете-војник директно наводи ситуације у којим се дете моћи наћи, различите од учествовања директно у биткама, а у којима се може сматрати да је испуњена дефиниција појма дете-војник. У Принципу 2.1. стоји да је дете-војник свака особа млађа од 18 година која је регрутована или стављена у службу оружаних снага или оружаних група и то као борци, кувари, носачи, курири или за сексуалне радње.⁴⁸ Суд се није позвао на овај акт, он не припада свакако структури правних извора наведених у члану 21, али и овај члан у крупном плану учествује у артикулацији еволутивног тока појма детета-војника. Треба имати у виду да је Париске принципе подржало 105 држава, међу којима и Србија.⁴⁹

Коначно резон Суда поводом „активног учествовања“ опредељен је потенцијалном опасношћу у којој се дете може наћи, као главним руководним начелом у правцу установљавања да ли се одређена ситуација може оквалификовати као активно учествовање у оружаним борбама. Главни правац тумачења водио се разматрањем да ли дете постаје „потенцијална мета“.⁵⁰ Овакав при-

⁴⁷ The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups, February 2007, www.child-soldiers.org/childsoldiers/Paris_Principles_March_2007.pdf

⁴⁸ *Ibid.*, Principle 2.1. *Any person below 18 years of age who is or who has been recruited or used by an armed force or armed group in any capacity, including but not limited to children, boys and girls used as fighters, cooks, porters, messengers, spies or for sexual purposes. It does not only refer to a child who is taking or has taken a direct part in hostilities.*

⁴⁹ Наведени податак је закључно са децембром 2012. године.

⁵⁰ International Criminal Court, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgement, 14 March 2012, par. 623: *„The extent of the potential danger faced by a child soldier will often be unrelated to the precise nature of the role he or she is given. Those who participate actively in hostilities include a wide range of individuals, from those on the front line (who participate directly) through to the boys or girls who are involved in a myriad of roles that support the combatants. All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: the child concerned is, at the very least, a potential target. The decisive factor, therefore, in deciding if an “indirect” role is to be treated as active participation in hostilities is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target. In the judgment of the Chamber these combined*

ступ тумачењу израза активно учествовање типичан је пример еволутивног тумачења, јер је тумачење одредбе базиране на Женевском праву дато у складу са тренутком његове примене, и у конотацији развоја сплета норми о заштити деце, како у мирнодопским, тако и у периодима оружаног сукобаљавања.

Опаска да Суд није до крајњих граница спровео овај резон односи се на то да Суд није уврстио положај деце у сврхе сексуалног искоришћавања за потребе војника и поред тога што се и у тој „улози“ могу наћи у позицији потенцијалне мете. Ово је управо био основ за изрицање Издвојеног мишљења једног од судија.⁵¹

Приказани пример указује на два основна аспеката тумачења – 1) нема директног позивања на еволутивно тумачење, а оно је директно примењено; 2) селективност у избору ставова. У резону Суда може се констатовати да је еволутивно тумачење прешло границу тумачења у правцу ка креирању правила и то очигледно слободно, без позивања на било који документ усвојен од држава, међународних организација, дакле слободном судијском одлуком и вољом. Управо овај пример један је од оних примера који показују сву потенцијалну опасност од еволутивног тумачења, показују да не постоји нормативни оквир у коме би оно било прецизирано и омеђено. У таквој ситуацији лако се клизне ка злоупотребама и самовлашћу.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Ставови међународних судова о еволутивном тумачењу међународног права морају се сагледавати из угла позиције, утицаја и улоге судова у систему међународног права. Примена еволутивног тумачења, са, или без позивања на њега, осликава активистичку улогу међународних судова у функционисању међународног права. Примарна улога суда да реши спор између странака, ипак не остаје само на нивоу интереса парничних странака. Утицај судских одлука на опште међународно право, на схватање правила и њихову кристализацију, међутим није формално уређено. Судска пракса се спомиње као помоћни извор за утврђивање правних правила у Статуту Међународног суда правде. У Статуту Међународног кривичног суда предвиђено је постојање континуитета одлука тог суда, али без општег увођења јуриспруденције као општег извора или помоћног средства за утврђивање правних правила. Утолико, у тако нерегулисаном статусу утицаја, значаја и примене судских одлука и њихово резонавање остаје *ad hoc* карактера.

factors – the child's support and this level of consequential risk – mean that although absent from the immediate scene of the hostilities, the individual was nonetheless actively involved in them.“

⁵¹ International Criminal Court, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgement, Separate and Dissenting opinion judge Odio Benito.

Беза између међународних судова и тумачења правних норми усмерава мисли ка једном закључку који је од изузетне важности за поимање тумачења. Наиме, теоријски проблем да ли је тумачење таква врста активности која се може прецизирати и уредити правним нормама, или је пак тумачење умеће које се стиче праксом, приказаним примерима судске праксе подржавају становиште да је тумачење умеће судија да у доброј вери протумаче правне норме у визири конкретне правне норме и конкретног спора.

Из овог закључка проистиче и следећи. Наиме, еволутивно тумачење, као ни остали видови тумачења, не могу бити прецизирани и омеђени правним нормама у правно перфектном смислу. С обзиром на то да је тумачење интелектуална радња, утолико и правна норма којом се нормира тумачење мора бити таква да оставља довољно простора за прилагођавање околностима конкретног случаја.

У погледу еволутивног тумачења, распон између критичара и аплогета јесте велики. У његовој примени, као крајњи забран злоупотребама, служи поверење у ваљаност онога ко тумачи и приврженост основном принципу тумачења – тумачење у доброј вери.

Dr Tijana Surlan

EVOLUTIONARY INTERPRETATION OF INTERNATIONAL TREATIES

Summary

Within the paper the author explores evolutionary interpretation, posing at the very beginning the issue on character in terms of evolutionary interpretation as a method, principle, practises or doctrine. Normative framework is set on the Vienna Convention of Treaty Law. First part of the paper thus elaborates on the main characteristics of evolutionary interpretation, pros and cons, and its distinction from similar aspects of treaty law, such as inter-temporal law. Second part of the paper focuses on the jurisprudence of international courts. The author presents most important cases and decisions of International Court of Justice, European Court of Human Rights and International Criminal Law.

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО И ЊЕГОВИ СУБЈЕКТИ
- нека од теоријских одређења
међународноправног субјективитета -

Мр Матеј Савић*

***Апстракт:** Свеобухватност погледа о међународноправном субјективитету можемо рашичланити на два основна теоријска схватања, која су условила данашњи развој модерних идеја с краја XX вијека. То су: волунтаристичко и солидаристичко схватање. Ове двије најзначајније теорије, иако дијаметрално супротне, имају истовјетну полазну основу. На основу главне тезе волунтаристичког правца, међународно право је засновано једино на вољи, тј. на сагласности држава, према којој искључиво државе посједују субјективитет и капацитет да стварају међународно право као чланови међународне заједнице. С друге стране, међународна заједница, према солидаристичком схватању, представља универзалну творевину, гдје постоје правила општег или пак, објективног права које државе не могу оспорити, а које опет, не потичу из природног права, већ су једнообразна и одређују људски род као такав. Постмодернистички правца у науци међународног права јавио се крајем XX вијека, као реакција на строги позитивизам, при чему је утемељен на критици апсолутног етатизма кроз који се и развило међународно право. Може се извести закључак да је појам субјекта међународног права вишезначан и свакако динамичан. Такође, у XXI вијеку можемо посвједочити постојање специфичних субјеката међународног права, као што су ентитети који посједују све елементе државности, међутим нису државе у правом смислу ријечи. Тај примјер можемо сагледати управо кроз случај Босне и Херцеговине, или, нпр. тзв. Републике Косово, и са сигурношћу дефинисати један нови субјект међународног јавног права, а то су неопротекторати.*

***Кључне ријечи:** међународноправни субјективитет, способност, природно право, позитивно право, волунтаризам, солидаризам, постмодернизам, држава, ентитет.*

* Виши асистент из области Међународног права на Факултету политичких наука Универзитета у Бањалуци

1. УВОД

Под појмом субјекта једног правног поретка „подразумева се јединка која је способна да активно учествује у одређеном правном односу, да буде непосредни носилац права и обавеза, способна да оствари своја права кроз парничну способност“.¹ У правној литератури не постоји потпуна сагласност како о општем појму субјекта међународног права, тако и при одређивању посебних врста субјеката. Ријеч је о одређеним способностима које су међународним правом признате појединим врстама организама. Слиједом наведеног, израз субјект међународног права могуће је дефинисати набрајањем особина које он посједује. Обично се одређују „четири способности“. То су: **правна способност** – која подразумијева могућност уживања права, те посједовање неопходног капацитета за испуњавање обавеза које проистичу из начела и правила међународног права, при чему одређени организам, да би био препознат као субјект међународног права, *a priori* наведено треба да посједује; **пословна способност** – представља могућност стицања и располагања правима, уз могућност преузимања и испуњавања обавеза које конкретни организам сопственим иступањем у правним односима добровољно преузима; **процесна способност** – која се огледа у легитимности за покретање међународних поступака пред Међународним судом правде у Хагу; **деликтна способност** – коју можемо одредити као могућност позивања на одговорност одређеног субјекта за кршење међународних обавеза.

Дакле, организам који је способан да у своје име и за свој рачун иступа у међународним пословима, да покрене поступак пред међународним судовима за заштиту својих права и да се позове на одговорност за непоштивање међународноправних правила, можемо сматрати субјектом међународног права, тј. констатовати да он посједује међународноправни субјективитет.

Према томе, може се рећи да су субјекти међународног права носиоци права и обавеза у међународним односима. Ово је најшире тумачење појма субјекта у међународном праву, јер нису сви субјекти међународних односа истовремено и субјекти међународног права.² Из тог разлога, од појма *субјект међународног права* ваља разликовати појам *субјект међународних односа* који није непосредно у вези са доменом права. Поред овога, међународни односи посједују уопштеније и флексибилније критеријуме према којима се одређују

¹ С. Аврамов - М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2008, стр. 77.

² Нпр. политичке партије и политички савези, као што је то Социјалистичка интернационала, или пак невладине организације које имају елементе међународности, према неким схватањима представљају субјекте међународних односа, док је о њиховом међународноправном субјективитету јавног карактера, данас беспредметно говорити, јер они то нису ни по којој основи. С друге стране, неки од субјеката међународног права, као што је то држава, свакако су и субјекти међународних односа.

субјекти и сам појам субјективитета, при чему се обухвата шири опсег лица која ступају на међународну сцену и успостављају међусобне односе. Основна разлика огледа се у томе што иступање субјекта међународних односа има политичку димензију, на основу чега су и последице таквог дјеловања чисто политичке, док, с друге стране, иступање и дјеловање субјекта међународног права има за резултат манифестацију, како политичких, тако и, још важније, правних факата, према којима се вриједносно читује воља за поступањем у доброј вјери (*bona fides*), тј. у овом случај општа правна воља, која је пресудна за међународноправни поредак. Димензија разноликости је изузетно важна, јер дјеловањем ових других субјеката се дефинишу, успостављају и примјењују правне норме које регулишу свеобухватност међународних односа. То исто не могу урадити субјекти међународних односа, који нису препознати као субјекти међународног права. Наиме, субјекти међународних односа имају способност да учествују у активностима које обухвата појам *међународни односи*, при чему се у њих, како смо већ рекли, убрајају и неке јединке које нису субјекти међународног права. То су јединке које учествују у међународним односима, условљавају их и на њих утичу, иако неке од њих не посједују способности које одређују међународноправни субјективитет уопште.

* * *

Поједини аутори настоје да поближе одреде специфичност субјекта у области међународног права, како би дешифровали основне атрибуте међународноправне субјективности. Међутим, појам, правну природу и крајње одређење субјективитета, морамо посматрати, прије свега, кроз призму правне теорије и доктрине која је еволуирала кроз вијекове, условљавајући схватања о друштву, држави, субјектима права, односу државе и права, као и о констелацији између унутрашњег и међународног права.

Наиме, у међународном праву постоји немали број схватања о појму субјективитета, која проналазе утемељење у философским школама и теоријама које су се развијале од природноправне школе до данас. Свеобухватност тих погледа можемо рашчланити на два основна теоријска схватања, која су условила данашњи развој правне науке и, још увијек, недовољно искристалисаних модерних идеја с краја XX вијека. То су; 1) **волунтаристичко схватање**, и 2) **солидаристичко схватање**. Ове двије најзначајније теорије, иако дијаметрално супротне, имају истовјетну полазну основу, као и чињеницу да су настале у окриљу позитивистичке правне школе, која је са свим својим правцима и теоријским идејама и учењима, без дилеме најзначајнија за модерну правну науку и даљи њен развој.

Такође, поједине модерне теоријске конструкције, као што су постпозитивизам, или пак постмодернистичко схватање, још увијек се налазе у статусу

идеја које би се могле, тек у наредним годинама теоријски конституисати. Поред тога што још увијек нису до краја формиране и успостављене као правне теорије, ове идеје су, свакако, изузетно контроверзне, при чему овај други постмодернистички правац, како сматра С. Аврамов „представља једну нерелативну конструкцију, која је више производ маште, но до краја изведене анализе стварног стања“³.

2. ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА

Волунтаристичко или класично схватање, које је готово доминирало све до XX вијека, и према ком су искључиво народи (нације), а касније државе, носиоци међународноправног субјективитета, развило се из теорије природног права. Преузета из римског *Ius Gentium*, природноправна теорија претходно је заступала идеју јединствене заједнице људског рода, да би у периоду XV и XVI вијека у дјелима шпанског богослова Суареза (*Suarez Francisco*) по први пут препознала да је човјечанство подијељено на различите народе (нације). На први поглед можемо примјетити очигледну супротност између идеје природног (универзалног) права и права као производа воље суверених владара или држава. Међутим, кохезија је вишеслојна и потпуно логична. Наиме, природноправна школа је, прије свега, послужила као основа за компромис између духовне власти и државне суверености, те, у том периоду, односа апсолутистичких држава *inter se*.

Наиме, одсуство суверених држава у модерном смислу све до средине XVI вијека била је карактеристична за међународне односе. У периоду феудализма кроз XII вијек, унутар католичке цркве развила се хијерократска доктрина о папи као Христовом викару, на основу чега се сматрало да папа ужива апсолутну слободу и да представља највишег законодавца. Међутим, економски развој на тлу Европе условио је реанимацију римског права, при чему је настала и школа глосатора у сјеверној Италији. Обновљена је идеја човјека као грађанина, док је, с друге стране, Аристотелова филозофија проносила идеју државе као природне организације потребне за живот грађана. Реакција Католичке цркве, у почетку бременита низом унутрашњих контроверзи била је „прилагођавање Аристотелове филозофије хришћанској космологији“⁴. Обједињавање је успјешно извршио још један богослов Тома Аквински (*St. Tomas Aquinas*) који је дефинисао *вјечно право* према ком је „Божја мудрост мјера ствари и она је сама по себи истинита“⁵. За Тому Аквинског поред *вјечног*

³ С. Аврамов, *Постхеројски рат запада против Југославије*, Ветерник, 1997. стр. 77. Такође, шире в. исто стр. 73. до 78.

⁴ В. Ђ. Деган, *Међународно право*, Ријека, 2000. стр. 36.

⁵ Шире в. В. Ђ. Деган, *Природно и позитивно право*, Зборник Правног факултета у Загребу 1987. стр. 37. до 60. Цит. дј. St. T. Aquinas, *Summa Theologiae*.

права, постоји и природно право које представља партиципацију разумних створења у вјечном праву, али и људско позитивно право које путем власти одржава унутрашњи мир грађана. Ипак у природном праву, теза која се може одредити као иницијална каписла за настанак волунтаристичког схватања доцније, јесте да је „за човјека природно да буде друштвена и политичка животиња... Али заједнички друштвени живот многих људи не би се могао одржати ако нетко не би имао власт да постиже добро“⁶ чиме је свјетовна (државна) власт теоријски призната и одвојена од утицаја Католичке цркве.

У периоду ренесансе живот на тлу Европе унапријеђен је, како својеврсном научном катарзом, тако и технолошким напретком. У XVI вијеку мјесто феудалне организације заузимају свјетовне државе националног предзнака и територијалног карактера. На основу тога остварени су услови за развој међународног права између суверених и једнаких држава на основу узајамне воље (волунтаризма). Холандски правник Хуго Гроцијус (*Hugo Grotius*), познат и као отац међународног права 1625. године утврдио је разлику између вишег природног права *Ius Naturae* и вољног права *Ius Voluntarium*. У својим дјелима Гроцијус је наглашавао да државе, као ни појединац не могу живјети изоловано, те да сама природа доводи човјека до узајамних односа, који се у међународном праву остварују државном интеракцијом. Такође, он објашњава међународно право као заједнички – јединствен закон и то, „као што закони сваке државе имају у виду конкретне властите пробитке, пристанак свих држава, или макар њихове већине, он је могао произвести одређене заједничке законе између њих. Очигледно је да су се тако установили закони који за сврху имају прибитак, не сваке државе појединачно, него велике заједнице држава *magnae illius universitatis*“.⁷ Такође, значајно је споменути и швајцарца Емериха де Фатела (*Emerich de Vattel*) који је био сљедбеник Гроцијуса и који је констатовао да позитивно међународно право произлази из воље народа (држава).⁸ Међу српским писцима природноправне школе можемо издвојити Ј. С. Поповића,

⁶ Исто, В. Ђ. Деган. Такође, у том смислу позитивно право и правда подијељено је на *Ius Gentium* и *Ius Civile* и сходно томе утемељена су два поступка извођења из природног права, те је и подјела између овоземаљског – позитивног права и природног права двојака, истовјетно као у римском праву. Дакле, постоји једно право које је једнако за све појединце и оно право које чини правила која регулишу актуелне потребе појединца. У томе учењу више нема мјеста за свјетовну власт папе као Христовог викара изван домена Католичке цркве, јер он губи могућност очитовања оне „више воље“ која би могла створити право. Посаљедица тога је да Божанско право не поништава људско позитивно право ако је ово засновано на природном разуму и природном праву. Према томе Католичка црква не апсорбира државу. Држава је постојала прије католичке цркве и она представља природну институцију.

⁷ Н. Grotii, *De iure belli ac pacis libri tres*, Janae 1680.

⁸ Шире в. Emerich de Vattel, *The Law of Nations (English edition)* 1797. Значајно је нагласити и трихотомију коју је овај аутор изњедрио својом мишљу, а то је подјела на: вољно право, уговорно право и обичајно право. Такође нтернет, приступљено 06. септембра 2013. доступно на: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2246&chapter=212423&layout=html&Itemid=27

који, касније, наводи да народи, односно државе, исто као и људи имају своја природна права и дјели права народа „на *корена* и *набављена* зависно од тога да ли народу припадају по природи ствари или на основу уговора“.⁹ Модерним језиком речено, свака држава настанком ужива основна права, док сва друга, стечена права преузима на основу воље и свог субјективног капацитета, тј. субјективитета.

Кроз вишевијековну праксу у складу са овим схватањем, правна наука је крајем XVIII вијека изњедрила позитивистичку тезу, према којој су државе субјекти међународног права, као што су појединци субјекти у правном поретку једне државе. Ово схватање, прије свега одговара теорији апсолутног суверенитета, с једне, и волунтаристичког схватања у међународном праву с друге стране. На основу позитивизма међународно право је засновано једино на вољи, тј. на сагласности држава, према којем искључиво државе посједују субјективитет и капацитет да стварају међународно право као чланови међународне заједнице, што и јесте главна значајка волунтаристичког схватања.

Међутим, држава је истовремено и нешто друго, у првом реду када се посматра са правног аспекта. “Тада се она узима у обзир једино као правни феномен, као правно лице, тј. као једна врста друштва (корпорације)“.¹⁰ Схваћена тако, држава представља један посебан, специфичан субјект права, једну, можда чак и најважнију, врсту правног лица са различитим видовима своје егзистенције, што, првенствено, зависи од врсте правних односа у које, као такав субјект права, ступа. Овакво схватање, свакако одређује постојање позитивног права као права које регулише односе и обавезује субјекте у правним односима, стварајући дистинкцију између позитивноправних и природноправних норми – права као друштвене појаве и природних манифестација – друштва и државе и, с друге стране, природног стања ствари. У том смислу, можемо нагласити одредницу да је „право друштвени феномен, а друштво је предмет потпуно различан од природе, јер је потпуно различна повезаност елемената“¹¹ коју је нагласио Х. Келзен (*Hans Kelsen*) с циљем потпуног одвајања правне науке од природе. Модерне правне теорије, и даље, у есенцији мисли постављају питање односа позитивизма и природног стања, или како је то одредио Ђ. Тасић идеализма у правној науци.¹² Тако је у Њемачкој, Г. Јелинек (*Georg Jellinek*), још прије Келзена схватајући државу као сувереног носиоца права и конструисао своју теорију *саморегулације*, тј. (само)ограничења државе правом, при чему се та саморегулација остварује кроз унутрашњу организацију државе. Међутим, како се касније показало, основни проблем ове замисли је то што, према Јелинеку, не постоји право изван државе, док овакво ограничење

⁹ Ј. С. Поповић, *Природно право*, Предавања на Лицеју у Крагујевцу 1840–1841. година, стр. 226.

¹⁰ Х. Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951, стр. 179.

¹¹ Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 1998. стр. 11.

¹² Шире в. Ђ. Тасић, *Расправе о филозофији и теорији права*, Београд 1992, стр. 46.

није ништа друго до технички оквир за остварење државног права. Ова теза је доведена у питање управо интензивним развојем међународног права у XX вијеку. Наиме, јачање и модерни развој државних организација и њихових односа *inter se* условио је успостављање међународног права као ексклузивног права између држава. Резултат се огледао у томе да појединац и када би иступио у међународном праву, како би заштитио своја права, или пак остварио одређене интересе то је могао само посредством државе чији је држављанин. С друге стране, у том периоду потпуног етатизма човјечанство није познавало међународне организације. „Након превласти и устоличења капитализма, нова владајућа класа признаје као право само оно, које је створила државна власт, с циљем да стави ван спора своју владавину, а с друге стране, да је обезбиједи чврстим правним поретком“...¹³ Овакав поглед одговарао је међународној реалности све до првих деценија XX вијека, јер су државе биле једине творевине које су активно дјеловале и уређивале прилике у међународним односима, и то на основу добровољности, што и представља нуклеус волунтаристичке теорије коју су прихватили готово сви писци позитивноправне школе.

Томе у прилог иде и чињеница да је међународноправни поредак израстао на „строго етатистичкој основи“, што је још више утемељило мишљење да су само суверене државе посједовале способност да на међународном плану остваре одређена права. Управо због тога, државе се појављују као изворни, оригинални субјекти, „као првенствене личности међународног поретка“. Сматра се да су државе то својство задржале и данас.¹⁴ Ова схватања полазе од тога да је држава најважнији субјект међународног права управо зато што је она то *ex iure proprio*, те због тога што је у већини случајева креативни субјект који утиче на стварање осталих субјеката међународног права. На основу овог се доцније развило још једно, нешто другачије, схватање о активним и пасивним субјектима међународног права. То схватање је утемељено на томе да су државе једини активни субјекти међународног права, због тога што стварају међународно право, те да су остали субјекти међународног права пасивни субјекти.¹⁵

* * *

Солидаристичко схватање, развило се још у XVI вијеку и у одређеним сегментима, такође проналази утемељење у природноправној школи, међутим

¹³ Ј. Ђорђевић у предговору књизи Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1998, стр. 9. до 16.

¹⁴ Исто.

¹⁵ О овоме шире в. М. Моа, *Основни појмови међународног јавног права*, Београд, 1925, као и А. Verdross, према чијем мишљењу су активни субјекти они који могу да учествују у стварању међународног права, а то су суверене државе, док су остали међународноправни субјекти само пасивни адресати међународних правила која су створили активни субјекти.

идентификује државу као друштвену творевину супротну природном стању ствари. Једнако као и волунтаристичка теорија, мисао солидаризма је еволуирала из римског *Ius Gentium* и даље од природноправног учења, међутим не напуштајући у потпуности идеју јединствене заједнице људског рода. У том смислу солидаристичко схватање полази од претпоставке постојања човјечанства у цјелини, као природне датости у праву. Према овим гледиштима, супротним волунтаристичкој теорији, сматра се да су само појединци стварни носиоци права уопште, па је тако и у међународној заједници, тј. међународном праву.¹⁶ У модерном смислу ријечи, развојем међународног права, солидаризам је прерастао у *теорију међународне солидарности*. Солидаристичка теорија се развила као реакција на ставове позитивистичког схватања, према којем је међународно право засновано искључиво на вољи државе, уз изузетну критику природноправних постулата и метафизичких схватања права. Ово учење, „идеалистичко са практичног гледишта, ставља државу под сувереност права“¹⁷, али је оно и позитивистичко у погледу темеља које даје праву.¹⁸ Творац ове теорије је француски теоретичар Л. Диги који је дошао до закључка да се свим људима намеће један друштвени закон, који није метафизичке природе, већ је производ свјесне активности људи. Овдје већ можемо увидјети проблем који се манифестовао, јер је ова теза била у колизији, с једне стране, са постулатима природног права које су преферирали идеалисти тога времена у Француској, при чему је оповргавала, с друге стране, готово све принципе позитивистичке правне школе. Наиме, теза о постојању јединственог друштвеног закона који је, према Дигију, универзалан, негира постојање природног права као корпуса свих прав(ил)а, при чему право губи све основе метафизичког и оно се манифестује као скуп правила кроз свјесну колективну активност људи. Наиме, друштвена норма је једна по свом основу, карактеру и предмету, разлика постоји само у интензитету друштвене реакције коју изазива њено кршење у различитим периодима и државама. Тај Дигијев социологизам је увелико критикован од готово свих правних писаца који су представљали идеализам тога доба. Међутим, у највећој мјери он је окарактерисан као анархиста, или пак квазианархиста и то због његовог схватања да је позитивно право творевина друштва – непосредан израз социјалне правне свијести, те да је зато задатак и обавеза друштвених органа да га у том смислу и примјењују, пошто ти органи посједују власт само на основу фактичке диференцијације између јаких и слабих.¹⁹ Управо та идеја негира принципе позитивизма. Међутим, теза о друштвеним правилима универзалног карактера још више се коси са позитивноправном теоријом, јер држава као стваралац права (како унутрашњег, тако и међународног), губи једну од својих најзначајнијих улога, чиме постаје сувиш-

¹⁶ О овоме шире в. Б. М. Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд, 1974, стр. 2.

¹⁷ Ђ. Тасић, исто, стр. 48.

¹⁸ Шире в. исто, стр. 49.

¹⁹ Шире в. исто, стр. 135.

на. Касније су одређени теоретичари постмодернизма, управо овим слиједом дошли до закључка да држава једноставно кочи даљи напредак друштва, те да је „неопходна деконструкција и декомпозиција“.²⁰ У смислу међународних односа то би значило разградњу државе. Када ово сагледамо кроз призму међународног права, свеукупни темељ и начин стварања, развоја и примјене међународноправних норми, доводи се у питање, јер искључењем државе из међународног живота уистину можемо доћи до потпуног анархизма. Свакако би се отворила питања: ко ствара међународно право? ко обезбјеђује његов прогресивни напредак? како се одређени субјект обавезује на поштивање новонасталих општих правила и да ли се настали спорови могу (и како) ријешити мирним путем?

Дигијев друштвени закон, заправо је „закон циља, а једно правило је једна норма која диригује и ограничава свјесну и вољну активност човјека. Заједница не може постојати ако се њени чланови не потчине друштвеној норми.“²¹ Модерним језиком речено, међународна заједница, према солидаристичком схватању представља универзалну творевину, гдје постоје правила општег или пак, објективног права које државе не могу оспорити,²² а које опет, не потичу из природног права, већ су физиолошки посматрана, једнообразна и одређују људски род као такав. Наиме, основи адресат универзалних права је појединац, а функција државе сведена је на основне (нужне) службеничке послове. Држава је нужно зло, које је неопходно превазићи, док је стварни носилац права и обавеза човјек појединац. Међутим, „друштвена свијест расута у маси, где Диги налази извор права, не би заиста могла да објасни обавезу владајућих да делају у складу са том свешћу“²³.

Овакво схватање у највећем дијелу одговарало је појединим правцима идеје капиталистичког либерализма, који су у основи друштво посматрали изван државе, а право прихватили као скуп општих норми које су заједничке за све, *common law*, и које обезбјеђују само основу за заштиту и остварење стечених права преузетих индивидуалним иступањем и предузимљивошћу појединаца. Овакав концепт поред свега, настао је из економских разлога и тржишне праксе која је данас омогућила владавину новца, готово негирајући владавину права. Тај економски поредак ствари, показао се изванредан у градацији апстрактних вриједности које су далеко од оног, према готово свим теоретичарима неолиберализма (постпозитивизма), неприкосновеног субјекта глобалних токова – човјека. Политика која је напустила стварање нове вриједности као мјеродавну чињеницу, могла је да донесе другачије рјешење од истинске бремените фиктивности вриједности, која је интересно дефиниса-

²⁰ I. Hassan, *The Postmodern Turn*, Охајо 1987, стр. 167.

²¹ Преузето из исто, шире в. С. Аврамов и М. Крећа, цит. дј., L. Duguit, *Tratıe de Droit Constitutionel*, Париз, 1927, стр. 67 и 188.

²² В. Ђ. Деган, цит. дј. стр. 33 до 47.

²³ Ђ. Тасић, исто, стр. 49.

на, управо од стране задојених финансијских моћника, с циљем дерегулације система функционисања. Система који је, свакако, стављен у функцију похлепе оних појединаца, који негирајући државу покушавају да створе себи „нову вриједност“ у постиндустријском свијету. Свакако, основни проблем се крије у томе што су, прије свега појединци, али, још значајније, мултинационалне корпорације, прерасли механизме власти, те њима већ одавно сметају државне границе, при чему њихова тенденција оправдава враћање међународноправног поретка на почетак, јер било који правно уређен систем, заправо, онемогућава својевољност и превласт оних који се крију иза новца (сиве еминенције). Такође, у великој мјери неолиберални правац и савремене парадигме постмодернизма пронашле су упориште за неке од идеја, управо у солидаристичкој теорији. Међутим, аутори напуштајући, беспоговорно, доктрину позитивистичке теорије права и реалност постојања државе као субјекта међународног права, подијелили су се, између осталог, на двије групе. Прву групу, која у сопственим тезама захтијева тренутну и потпуну смјену државе као такве, и другу, која је прихватила да је државноправни субјективитет реалност и да је то само прелазни период који води ка потпуној реализацији, по њима „бољег“ формата транснационалне заједнице појединца глобалног друштва. Уистину, боље је овај крајњи циљ дефинисати као транснационалне анархичности између заједница људи.²⁴ Цјелокупни (данас-присутни) концепт, према ком државна организација и реална власт представљају проблем, првенствено за флукуацију моћи и новца, представља изванредну и врло енергичну реакцију на, још увијек актуелни систем изграђен на етатистичким основама, према ком се мјери и међународноправни поредак. Иако далеко од савршеног, то је међународноправни поредак у ком се зна шта је правоваљано и шта је у складу са идеалом правичности, а шта је, пак, противправно и (зло)употребљено у реализацији ширења моћи.

* * *

Постмодернистички правац у науци међународног права јавио се крајем XX вијека као реакција на строги позитивизам, при чему је утемељен на критички апсолутног етатизма кроз који се и развило међународно право. Међутим, у смислу правне науке, идеја постмодернизма не посједује атрибуте који би могли ићи у прилог стварању нове (теорије) теоријске основе, или пак прав-

²⁴ Прво што може рационалан појединац, познавалац међународног права, схватити као реалност оваквог основа за постојање друштва, јесте положај цивилног појединца у стању рата, гдје поред Женевских конвенција, ипак влада право оног који је оружано јачи. Ипак, у овом случају, процес је истовјетан, само оружје није ватрено, већ је оружје новац у рукама и моћ која с тим иде. Једнако томе, поред теоријских ставова дјела аутора, понајприје из Сједињених Америчких Држава, и то из области савакодневне књижевности, или пак филмске индустрије, подсећају нас на безвриједност људског живота који у анархији, без државноправног поретка, вриједи свега неколико долара.

ца (школе) у правној науци. Такође, ово схватање још увијек је далеко од теорије права, јер је постмодернистичка идеја, прије свега развијена као филозофски правац, с једне, и као незрела парадигма у политичким наукама, с друге стране. Иако далеко од правне теорије, али и правне логике, мисли и дјела слѣдбеника ове идеје посредно се одражавају на међународни живот и схватање међународноправног субјективитета. Наиме, „док је модернизам у целости производ западноевропских држава, постмодернизам, иако настао у Европи, по својој природи је космополитски. Он је инспирацију потражио у античкој филозофији предмодерног времена, у племенским заједницама, али и у савременој природи моћи.“²⁵

Један од, за правну науку, значајних писаца постмодернистичког схватања је Б. Де Соуса Сантос (*Boaventura De Sousa Santos*) који сматра да су правне и етичке норме неадекватне за проблеме савремености, што подразумева да је пројекат модернизације од зачетка био некомплетан пројекат.²⁶ Такође, његова теза да се свјетски систем темељи на два јасна стуба: свјетској економији, с једне стране, и унутардржавном систему, с друге, уз развој нових политичких ентитета глобалног карактера²⁷ у потпуности доводи у питање постојање државе, отварајући изузетне дилеме о појму и одређењу субјективитета у међународном праву. Значајно је нагласити и његову тезу о унутрашњем правном плурализму²⁸ која се односи на стварање микродржава унутар државе, гдје он сматра да одређене области државноправног система долазе под директан утицај глобализације, при чему немали број држава преузима међународноправне обавезе које су у колизији са њиховим уставом, док, с друге стране, поједини дијелови живота остају непосредно регулисани унутрашњим правом. Међутим, теза о унутрашњем правном плурализму понајвише се огледа у случајевима гдје државе на нивоу федералних јединица, или пак регија имају диференцијацију у правном поретку. Такав је случај Европске уније гдје су одређене политике обухваћене јединственим правним оквиром, док велики дио унутардржавних регија самостално и различито регулишу велики број односа. Држава бива локализована, јер се неке од њених функција више не налазе на државном нивоу. С друге стране, управо је држава та која ствара недржавне субјекте на глобалном нивоу, а она је, према Соуса Сантосу и творац глобализације која превазилази сферу државног. Даљим цивилизацијским развојем према постмодернистичким тезама држава као правно-политичка организација постаје неадекватна и сувишна како за појединца, тако и за колективитет.²⁹

²⁵ С. Аврамов - М. Крећа, стр. 41.

²⁶ Шире в. В. De Sousa Santos, цит. дј., *La Transition potmoderne: Droit et Politique*, 1990, стр. 81 до 92.

²⁷ Шире в. инт. В. De Sousa Santos, интернет, приступљено 08. септембра 2013. године, доступно на: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/boainterview1.pdf>

²⁸ Енгл. *Internal legal pluralism*.

²⁹ Шире в. В. De Sousa, Santos *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

Као што можемо примијетити, овим правцем пољуљани су темељи традиционалног политичког обрасца понашања, као и начин размишљања при реализацији послова и остварењу циљева у међународним односима. Крај ере модернизма, која представља основу и оквир унутрашње и спољне политике, нашао се у центру пажње теоретичара који су покренули идеју постмодерне.³⁰ Иако је ријеч о чисто философском правцу, оно што је значајно за међународноправни субјективитет и постојећи правни поредак је то што, како смо већ рекли, постмодернисти негирају државу, уз свеприсутну тежњу ка открићу нормативног основа свјетске заједнице, чији је крајњи адресат човјек који егзистира изван државне организације. Такође, на основу деконструкције и декомпозиције што је, поред свега, карактеристично за ово схватање, потребно је извршити деконструкцију класичних структура као што су државе, те направити декомпозицију система вриједности међународног поретка, јер је држава данас превазиђена као централни фактор у међународној политици. У том смислу, свакако се намеће глобализам као основна детерминанта овог схватања, према којој се држава потискује на маргине с циљем коначне неутрализације њеног субјективитета и функција. Без дилеме, реализацијом ових идеја дошло би до манифестације елемената анархије и то у још горим размјерама од Дигијевских, при чему би се цијели међународноправни поредак могао одредити као кочница бестијалном прагматизму, а његови субјекти (носиоци права и дужности) као робови политичке воље, моћи и новца који у том случају не познаје никакве границе. Свакако, постмодернистички правац представља нереалну и недовршену конструкцију која још увијек није дорасла томе да би је могли назвати правном теоријом, тј. доктрином међународног јавног права.

3. ЗАКЉУЧАК

Већина теоретичара истиче да прва два схватања иду у крајност, док треће представља, још увијек само критичку конструкцију без општег прихватања и практичних резултата у међународном праву. Такође, ријеч је о радикалном реакционализму који, с једне стране негира државу, док, с друге, не прихвата до сада развијени међународноправни поредак. Без обзира на претходно наведено, „државе су неоспорно носиоци права и дужности, али не и једино државе..., субјекти могу бити и међународне организације. Свакако да и појединац

³⁰ То су, прије свега, Ж. Дерида (*Jacques Derrida*) који је утемељио једну од најважнијих теза ове идеје која се може одредити као интегрална философија деконструкције и Ж. Ф. Лиотард (*Jean-François Lyotard*) који је, с друге стране, обрадио и дао продубљену критику универзалности, као други стуб овог алтернативног виђења међународне стварности. Такође, М. Фуко (*Michel Foucault*) је још један од утемељитеља ове идеје, при чему, С. Аврамов сматра да његово развијање микротехнологије моћи представља још један, трећи стуб постмодернистичког схватања.

данас све више стиче права и дужности, али не само зато што је човек у стању да слободно и савесно изрази своју вољу, већ зато што му садашњи развијени међународни живот намеће – без обзира на његово припадање извесној држави – одређене дужности, а демократски развој омогућује извесна права. Исто тако, народи и државе располажу средствима за испољавање воље и они то могу да чине на разне начине, у које, несумњиво, долазе и правна средства³¹.

Управо због тога, поједини теоретичари закључују да је субјект међународног права свако ко у међународном правном поретку има правну и тзв. дјелатну способност. Међутим, одређени број теоретичара дефинише немали број додатних способности, или пак, карактеристика које посебно одређују међународноправни субјективитет и које су јединствене само за субјекте међународног права. Овдје је ријеч о нпр. правно-стваралачкој способности, која подразумева могућност учествовања у стварању, измјенама или гашењу правила међународног права, као и способност, односно право слања и примања дипломатских мисија, те специфичност пружања дипломатске заштите у иностранству.³² Такође, када је ријеч о посебним карактеристикама можемо говорити и о имунитету међународноправног субјекта од националне јурисдикције, као и о судском имунитету у ширем смислу, који подразумева да се субјект међународног права у поступку пред било којим судом може појавити само на основу добровољности.³³

На основу наведеног, може се закључити да су круг и врсте субјеката међународног права подложни промјенама у времену, како у смислу обима права и обавеза, тако и положаја у међународним односима уопште. Чак ни значење те ријечи није увијек било исто. Х. Гроцијус је расправљао о субјектима у унутрашњем праву, као поданицима њихових владара, а његово међународно право било је понајприје право између суверених владара, тек нешто доцније су се под појмом субјекта одређивали носиоци права и дужности, а не поданици суверена. Међутим, све до почетка XIX стољећа протезало се мишљење да су субјекти међународног права, поред народа, затим нација, а касније држава у томе смислу били и владари тих држава.³⁴

Током XIX вијека, након што је позитивизам, као потпуни тријумф волунтаристичког схватања, постао доминантна теорија права, превладало је гледиште да је држава једини субјект међународног права. Тако је Јелинек сматрао да је држава та која је изнад права, те да су појединици, на неки начин ћелије колективизма чији је образац понашања регулисан државним правом, тј. државном вољом. С друге стране, Диги је својом мишљу успоставио појам универзалног – општег друштвеног закона за чију примјену није одговорна

³¹ Исто.

³² Шире в. А. Магарашевић, *Основи међународног права*, Нови Сад, 1965, стр. 97.

³³ Шире в. I. Brownlie, цит. дј., *Principles of Public International Law*, Oxford, 1990, стр. 60.

³⁴ Шире в. В. Ђ. Деган, цит. дј., стр. 219.

држава. Штавише, она је, заправо, само инструмент права, тј. општег друштвеног закона.³⁵

Такође, било је, поред свега, позитивистичких аутора који су сматрали да је и конфедерација држава, поред држава чланица, такође посебан субјект у области на њу пренесених надлежности.³⁶ Данас преовладава гледиште по којему је круг субјеката међународног права шири од државе. Наиме, држава представља основни, или пак, оригинарни субјект међународног права, при чему има аутора који истичу да је свака суверена држава субјект међународног права с ничим ограниченом правном и дјелатном, тј. пословном способношћу. Такође, то су и готово све међународне организације јавног карактера, формиране од стране држава које се, неријетко, називају изведеним, односно деривативним субјектима, те признати устаници и народноослободилачки покрети као привремени субјекти који се боре за државност или за власт у некој држави. Значајно је нагласити да су међувладине организације творевине држава, а субјективитет устаника зависи од њиховог признања од стране држава.³⁷ У прошлости су то била и нека подручја и ентитети с посебним положајем, као што су вазалне државе од периода феудализма до XIX вијека (од 1856. године статус вазала имале су Србија, Влашка и Молдавија до Берлинског конгреса) и касније протекторати (од 1882. године Египат је био протекторат Велике Британије све до Првог свјетског рата), надаље, мандати у оквиру Друштва народа, до њиховог стицања пуне независности (нпр. Ирак, Палестина, Трансјорданија, Сирија и Либанон), као и Британски доминиони у периоду од процеса деколонизације, такође до стицања државности.³⁸

Поред наведених субјеката, међународно право је у периоду XX вијека препознало и појединца, и то у области људских права, која у неким државама појединци могу да уживају непосредно на основу правила међународног права.

³⁵ Наиме, Л. Диги је сматрао да друштвена норма обухвата економске, моралне и правне норме, при чему свака правна норма може бити и економска и морална, али не и обрнуто, док друштвена норма је та која обједињује све појединости.

³⁶ В. Ђ. Деган, такође, истиче да су неки писци били мишљења да је и Еуропска дунавска комисија засебан субјект, као нека врста „ријечне државе“, с обзиром да је своју власт вршила на дијелу Дунава“.

³⁷ Шире в. В. Ђ. Деган, исто.

³⁸ Наиме, као што је то примијетио Р. Етински у *Међународно јавно право*, Београд, 2010, стр. 111 до 120. „Поједини ентитети који нису државе, али који имају правну могућност да то постигну (државе *in statu nascendi*) располажу појединим елементима међународноправног субјективитета.“ Међутим, ово питање се посебно усложило у данашњим околностима прокламације „теорије превентивног рата“ и активне политике успостављања неопротектората. Такође, историјски посматрано, посебан међународни субјективитет уживали су народи у несамоуправним територијама сходно одредбама садржаним у поглављу XI Повеље ОУН, као и народи који су се нашли под системом старатељства (данас познати као протекторати) према одредбама садржаним у поглављу XII Повеље. Племена је, такође, уживало одређене елементе међународноправног субјективитета. У периоду колонијализма закључено је мноштво уговора између европских колонијалних сила и поглавара појединих афричких или азијских племена.

Овдје је ријеч о документима међународног права на које су се државе потписнице обавезале и који имају директно дејство и директну примјену у националним правним системима. Тако, нпр. на основу *Европске конвенције о људским правима и основним слободама*, држављани држава чланица Савјета Европе могу непосредно да се обрате Европском суду за људска права са сједиштем у Стразбуру, с циљем заштите личних права. Такође, појединци су непосредни адресати и међународних правила о злочинима против мира и човјечности, као и правила о забрани пиратерије на мору. Дакле, иако је то само у конкретним случајевима, појединац се, ипак, намеће као субјект међународног права, и то на основу процесне способности. Такође, у области космичког права и права мора, човјечанство је проглашено за субјекта права, на природна богатства Земљиног сателита, Мјесеца, као и на рудно богатство морског дна и подморја изван националне јурисдикције.³⁹ На основу овога можемо одредити човјечанство као још увијек дјелимичног субјекта међународног права.

Међутим, „под притиском економског развоја и рађања једне нове цивилизације, политичка заједница држава попушта и показује већи степен еластичности. На међународном плану појављују се постепено друге личности...“⁴⁰ тако да „брзи развој савремених међународних односа изазива све већу потребу за повећањем броја субјеката у међународном праву“. Управо стога, „данас се може говорити више о степену права и дужности које имају поједини субјекти у међународном праву, него о различитој природи правних субјеката.“⁴¹ Управо стога, С. Аврамов и М. Крећа истичу *Савјетодавно мишљење Међународног суда правде* од 11. априла 1949. године, по питању накнаде штете претрпљене у служби УН да „субјекти права у ма ком правном систему, нису нужно идентични по својој природи или по обиму својих права... њихова природа зависи од потреба заједнице“.⁴²

На основу наведеног, може се извести закључак да је појам субјекта међународног права вишезначан и свакако динамичан, те да под њим данас

³⁹ Наиме, Споразум о дјелатностима држава на Мјесецу и другим небеским тијелима прихваћен је 18. децембра 1979. године. Члан 11 Споразума дефинише: „Мјесец и његова природна богатства представљају заједничку баштину човјечанства. Државе уговорнице овог споразума се обавезују да установе међународни режим, укључујући ту и одговарајуће поступке, ради регулисања експлоатације природних извора Мјесеца онда када се појаве могућности такве експлоатације. Главни циљеви међународног режима који ће се установити, обухватиће: правичну диобу на све државе уговорнице користи која произваће из тих ресурса, при чему ће се посебно водити рачуна о интересима и потребама земаља у развоју, као и о напорима оних земаља које су непосредно допринијеле експлоатацији Мјесеца.“ Такође, члан 136 Конвенције ОУН о праву мора, од 10. децембра 1982, дефинише: „Зона и њена богатства су добро човјечанства.“ Чланом 137 предвиђено је да „сва права на богатства припадају човјечанству као цјелини у чије име дјелује Власт.“ Како човјечанство због непостојања одговарајућих органа није међународноправно дјелатно, државе су добиле улогу заступника човјечанства. Шире в. тумачење Р. Етински, исто, стр. 114.

⁴⁰ С. Аврамов - М. Крећа, цит.дј., стр. 73.

⁴¹ Б. М. Јанковић, цит. дј., стр. 2.

⁴² Исто, стр. 73.

можемо подразумевати; 1) *државе*, као основне – оригинарне субјекте; 2) *међународне организације*, као изведене – деривативне и 3.) *појединце*, као индивидуалне субјекте. Такође, поред овога, у XXI вијеку са сигурношћу можемо посвједочити постојању специфичних субјеката међународног права, као што су ентитети који посједују све елементе државности⁴³ (под плаштом међународности која се злоупотребљава у сврхе „непримјетног“ колонијализма појединих држава, понајвише западне хемисфере). То су организми који представљају субјект међународног права без реалне власти и политичке воље, на чијој територији је основни проблем правичност, која је далеко од легитимности. Тај примјер можемо сагледати, управо кроз случај Босне и Херцеговине, или, нпр. Републике Косово, и са сигурношћу, дефинисати један нови субјект међународног јавног права, различит од историјски познатих *субјеката сличних државама*, а то су неопротекторати.⁴⁴

Једна од највећих контроверзи у теорији међународног права јесте поимање човјечанства као субјекта, при чему се ради о *specialis* елементима међународноправног субјективитета, које у појединим случајевима човјечанство посједује. У том смислу човјечанство представља најопштији субјективитет у међународном праву.

⁴³ Протекторат представља специфичан однос између двије државе, гдје се, готово увијек под притиском политичке, економске, па и војне силе „слабија“ држава стављала под туторство „јаче“ државе. Темељ тог односа је међународни уговор који уређује односе између страна потписница, на основу чега је држава протектор требала да штити државу протекторат у односима са трећим државама, уз обављање послова међународног заступања те „слабије“ државе. Наиме, данас се неопротекторат успоставља под истим реалним околностима, међутим позитивно међународно право не дозвољава тај однос субординације, јер су на основу Повеље ОУН државе равноправне. Ипак, како јавним, тако и транснационалним токовима, данас се успоставља инструмент власти над признатим (сувереним) субјектима међународног права, и то најчешће на основу међународног уговора трећих држава – БиХ, Република Косово, Ирак, итд.

⁴⁴ М. Савић, *Споразум о специјалним паралелним односима; Дејтонски темељ односа Републике Српске и Републике Србије*, Зборник; *Двадесет година Републике Српске*, Београд, 2013. (у штампи) гдје се истиче, за разлику од, до сада познатих државних савеза – савеза држава, гдје су се конститутивне јединице одређивале као суверене стране, републике, области, или пак, као „државе у саставу“, у случају Босне и Херцеговине то мјесто су, по први пут заузели правно препознати организми, дефинисани као ентитети. Стога, можемо рећи да Босна и Херцеговина представља (један) јединствен савез конститутивних јединица, у којем положај државотворних чимбеника, заузимају (државно)правни субјекти који су дефинисани као ентитети, на основу чега можемо рећи да се ради о једној врсти ентитетске заједнице конфедералног карактера. Нећемо погријешити и ако кажемо да је Босна и Херцеговина заједница државотворних ентитета у покушају, јер је правна природа устава и присуство међународне заједнице, свакако чини неопротекторатом. Наравно, неопротекторатом у оној мјери, у којој високи представник иступа као структура власти.

Matej Savić

INTERNATIONAL PUBLIC LAW AND ITS SUBJECTS
- some of the theoretical determinations of international subjectivity -

Summary

The universality of the view on international law subjectivity can be parsed into two principal theoretical insights which have conditioned today's development, of modern ideas from the end of the 20th century. These are: voluntaristic and solidaristic insights. These two principal theories have the same starting point. On the basis of the main thesis of the voluntaristic direction, international law is based solely on will; that is on the consent of states, according to which states exclusively possess the subjectivity and the capacity to create international law as members of the international community. On the other hand, the international community according to the solidaristic viewpoint represents an universal creation where exist rules of general or, objective law which countries cannot dispute, and which still do not originate from natural law, but are uniform and determine the human kind as such. The postmodernist direction in the science of international law has appeared towards the end of the 20th century, as a reaction to the strict positivism, while it is determined on the criticism of absolute statism through which international law has developed. It can be concluded that the notion of international law subject is multifaceted and surely dynamic. Also, in the 21st century we can witness the existence of specific subjects of international law, such as entities that possess all elements of statehood, but are however not states in the real meaning of the word. This case can be seen timely through the case of Bosnia and Herzegovina, or for instance, so called Republic of Kosovo, and with certainty define a new subject of international public law, and these are neoprotectorates.

Key words: *international law subjectivity, capability, natural law, positive law, voluntarism, solidarism, postmodernism, state, entity.*

ПОСТУПЦИ УСКЛАЂИВАЊА ПРОПИСА СА *ACQUIS*-ЕМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И БУДУЋИ ИЗАЗОВИ

Душко Глодић*

Апстракт: Рад анализира процедурална питања усклађивања правног система Босне и Херцеговина са *acquis*-ем Европске уније и будуће изазове који стоје пред БиХ у овом поступку. Представљен је поступак у којем институције БиХ, њених ентитета – Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта БиХ, усклађују прописе из своје надлежности са *acquis*-ем Европске уније, као и инструменти за усклађивање и њихов значај у поступку. Указано је на утицај, који уставом утврђена подјела надлежности између различитих нивоа власти, има на усклађивање прописа. Сугерисано је да се успостави одговарајући институционални и процедурални оквир на нивоу кантона у Федерацији БиХ који такође имају значајна законодавна овлашћења. Надаље, указано је да будуће изазове у овом процесу представљају успостављање одговарајуће координације усклађивања прописа који се врши на различитим нивоима власти и планирање процеса усклађивања.

Кључне ријечи: Споразум о стабилизацији и придруживању, усклађивање права, *acquis* Европске уније, међународне организације, међународно јавно право, право Европске уније.

1. УВОД

Посебан изазов у процесу европских интеграције једне државе јесте усклађивање унутрашњег правног система са *acquis*-ем Европске уније. Институције Босне и Херцеговине су изразиле политичку посвећеност за приступање Европској унији. Тако Предсједништво Босне и Херцеговине је у Општим правцима и приоритетима за провођење спољне политике Босне и Херцеговине у оквиру приоритета спољне политике мултилатералне природе, утврдило да је: „*даље приближавање и институционализација односа са Европском унијом у складу са Процесом за стабилизацију и придруживање од*

* Дирекција за европске интеграције Савјета министара БиХ, Сарајево

*битног значаја за Босну и Херцеговину. Постизање Споразума о стабилизацији и придруживању ЕУ, а потом и његова потпуна примјена, треба да значајно допринесу укључивању БиХ у европске интеграционе токове.*¹

Сљедећа значајна потврда политичке одређености институција Босне и Херцеговине за унапређивање односа са Европском унијом, јесте закључивање свеобухватног међународноправног оквира у форми Споразума о стабилизацији и придруживању. Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране (у даљем тексту: ССП), преузета је међународна обавеза да се унутрашње право у областима које обухвата споразум усклађује са *acquis*-ем Европске уније.² Да би се ова обавеза успјешно остваривала потребно је успоставити одговарајуће поступке и институције надлежне за провођење и координацију процеса правне хармонизације.

Овај рад има за циљ да испита појам и значај усклађивања прописа у контексту европских интеграција, да појасни значај Споразума о стабилизацији и придруживању у процесу усклађивања прописа, затим, да појасни поступке за усклађивање правног система БиХ, њених ентитета (Републике Српске и Федерације БиХ) и Брчко Дистрикта БиХ, као и постојећи институционални оквир за провођење процеса правне хармонизације посебно имајући у виду природу Босне и Херцеговине, као сложене државне творевине. Коначно, рад указује на будуће изазове са којима ће се Босна и Херцеговина сустрести у процесу усклађивања прописа.

2. ЗНАЧАЈ УСКЛАЂИВАЊА ПРОПИСА СА *ACQUIS*-ЕМ У ПРОЦЕСУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Правна хармонизација са *acquis*-ем Уније има више аспеката. Први облик правног усклађивања са актима које усвоје институције Европске уније јесте усклађивање прописа држава чланица, што чини једну од кључних обавеза чланица ове међународне организације, будући да је Европска унија регионална међународна организација базирана на принципу интеграције која се

¹ Општи правци и приоритети за провођење спољне политике Босне и Херцеговине, Предсједништво Босне и Херцеговине, број: 01-645-30/03, Сарајево, 26. март 2003. И остали органи су усвојили одређене акте: Одлука Савјета министара БиХ о иницијативи за приступање Европској унији, „Службеник гласник БиХ,“ број 3/99; Резолуција Парламентарне скупштине о европским интеграцијама и Пакту стабилности, „Службеник гласник БиХ,“ број 12/99; Резолуција Парламентарне скупштине о убрзавању процеса приступања Босне и Херцеговине у чланство Европске уније, „Службеник гласник БиХ,“ број 27/08.

² Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори,“ број 10/08, до ступања на снагу ССП-а, примјењује се Привремени споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, с једне стране, и Босна и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори,“ број 5/08.

остварује преносом одређених надлежности са држава чланица на институције организације.³ Као такав, правни поредак настао у оквиру европске изградње представља: „нови правни поредак који уређује овлашћења, права и обавезе субјеката на које се примењује, као и поступке потребне за утврђивање и санкционисање сваке евентуалне повреде.“⁴ Ова констатација Суда правде неодољиво подсећа на дефиницију судске власти коју даје чувени конституционалиста Диги одређујући да је улога судске власти „да констатује постојање и домаћај једног правног правила или правне ситуације у случају повреде или оспоравања и да нареди мере неопходне за обезбеђење њиховог поштовања.“⁵ Ово директно указује на усвајање конституционалистичког дискурса у пракси Суда правде Европске уније у погледу дефинисања правне природе и дејства правног система насталог на темељима ранијих Европских заједница.

У савременој легислативној пракси држава чланица, постало је сасвим нормално да надлежни органи држава чланица воде рачуна о важећим прописима Европске уније приликом израде и усвајања унутрашњих правних аката. На тај начин, извори права Европске уније комплементирају изворе права држава чланица и са њима чине јединствену цјелину коју је неопходно узети у обзир приликом изучавања, тумачења и примјене права држава чланица. У овом контексту, треба имати у виду уредбе које усвајају институције Европске уније и које су, *per se*, директно примјениве у праву држава чланица. Надаље, Европска унија као регионална организација утемељена на принципу интеграције познаје велики број посебних политика које развијају државе чланице. Ове политике свој коначни израз углавном добијају у форми извора *acquis*-а Уније. Дакле, правни акти које израде и усвоје институције Европске уније омогућавају имплементацију политика Уније у пракси на нивоу држава чланица.⁶ Додатно овоме, ваља истаћи да пропуштање државе чланице Европске уније да правилно примјени прописе које усвоје институције Европске уније представља повреду оснивачких уговора и може довести до одговорности државе чланице у питању.⁷ Такође, потребно је имати у виду да државе чланице посредством

³ Члан 4, став 3, алинеја 2. Уговора о Европској унији (Treaty on European Union, Consolidated Version, *Official Journal of the European Union*, C 115/13, 9.5.2008.) предвиђа да ће државе чланице предузети све одговарајуће мјере, опште или посебне, да обезбиједи испуњавање обавеза које произилазе из оснивачких уговора или аката институција Европске уније. Шире види: Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Economica, Paris, 2002, pp. 20-21. Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, 8^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2009, pp. 671-672. Такође је слична констатација у пресуди Суда правде Европске уније: Case 26/62 *NV Algemene Transporten Expeditie Ondernemeng van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, [1963] ECR I.

⁴ Cases 90, 91/63 *Commission v. Luxembourg & Belgium*, [1964] ECR 1217, p. 1233.

⁵ Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, reprint Edition Panthéon-Assas, Paris, 2007, p. 88.

⁶ Louis Dubouis, Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, pp. 7-8.

⁷ Види шире: Trevory C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 322-326.

својих представника у институцијама Европске уније утичу на стварање права Европске уније и имају могућност да, у оквиру предвиђених легислативних поступака дефинисаних оснивачким уговорима, одлучују о усвајању појединих прописа.

Осим држава чланица, усклађивање правног система са *acquis*-ем врше и треће државе које са Унијом одржавају посебне односе сарадње. Ове државе, *grosso modo*, можемо подијелити у двије групе. Прву групу, чине оне државе које су са Унијом закључиле одговарајуће споразуме о придруживању или неке друге уговоре из којих произилази обавеза усклађивања њиховог правног система са правом Европске уније у оним областима у којима је то договорено. Ово усклађивање је релативно ограниченог карактера. Другу групу, чине државе чији је циљ да постану чланови ЕУ те имају статус потенцијалних кандидата и кандидата за чланство, а институције ЕУ са овим државама развијају односе у оквиру политике проширења Европске уније. Проширење Европске уније и укључивање нових држава чланица у правни систем ове организације захтева значајне подухвате претходног правног, политичког и економског усклађивања ради стварања услова неопходних за испуњавања права и обавеза проистеклих из чланства у Унији.⁸ Сходно томе, ове државе, усклађивање правног система обављају на један систематски и свеобухватан начин са циљем да до стицања чланства инкорпоришу *acquis* у свој унутрашњи правни систем.

Копенхагеншки критерији, као оквир који одређује основне услове за приступање Европској унији, су признали посебан значај усклађивању правног система у контексту приступања Европској унији, утврдивши да државе кандидати морају доказати *способност да преузму обавезе чланства, укључујући поштивање циљева политичке, економске и монетарне уније*.⁹ Овај критериј се тумачи као обавеза усклађивања са правним тековинама, односно *acquis*-ем Европске уније.

Усклађивање прописа са становишта државе која није чланица Европске уније се може дефинисати као једностранни процес у којем трећа држава преузима страни правни систем (у чијем стварању нема могућности да учествује), у свој национални (унутрашњи) правни систем.¹⁰ Дакле, ради се о пасивном преузимању прописа Уније, односно *acquis*-а, од стране органа државе кандидата, потенцијалног кандидата или било које треће државе. У питању је пасивна хармонизација, јер трећа држава која усклађује свој правни систем, за разлику од држава чланица Европске уније, не може ни на који начин да утиче на законодавство које преузима. Оваква ситуација, *de facto* значи да је стварни законодавац у погледу оних аката који су обухваћени политикама из надлежности Европске уније смјештен у Бриселу. На тај начин се сразмерно степену

⁸ О политици проширења шире види: http://europa.eu/pol/enlarg/index_fr.htm, 01.05.2013.

⁹ Conclusions of the Copenhagen European Council: Bull. 6-1993, point I.13.

¹⁰ Adam Lazowski, *Adaptation of the Polish legal system to European Union law: Selected aspects*, Working paper No. 45, Sussex European Institute, p. 8.

усклађивања унутрашњег правног система треће државе сужава и њена слобода да регулише оне друштвене односе који су обухваћени одредбама *acquis*-а. У ширем контексту посматрано, могло би се рећи, да ова тенденција да се слиједи јединствени правни режим, односно скуп правних рјешења утврђених на нивоу Европске уније одражава реминисценцију историјске појаве дефинисања скупа прописа означених као *ius commune*.¹¹

Унутрашње право се усклађује са *acquis*-ем Уније који је у пракси проширења означен као: „ауторитативно постављен услов за прво проширење и након тога за свако будуће проширење.“¹² *Acquis* се може дефинисати као скуп свих стварних и потенцијалних права и обавеза које проистичу из политичког и правног система Европске уније и њеног институционалног оквира. Ова права и обавезе које повезују све државе чланице у једну цјелину у оквиру Европске уније, не подразумевају искључиво правне акте (примарне и секундарне), већ и заједничке циљеве утврђене оснивачким уговорима, као и документе политичке природе и тзв. *soft law*.¹³ *Acquis* чине сљедеће врсте аката: оснивачки уговори, секундарни акти које доносе институције Уније (прије свега уредбе, директиве и одлуке), међународни уговори чија је страна уговорница Унија, јуриспруденција Суда правде Европске уније, документи усаглашени у оквиру претприступних преговора и широк концепт политичких циљева оснивачких уговора.¹⁴ Због релативне комплексности, ради ефикасније примјене и преузимањем *acquis* је подијељен у тзв. преговарачка поглавља чији се број, развојем *acquis*-а постепено повећавао да би у вријеме закључења приступних преговора са Хрватском постојало 35 ових поглавља.¹⁵

3. МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБАВЕЗА УСКЛАЂИВАЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА ACQUIS-ЕМ

Споразум о стабилизацији и придруживању, односно Привремени споразум о трговини и трговинским питањима, садржи широк скуп питања у којима се успоставља сарадња између Европске уније и њених држава чла-

¹¹ Никола Мојовић, *Римско право – историја римског права*, Књига 1, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2008, стр. 527.

¹² Knud Erik Jørgensen, 'The Social Construction of the Acquis Communautaire: A Cornerstone of the European Edifice', p. 9, available at: <http://eiop.or.at/eiop/texte/1999-005.htm>, 24.04.2013.

¹³ Hans Lindahl, 'Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order,' *European Law Journal*, 9 (2003) 4, p. 434. Осим овога, треба истаћи да *acquis* посједује не само материјалну, већ и институционалну страну, те се проводи како на нивоу прописа, тако и путем успостављање адекватне институционалне структуре. Види: Loïc Azoulai, 'The Acquis of the European Union and the International Organizations,' in: *European Law Journal*, Vol. 11, No. 2, 2005, p. 198.

¹⁴ Goebel Roger, 'The European Union grows: the constitutional impact of the accession of Austria, Finland and Sweden,' *Fordham International Law Journal*, 18(4), 1995, p. 1143.

¹⁵ Листу преговарачких поглавља види на: http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/chapters-of-the-acquis/index_en.htm, 01.05.2013.

ница, са једне стране, и Босне и Херцеговине, са друге стране. Као такав, овај међународноправни оквир представља механизам унутар којег се омогућава унапређење односа између страна и постепеног приближавања политичког, правног и економског система Босне и Херцеговине вриједностима, прописима и стандардима утврђеним *acquis*-ем Европске уније.

Овај вид сарадње између страна уговорица је предидејљен правном природом Споразума о стабилизацији и придруживању који улази у категорију споразума о придруживању. Наиме, узимајући у обзир вишедеценијску праксу Европске уније и ранијих Европских заједница, споразуми о придруживању се закључују са трећим државама са циљем унапређења цјелокупне сарадње, што се остварује успостављањем асоцијације (придруживања) које почива на реципрочним правима и обавезама, заједничким акцијама и посебним процедурама (члан 217. Уговора о функционисању Европске уније). Посебан значај Споразум о стабилизацији и придруживању, има, због свог карактера мјешовитог уговора, јер су његове уговорнице не само Унија и трећа држава, већ и државе чланице Уније. Овој правној форми се прибјегава, јер питања обухваћена мјешовитим уговором улазе не само у надлежност Уније, већ и у надлежност држава чланица. Као такви, мјешовити уговори су посебна правна форма која омогућује да Европска унија и њене државе чланице, преговарају, закључују и проводе међународне уговоре који се *ratione materiae* односе на питања која спадају у надлежност и Уније и држава чланица.¹⁶

У контексту овог рада, осврнућемо се на обавезу усклађивања правног система Босне и Херцеговине са правним системом Европске уније као једном од обавеза које проистичу из Споразума о стабилизацији и придруживању. Ова обавеза је утврђена чланом 70. ССП-а у тзв. хармонизацијској клаузули. Хармонизацијска клаузула је оредба споразума која утврђује обавезу хармонизације, обим хармонизације и приоритете и динамику процеса усклађивања, дефинише механизме програмирања и мониторинга процеса усклађивања законодавства. Као такав, члан 70. Споразума о стабилизацији и придруживању предвиђа:

„1. Стране признају важност усклађивања постојећег законодавства Босне и Херцеговине са законодавством Заједнице, као и његове ефикасне примјене. Босна и Херцеговина ће настојати да обезбиједи постепено усклађивање својих постојећих закона и будућег законодавства са правном тековином (*acquis*) Заједнице. Босна и Херцеговина ће обезбиједити прописну примјену и спровођење постојећег и будућег законодавства.

2. Усклађивање ће почети даном потписивања овог споразума и постепено ће се проширивати на све елементе правне тековине (*acquis*) Заједнице из овог споразума до краја прелазног периода дефинисаног чланом 8. овог споразума.

¹⁶ Panos Koutrakos, 'The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure,' in: *European Foreign Affairs Review*, Vol. 7, 2002, p. 25.

3. Усклађивање ће се у својој раној фази фокусирати на основне елементе правне тековине (*acquis*) који се односе на унутрашње тржиште као и на друге области везане за трговину. У каснијој фази, Босна и Херцеговина ће се фокусирати на преостале дијелове правне тековине (*acquis*) Заједнице.

Усклађивање ће се спроводити на основу програма који ће договорити Европска комисија и Босна и Херцеговина.

4. Босна и Херцеговина ће такође у договору са Европском комисијом детаљно договорити на који ће начин пратити поступак усклађивања законодавства и радњи које треба преузети у спровођењу закона.“

Анализирајући цитирану одредбу можемо закључити да члан 70, став 1. Споразума, јасно утврђује обавезу усклађивања законодавства у Босни и Херцеговини са прописима Европске уније. Став 2. истог члана, утврђује, да ће усклађивање почети даном потписивања ССП-а. Споразум успоставља читав низ обавеза са циљем усклађивања правног, економског и политичког система придружене државе са одговарајућим захтјевима *acquis*-а, али и поставља одређену динамику и приоритете процеса усклађивања. С обзиром на обимност обавезе хармонизације, одређене су приоритетне области које имају директан додир са остварењем четири слободе и са успостављањем унутрашњег тржишта. Обавеза усклађивања се постепено проширује на све елементе *acquis*-а, што значи да се усклађивање врши са свим оним изворима права ЕУ који су релевантни за примјену споразума о придруживању. Члан 70, став 3.1. Споразума о стабилизацији и придруживању даје приоритет основним елементима комунитарног законодавства који се односе на унутрашње тржиште као и на друге области везане за трговину. У складу с тим, усклађивање ће почети од области конкуренције и државне помоћи, интелектуалне својине, јавних набавки, стандардизације, метрологије, овлашћења и оцјене усклађености, заштите потрошача, права привредних друштава, рачуноводственог права, финансијских услуга, друмског саобраћаја, заштите здравља и безбједности на раду, заштите података и успостављања једнаких могућности за жене и мушкарце.¹⁷ Ова врста приоритизације је разумљива уколико се сагледа базни елемент европског интеграционог процеса. Кључни елемент европских интеграционих процеса је успостављање унутрашњег тржишта између држава чланица Европске уније. С тога је, зарад његовог несметаног функционисања, веома битно, да се сва правила која се тичу привредних активности обухваћених надлежностима Европске уније, тумаче и примењују на једнак начин у свим државама чланицама Европске уније.¹⁸

Потписивањем овог споразума Босна и Херцеговина је преузела међународноправну обавезу да од дана потписивања ССП-а (16.06.2008.), обе-

¹⁷ Одговарајући плански акт који је усвојио Савјет министара БиХ је Програм мјера за провођење Привременог споразума /ССП-а (период од 1.1.2012. – 31.12.2012. године), преузети на: http://www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/ssp/Archive.aspx?template_id=88&pageIndex=1, 01.05.2013.

¹⁸ Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 108.

збиједи, постепено усклађује своје постојеће и будуће законодавство са законодавством Уније. Постепено усклађивање омогућава да се изврши квалитетно планирање реализовања ове међународне обавезе. У смислу овог споразума, појам законодавство треба посматрати као скуп свих општих правних аката које доноси једна држава. Носиоци обавезе усклађивања прописа су сви органи власти на одговарајућем нивоу власти и у оквиру уставом додијелиених надлежности за доношење општих правних аката: законодавни органи (Парламентарна скупштина БиХ, Народна скупштина Републике Српске, Парламент Федерације БиХ и законодавна тијела Брчко Дистрикта и кантона), извршна власт (Савјет министара БиХ, ентитетске владе, Влада Брчко Дистрикта и кантоналне владе) и органи управе (министарства и управне организације на свим нивоима власти).

На овом мјесту треба указати да обавеза усклађивања обухвата како постојеће, тако и будуће прописе који се доносе у Босни и Херцеговини. У погледу прописа који ће се усвајати у будућности, а који *ratione materiae* улазе у она питања која су уређена *acquis*-ем Уније, према нашем тумачењу постоји забрана усвајања прописа који би били супротни прописима Уније. О поштивању обавезе усклађивања прописа, које треба да усвоје институције на свим нивоима власти у Босни и Херцеговини води се рачуна у оквиру поступака за усклађивање прописа. О конкретним аспектима овог поступка биће ријечи у наредним редовима.

4. ПИТАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ И УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Босна и Херцеговина је сложена државна творевина која се према члану I, став 3. Устава БиХ¹⁹ састоји од два ентитета Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, стога је важно размотрити уставноправни оквир у коме се остварује усклађивање унутрашњих прописа са *acquis*-ем. Према члану III, став 1. Устава БиХ следећа питања спадају у надлежност институција Босне и Херцеговине: спољна политика, спољнотрговинска политика, царинска политика, монетарна политика, финансирање институција и међународних обавеза БиХ, политика и регулатива за усељавање, избјеглице и азил, провођење међународних и међуентитетских кривичноправних прописа, укључујући и односе са Интерполом, успостављање и функционисање заједничких и међународних комуникација, регулисање саобраћаја између ентитета и контрола ваздушног саобраћаја. Став 3. овог члана предвиђа да *све владине функције*

¹⁹ Текст Устава БиХ на веб сајту Канцеларије високог представника у БиХ http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372, 1.7.2011. Напомињемо да Устава БиХ, који је Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски споразум) није званично преведен на службене језике у БиХ, нити је објављен у „Службеном гласнику БиХ.“ С тога се као референца најчешће користи текст објављен на сајту Канцеларије високог представника.

и овлашћења, која нису овим Уставом изричито дата институцијама Босне и Херцеговине, припадају ентитетима. Ова одредба је од значаја, јер подјела надлежности између БиХ и ентитета утиче на процес усклађивања прописа са *acquis*-ем у том смислу што се усклађивање врши на оном нивоу коме је повјерена законодавна надлежност у одређеном питању.

Амандманом I на Устав БиХ је, између осталог, утврђено: „Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине ... јединица је локалне самоуправе са властитим институцијама, законима и прописима, и са овлашћењима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези са међуентитетском линијом разграничења у области Брчког.“²⁰ Према томе, Брчко Дистрикт има законодавна овлашћења и доноси своје законе и подзаконске акте у областима за које су надлежни ентитети. Такође, у оквиру Федерације Босне и Херцеговине постоји десет кантона који имају одговарајуће надлежности у областима које су им додијелене Уставом Федерације БиХ.²¹ Из овога јасно слиједи, да се усклађивање прописа у БиХ треба да врши на више нивоа власти и сваки ниво власти преузима онај дио *acquis*-а који се *ratione materiae* односи на питања из његове надлежности.

Из наведеног се види да се процес усклађивања прописа у Босни и Херцеговини одвија на свим нивоима власти у складу са њима додељеним надлежностима: на нивоу заједничких институција Босне и Херцеговине, на нивоу ентитета и Брчко Дистрикта, као и на нивоу кантона у оквиру Федерације Босне и Херцеговине.

5. ИНСТИТУЦИОНАЛНИ И ПРОЦЕДУРАЛНИ АСПЕКТИ УСКЛАЂИВАЊА ПРОПИСА СА *ACQUIS*-ЕМ УНИЈЕ

Усклађивање прописа у Босни и Херцеговини и обавеза међународно-правног карактера, коју је ова државе преузела у погледу преузимања *acquis*-а у унутрашњи правни систем, имплицира и обавезу успостављања адекватног институционалног оквира и поступака који ће омогућити правилно реализовање ове обавезе. У ширем контексту посматрана, ова обавеза представља један од сегмената провођења адекватног прилагођавања јавне управе захтјевима проистеклим из процеса европских интеграција. На овај начин се обавља и одређена врста административног прилагођавања у процесу приближавања Босне и Херцеговине Европској унији.

Иако је међународноправна уговорна обавеза усклађивања прописа Босне и Херцеговине са правом Европске уније, настала тек потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању, процес усклађивања унутрашњих про-

²⁰ Амандман I на Устав БиХ, „Службени гласник БиХ,“ број 28/09.

²¹ Види: Поглавље III Устава Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације БиХ,“ број 1/94.

писа почео је прије потписивања овог споразума. Тако је Савјет министара БиХ 2003. године је усвојио Одлуку о процедурама у поступку усклађивања законодавства Босне и Херцеговине са *acquis communautaire*²², којом одлуком је уведена обавеза за сва министарства, управне организације и институције на нивоу Босне и Херцеговине да своје прописе усклађују са изворима права Европске уније. На тај начин су заједничке институције БиХ биле обавезане да прописе које предлажу или усвајају, усклађују са *acquis*-ем. Ова фаза усклађивања се назива добровољно-обавезујућа хармонизација, добровољна, јер није постојала међународноправна обавеза за хармонизацију, али обавезујућа у смислу унутрашњег права.²³ Касније су владе оба ентитета и Брчко Дистрикта усвојиле одговарајуће подзаконске акте којима се уређује поступак усклађивања прописа које доносе њихове институције.

У процесу усклађивања учествује неколико актера. Обрађивач нацрта или приједлога акта којим се преузима одређени извор *acquis*-а, су ресорна министарства и други органи управе, затим контролна институција која оцјењује усклађеност приједлога или нацрта акта са *acquis*-ем и о томе даје стручно правно мишљење²⁴ и коначно онај орган који усваја један такав правни акт.

5.1. Усклађивање прописа на нивоу Босне и Херцеговине

На нивоу Босне и Херцеговине је успостављен институционални оквир за координацију процеса хармонизације. Према члану 23, став 1. Закона о Савјету министара БиХ Дирекција за европске интеграције, као стално тијело Савјета министара задужено за координацију процеса европских интеграција земље, *inter alia*, врши послове који се односе на усклађивање активности органа власти у БиХ, надзор над провођењем одлука које доносе надлежне институције у БиХ а које се односе на све одговарајуће активности потребне за европске интеграције.²⁵ Надаље, тачка III Одлуке Савјета министара БиХ о

²² Одлука Савјета министара БиХ о процедурама у поступку усклађивања законодавства Босне и Херцеговине са *acquis communautaire*, „Службени гласник БиХ,“ број 44/03.

²³ Савјет Европске уније је политичку обавезу за усклађивање прописа наметао у форми Европског партнерства као акта који усваја Савјет Европске уније и којим се дефинишу приоритети које држава којој се упућује партнерство треба да испуни да би се унаприједили односи са Европском унијом. Види: Council Regulation (EC) No 533/2004 of 22 March 2004 on the establishment of Europa partnership in the framework of the stabilisation and association process, Official Journal of the EU, L 86. Такође види: Група аутора, *Приручник за усклађивање прописа Босне и Херцеговине са прописима Европске уније*, Дирекција за европске интеграције, Сарајево, 2005, стр. 59-66.

²⁴ Независно од процеса усклађивања са *acquis*-ем, правна мишљења о усаглашености приједлога и нацрта прописа са правним системом БиХ израђује Канцеларија за законодавство која је посебно стално тијело Савјета министара БиХ. Види члан 25 Закона о Свајету министара Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ,“ бр. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07, 24/08. и Одлука о Канцеларији за законодавство, „Службени гласник БиХ,“ број 45/04.

²⁵ Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ,“ бр. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07, 24/08.

Дирекцији за европске интеграције одређује да је Дирекција, *inter alia*, надлежна за координацију послова на усклађивању правног система БиХ са *acquis communautaire*.²⁶ Конкретно учешће Дирекције за европске интеграције у процесу усклађивања прописа је омогућено одредбом члана 31, став 1, тачка ф) Пословника о раду Савјета министара БиХ²⁷ који предвиђа обавезу обрађивача да у припреми нацрта и приједлога закона и приједлога подзаконских аката, прије достављања истих на разматрање Савјету министара, прибаве мишљење од Дирекције за европске интеграције о усклађености ових аката са *acquis*-ем. Обрађивач обавезно усклађује текст акта са овим мишљењем, или, уколико не угради налазе из мишљења о томе је дужан да да изјашњење (члан 31, став 2. Пословника о раду Савјета министара).

Дакле, на овај начин су сви обрађивачи аката које усваја или чији приједлог утврђује Савјет министара, уколико акте усваја Парламентарна скупштина БиХ или Предсједништво БиХ, дужни да прибаве мишљење Дирекције за европске интеграције којим се оцјењује усклађеност аката са релевантним изворима права Европске уније. Овим одредбама је створен одређени оквир који треба да омогући да израђени приједлози правних аката буду усаглашавањем са правом Европске уније.

На нивоу БиХ је поступак усклађивања прописа био првобитно уређен Одлуком Савјета министара из 2003. године.²⁸ Међутим, након потписивања ССП-а, настала је потреба да се усвоји нови акт који ће детаљније и свеобухватније уредити ову проблематику. Савјет министара БиХ је 25. јануара 2011. године усвојио Одлуку о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis*-ем) ЕУ (у даљем тексту: Одлука о инструментима).²⁹ Ступањем на снагу ове одлуке престала је да важи ранија одлука из 2003. године. Члан 2. Одлуке о инструментима предвиђа обавезу министарстава, институција и руководиоца органа управе, када они доносе одређене прописе, да припреме инструменте за усклађивање законодавства: изјаву о усклађености и упоредни приказ. Нацрт и приједлог прописа, су инструменти који се достављају Дирекцији за европске интеграције, која израђује мишљење о усклађености. Приједлози и нацрти прописа којима се врши усклађивање морају бити обиљежени ознаком „Е“, ради једноставнијег идентификовања њиховог значаја у даљем поступку усвајања. Такође, битна је новина да су одлуком обавезани министри и други руководиоци других ор-

²⁶ Одлука Савјета министара БиХ о Дирекцији за европске интеграције, „Службени гласник БиХ,“ број 41/03.

²⁷ Пословник о раду Савјета министара Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ,“ број 22/03.

²⁸ Одлука Савјета министара БиХ о процедурама у поступку усклађивања законодавства Босне и Херцеговине са *acquis communautaire*, „Службени гласник БиХ,“ број 44/03.

²⁹ Одлука о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis*-ем) ЕУ, „Службени гласник БиХ,“ број 23/11.

гана управе да на оцјену усклађености достављају и оне акте које они сами доносе, што није било предвиђено ранијом одлуком, јер Пословник о раду Савјета министара једино обавезује на прибављање мишљења за оне акте које он усваја или чији приједлог, полазећи од нацрта, утврђује, уколико ове акте усваја Предсједништво БиХ или Парламентарна скупштина.

Члан 3. Одлуке о инструментима предвиђа да Дирекција за европске интеграције враћа предлагачу на дораду нацрт или приједлог прописа уз који нису приложени инструменти за усклађивање, или су исти неуредно попуњени. Дирекција је обавезна да предлагачу пружа стручну помоћ при попуњавању инструмента за усклађивање, као и то да прати примјену одлуке и о томе извјештава Савјет министара (члан 4. Одлуке о инструментима). Постоји опасност да ресорна министарства и други органи управе ову помоћ схвате екстензивно, те да сматрају, да она подразумијева да Дирекција треба да директно учествује у изради инструмената.

Похвално је то што Одлука садржи обиман Анекс са упутствима за попуњавање инструмената за усклађивање – упоредног приказа и изјаве о усклађености. Упоредни приказ представља табеларни преглед подударности одредаба нацрта, односно приједлога прописа са релевантним изворима *acquis*-а. Изјава о усклађености је овјерени табеларни приказ у коме су наведени сви акти са којима је нацрт, односно приједлог прописа усклађиван као и остале релевантне информације.³⁰ Непостојање оваквих упутстава је био основни недостатак Одлуке из 2003. године која ово техничко питање није регулисала, осим што је предвидјела обавезу да се инструменти попуњавају. Пракса је показала да постоји значајно неразумијевање обавезе попуњавања инструмената, што је резултовало тиме да су инструменти били неправилно попуњавани или уопште нису попуњавани. Инструменти за усклађивање су значајни не само у фази усвајања прописа, они су битни и у праћењу провођења Споразума о стабилизацији и придруживању, као и за мониторинг остваривања програма преузимања *acquis*-а (члан 70, став 4. Споразума)³¹ када овај програмски документ буде усвојен. Такође, инструменти за усклађивање се користе као доказ који се подноси Европској комисији о преузимању *acquis*-а, и то су кључни документи који се користе у процесу *screening*-а прописа државе кандидата, у контексту приступних преговора.³²

³⁰ Видјети више: Анекс Одлуке о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis*-ем) ЕУ, „Службени гласник БиХ,“ број 23/11.

³¹ Члан 70, став 4. Споразума о стабилизацији и придруживању гласи: Босна и Херцеговина ће такође у договору са Европском комисијом детаљно договорити на који ће начин пратити поступак усклађивања законодавства и радњи које треба предузети у спровођењу закона.

³² О приступним преговорима види шире: David Phinnemore, 'From Negotiations to Accession: Lessons from the 2007 Enlargement,' in: *Perspectives on European Union Politics and Society*, Vol. 10, No. 2/June 2009, pp. 242-246.

5.2. Усклађивање прописа на нивоу ентитета и у Брчко Дистрикту

Поступци усклађивања прописа који смо описали обавезује једино заједничке институције Босне и Херцеговине. Међутим, с обзиром да је највећи дио надлежности на нивоу ентитета, ради стицања потпуног увида у разматрано питање, битно је указати и на поступке усклађивања прописа на ентитетском нивоу и на нивоу Брчко Дистрикта.

Република Српска

Поступак усклађивања прописа у Републици Српској уређен је Одлуком Владе Републике Српске о поступку усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније и правним актима Савјета Европе³³ која предвиђа обавезу министарстава и других републичких органа да усаглашавају приједлоге закона, других прописа и општих аката са *acquis-ем* (правном тековином ЕУ) и правним актима Савјета Европе, као и обавезу попуњавања инструмената за усклађивање – изјаве о усклађености и упоредног приказа (тачка III до тачка VI Одлуке).³⁴ Похвално је, што овај акт уређује и поступак усаглашавања са актима Савјета Европе, чиме се обезбјеђује адекватан процедурални оквир за усаглашавање правног система Републике Српске у ширем контексту европских интеграционих процеса. Стручно правно мишљење о усклађености израђује Министарство за економске односе и регионалну сарадњу Републике Српске, које је у погледу координисања процеса европских интеграција на нивоу ентитета пандан Дирекцији за европске интеграције Савјета министара БиХ.

Тачка II ове одлуке обавезује републичке органе управе да координирају са Министарством за економске односе и регионалну сарадњу, израде планове прописа којима се врши правно усклађивање. Сматрамо да је регулисање ове обавезе значајно за успостављање планираног и системског приступа проце-

³³ Одлука Владе РС о поступку усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније и правним актима Савјета Европе, („Службени гласник РС,“ број 46/2011). Влада РС је 2007. године усвојила Одлуку Владе Републике Српске о поступку и начину усклађивања законодавства Републике Српске са законодавством Европске уније (*acquis communautaire*), „Службени гласник РС,“ број 81/07, која се примјењивала до ступања на снагу Одлуке из 2011. године.

³⁴ Министар за економске односе и регионалну сарадњу у Влади Републике Српске донио је 2007. године Упутство за израду упоредног приказа о усклађености нацрта, односно приједлога закона, другог прописа и општег акта са *acquis communautaire* и Упутство за израду изјаве о усклађености нацрта, односно приједлога закона, другог прописа и општег акта са *acquis communautaire* чиме је детаљно прописано попуњавање инструмената за усклађивање, („Службени гласник РС,“ број 107/07).

су усклађивања прописа те да би било потребно да одлуке које уређују овај поступак на другим нивоима власти садрже идентичну обавезу за обрађиваче приједлога/нацрта правних аката. Такође, као посебан квалитет ове одлуке треба нагласити да у прилогу I садржи Методологију усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније. Слично рјешење би требало преузети и у одлукама које уређују овај поступак на другим нивоима власти.

Федерација Босне и Херцеговине

Влада Федерације БиХ је 2007. године у Уредби о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за законодавство и усклађеност са прописима Европске уније³⁵ уредила, између осталог, питање усклађивања прописа са *acquis*-ем. Члан 3. ове Уредбе прописује да Уред даје Влади Федерације стручно правно мишљење о прописима које усвајају институције овог ентитета са становишта њихове усклађености са унутрашњим правом Федерације БиХ и законодавством ЕУ. Федерална министарства и други органи управе, као обрађивачи, дужни су да сачине инструменте за усклађивање – упоредни приказ и изјаву о усклађености. Уред је обавезан, у смислу става 3, члана 3. Уредбе да у вршењу послова из домена усклађивања прописа пружа стручну помоћ ресорним институцијама, сарађује са Дирекцијом за европске интеграције Савјета министара БиХ и другим домаћим и међународним институцијама. Напомињемо да, за разлику од Босне и Херцеговине и Републике Српске, у овом органу су обједињене улога оцјењивања усклађености приједлога или нацрта одређеног прописа како са аспекта усклађености са унутрашњим, тако и са аспекта усклађености са правом Европске уније. На нивоу БиХ и у Републици Српској су ове улоге одвојене, а координација усклађивања прописа са *acquis*-ем је додијељена тијелима која врше све координационе послове у процесу европских интеграција. У случају Федерације БиХ, Уред учествује у процесу европских интеграције једино у домену координације усклађивања и оцјене усклађености прописа са *acquis*-ем. Као недостатак оваквог поступка усклађивања могло би се истаћи то што ниједним актом није прописана садржина и методологија попуњавања инструмената о усклађености.

Будући да у Федерацији БиХ постоји и кантонални ниво власти којем Устав ФБиХ додјељује значајне надлежности, потребно је и на овом нивоу успоставити адекватне поступке за усклађивање прописа. Такође, посебан изазов који стоји пред кантоналним и федералним институцијама, јесте да обезбиједи координацију процеса усклађивања прописа која се обавља у појединим кантонима.

³⁵ Уредба о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за законодавство и усклађеност са прописима Европске уније – пречишћени текст, „Службене новине Федерације БиХ,“ број 49/07.

Брчко Дистрикт

Влада Брчко дистрикт БиХ је прописала поступак усклађивања прописа из надлежности дистрикта са *acquis*-ем у Одлуци Владе Брчко дистрикта о процедурама у поступку прилагодбе прописа Брчко дистрикта БиХ са *acquis communautaire*.³⁶ Према члану 4. ове одлуке, институције су дужне да припремају планове за усклађивање правних прописа са *acquis*-ем. Предвиђено је да се овај план заснива на обавезама утврђеним у акционим плановима за имплементацију Споразума о стабилизацији и придруживању и Привременог споразума. Одсјек за европске интеграције Сектора за правне послове Владе Брчко дистрикта БиХ врши провјеру усклађености нацрта прописа и о томе даје правно мишљење. Обрађивач нацрта правног аката је дужан да користи инструменте за усклађивање: упоредни приказ и изјаву о усклађености.

Према члану 5. Одлуке, овај Одсјек је упознат са радом радних група за израду прописа које га о томе обавјештавају. Одсјек је дужан да припреми преглед релевантних извора *acquis*-а које ова радна група треба да има у виду приликом израде нацрта прописа. На овај начин је омогућено учешће Одсјека и у фази прије достављања нацрта/приједлога прописа на оцјену усклађености, што омогућава и превентивно дјеловање да би се избјегла евентуална неусаглашеност са прописима Европске уније.

Специфичност ове Одлуке јесте да предвиђа да Одсјек за европске интеграције даје три врсте мишљења (члан 10. Одлуке). Позитивно мишљење се даје у случају да је примијењена методологија усклађивања прописа и имплементирана одредба *acquis*-а. Ово мишљење се практично даје у случају када је остварено потпуно усклађивање прописа са *acquis*-ем. Условно позитивно мишљење се даје уколико је примијењена методологија усклађивања прописа, али није потпуно преузет релеванти извор *acquis*-а. Овдје је ријеч о тзв. дјелимичној усклађености. Трећи вид мишљења је негативно мишљење, које се даје уколико није примијењена методологија усклађивања прописа са *acquis*-ем.

6. УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА: НЕРИЈЕШЕНА ПИТАЊА И БУДУЋИ ИЗАЗОВИ У ПРОЦЕСУ УСКЛАЂИВАЊА ПРОПИСА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

На основу изнесене анализе можемо извести одређене закључке о постојећим поступцима за усклађивање прописа са *acquis*-ем. У Босни и Херцеговини постоји више нивоа власти на којима се усвајају прописи и на којима

³⁶ Одлука Владе Брчко дистрикта о процедурама у поступку прилагодбе прописа Брчко дистрикта БиХ са *acquis communautaire* („Службени гласник БД БиХ,“ број 25/09).

се, сходно уставној структури, врши и њихово усклађивање са *acquis*-ем. Сагледали смо процедуре које су успостављене на нивоу заједничких институција Босне и Херцеговине и оба ентитета, као и на нивоу Брчко Дистрикта. Важећи акти предвиђају и детаљно уређују поступак за усклађивање прописа. Посебно су дефинисане институције које врше провјеру усклађености нацрта и приједлога правних аката са *acquis*-ем Европске уније. Своју оцјену релевантне институције дају у форми правног мишљења које узима у обзир, али чијом садржином није обавезан доносилац прописа. Такође, дефинисани су и инструменти за усклађивање које израђује обрађивач прописа. На основу ових инструмената, контролни орган израђује правно мишљење којим оцјењује степен усклађености нацрта/приједлога акта и правилности примјене инструмената. Начин на који су поступци уређени се чини задовољавајућим. Такође, треба истаћи да је на различитим нивоима власти улога контролног органа додијељена различитим институцијама. На нивоу Босне и Херцеговине, ову улогу обавља стално тијело Савјета министара као извршног органа, у Републици Српској је контролна улога повјерена једном министарству. У Федерацији БиХ је ова улога додијељена институцији која је задужена за општу провјеру квалитета и законитости прописа, а слично рјешење је успостављено и у Брчко Дистрикту.

Као основни недостатак постојећег система уочава се непостојање прописаног поступка за усклађивање прописа на нивоу кантона унутар Федерације БиХ. Будући да су органи на кантоналном нивоу власти, у домену својих надлежности, такође носиоци обавезе из члана 70. Споразума о стабилизацији и придруживању, нужно је, да се ради *bona fide* испуњавања ове обавезе отклоне ови недостаци. Стога је потребно, да се на нивоу кантона успоставе адекватне процедуре за усклађивање прописа из њихове надлежности са *acquis*-ем Европске уније. При томе, треба имати у виду да је правилно провођење процеса усклађивања прописа захтијеван у кадровском смислу, те је потребно да се изнађу адекватни модалитети који су у складу са Уставом Федерације БиХ.

Надаље, у погледу усклађивања прописа са *acquis*-ем, није успостављен одговарајући систем координације усвајања прописа којима се преузимају исти акти Европске уније од стране ентитета, односно од стране кантона у оквиру Федерације БиХ њиховим правним актима. Пошто се у пракси јавља да исти правни акт Европске уније преузимају надлежни органи ентитета, односно кантона, сходно њиховој надлежности, потребно је да се приликом преузимања у унутрашње правне прописе обезбиједи интерна кохерентност правног система. Један од начина превазилажења овог изазова јесте успостављање ефективног и ефикасног механизма координације активности свих надлежних институција у БиХ у процесу европских интеграција. Осим тога, на стратешко-планском нивоу, израда планског акта који би предвидио динамику и носиоце активности за преузимање појединих извора *acquis*-а у правне системе у БиХ, са једне стране, као и врсту и доносиоце домаћег правног акта којим се извор права *acquis*-а преузима, у великој мјери би разријешило питања у вези са координисаним и

организованим приступом овом питању. Приликом израде оваквог документа треба узети у обзир уставноправно уређење Босне и Херцеговине и уставом предвиђене надлежности појединих нивоа власти.³⁷

Наша сугестија *de lege ferenda* је да се уреди и питање израде студија процјене утицаја одређеног броја најзначајнијих системских прописа који се усвајају у склопу преузимања *acquis*-а. Ова сугестија је мотивисана значајем, и економским и ширим социјалним утицајем које имају поједине мјере усвојене у Европској унији, а које преузимају домаћи органи. Некритичко и механичко преузимање, које се у суштини своди на преписивање *acquis*-а, је вишеструко штетно.

Duško Glodić

**Directorate for European Integration of
the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina
Sarajevo**

PROCEDURES FOR THE APPROXIMATION OF LEGISLATION TO THE EUROPEAN UNION *ACQUIS* IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND FUTURE CHALLENGES

Summary

This article explores institutional and procedural framework for the legal approximation to the EU acquis carried out in Bosnia and Herzegovina with a particular regard to the constitutional set-up of Bosnia and Herzegovina and the distribution of competences to different levels of government. The legal and political importance of the approximation of laws and the obligation to approximate municipal law to the acquis, established by the Stabilisation and Association Agreement, was described and analysed, emphasising the role of authorities which are obliged to conduct the approximation process. The article concluded that it was necessary to establish a sound system of the coordination of administrative activities led in the legal approximation process at different law-making levels. The lack of an adequate institutional and procedural framework for the legal approximation at the level of cantons, within the Federation of Bosnia and Herzegovina, was found to be a main obstacle to the gradual acceptance of the EU law at all levels of government, as it

³⁷ Извјештај о напретку Европске комисије за 2012. годину за Босну и Херцеговину указује на потребу да се успостави: „ефективан механизам координације између различитих нивоа власти за транспозицију, примјену и провођење прописа ЕУ остаје да буде учињено као приоритетно питање, тако да држава може да говори једним гласом о питањима у вези са ЕУ и да ефективно користи предприсутну помоћ ЕУ.“ European Commission, *Commission Staff Working Document – Bosnia and Herzegovina 2012 Progress Report*, SWD(2012) 335 final, Brussels, 10.10.2012, p. 5.

was defined by the Stabilisation and Association Agreement. The article highlighted the need to avoid automatic and direct transposition of EU rules without necessary adjustments to the domestic legal system in terms of both wording and scheme. Main future challenges for successful harmonization of laws in the next phases of the EU integration process are the establishment of an effective and efficient coordination mechanism and the adoption of a planning document.

Key words: *Stabilization and Association Agreement, Approximation of Laws, EU Acquis, International Organizations, Public International Law.*

КРИВИЧНОПРАВНА
ОБЛАСТ

САУЧЕСНИШТВО У КРИВИЧНОМ ДЈЕЛУ

Проф. др Милош Бабић*

Апстракт: У раду аутор анализира сложену проблематику учествовања више лица у остварењу кривичног дјела, при чему на првом мјесту излаже различите теоријске концепције у одређивању појма саучесништва и његове кривичноправне природе. При томе, аутор отвара све аспекте и комплексност установе саучесништва, њеног кривичноправног значаја, проблеме везане за теоријску обраду, законско уређивање и примјену низа питања и законских рјешења која се односе на овај, у новије вријеме, све чешћи облик вршења кривичних дјела.

У другом дијелу прилога се приказују посебни облици саучесништва, при чему аутор посебно наводи нека рјешења и одредбе које нису на линији савремених тенденција које су владајуће у европском кривичном праву. Поред тога, посебно је обрађено и посредно извршилаштво које у домаћој теорији и пракси у довољној мјери није ни схваћено ни прихваћено.

На крају се износе и одређене примједбе на нека рјешења у нашем кривичном законодавству, при чему се посебно наглашава одредба из члана 180 КЗ БиХ којом је напуштена владајућа дуалистичка концепција саучесништва европског кривичног права само у односу на најтежа кривична дјела против међународног права, чиме је озбиљно нарушена јединственост кривичноправног система у БиХ и у законодавство и праксу уведена неподношљива дискриминација учинилаца истих кривичних дјела.

Кључне ријечи: саучесништво, саизвршилаштво, посредно извршилаштво, монистичка и дуалистичка концепција саучесништва, јединствени извршилац, акцесорност саучесништва.

1. Појам и основни теоријски приступи у одређивању правне природе саучесништва

I. Иако законска бића кривичних дјела редовно упућују на једно лице као њиховог извршиоца, нису ријетки случајеви да у вршењу кривичних дјела

* Др Милош Бабић, професор на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

учествује више лица која на различите начине доприносе њиховом остварењу. Чак се може рећи да учешће више лица у вршењу кривичних дјела постаје једна од карактеристика савременог криминала, који у све већој мјери поприма облике колективног криминала (тако нпр. неовлашћена производња и промет опојним дрогама, трговина људима, нарочито женама и дјецом, прање новца, недопуштена трговина оружјем, корупција, итд.). Такав облик вршења кривичних дјела у кривичном праву се редовно означава као *саучесништво* (lat. *concursum plurium ad delictum*; њем. *Beteiligung*; engl. *Accomplice*). У најширем смислу, под саучеснишвом се подразумијева заједничко остварење кривичног дјела од стране више лица које може бити остварено на различите начине. Међутим, свако учествовање не представља саучесништво у кривичноправном смислу. Основна претпоставка за постојање саучесништва у кривичном дјелу је да радња сваког од учесника представља казуални допринос у његовом остварењу, тј. да она стоји у узрочној вези са његовим извршењем. Ако таква веза не постоји, може се радити једино о неком посебном кривичном дјелу којим се извршено кривично дјело подржава на неки други начин, али не у облику саучесништва у кривичноправном смислу (тако нпр. кривично дјело прикривања из чл. 246, помоћ учиниоцу послје извршеног кривичног дјела из чл. 363, итд.). Исто тако, није спорно да обично “пасивно учешће” нема карактер саучесништва у кривичном дјелу. Међутим, изузетно и пасивни учесници који имају обавезу заштите одређеног добра или вриједности (статус гаранта) могу бити саучесници, тј. као саизвршиоци или помагачи ако су пропустили предузети радњу коју су били обавезни предузети како би спријечили извршење кривичног дјела. Стога је такве случајеве потребно разликовати од тзв. пасивног учешћа у дјелу. Поред тога, овакви учесници, иако нису саучесници у дјелу у кривичноправном смислу, некада могу бити извршиоци посебних кривичних дјела непријављивања из групе кривичних дјела против правосуђа.

Радње саучесника морају бити тако међусобно повезане да извршено дјело и настала противправна посљедица представљају резултат заједничког дјеловања свих учесника. Заједничко дјеловање појмовно подразумијева како *објективну* тако и *субјективну* компоненту саучесништва. То значи да је, поред заједничког дјеловања више лица у остварењу кривичног дјела, потребно да код њих постоји и свијест о томе да извршено дјело представља заједнички резултат њихових радњи. То подразумијева да они знају један за другог, као и за кривично дјело и извршиоца. С друге стране, извршилац треба да зна за саучеснике, али на његовој страни таква свијест и не мора увијек да постоји. Дакле, саучесник је свјестан да заједно са другим учествује у остварењу кривичног дјела, као што је и извршилац, по правилу, свјестан да кривично дјело остварује у сарадњи са другим. Сходно томе, саучесништво представља *заједничко остварење кривичног дјела* од стране више лица, уз истовремено *постојање свијести о заједничком дјеловању*. То говори да је битна одлика саучесништва, његова суштинска ознака, *криминално заједништво*, сагласност

воља више учесника. Та његова особина овом облику извршења кривичних дјела подиже степен опасности, чини га друштвено опаснијим него када кривично дјело извршава једно лице као појединац. Стога саучесништво није само појавни облик вршења кривичних дјела, већ је редовно и опаснији облик криминала¹. Криминални ортаклук, сагласност криминалних воља више учесника, њихова кумулација, кривичном дјелу даје сасвим нови криминални квалитет, подиже ниво друштвене опасности таквог дјела.

И овако скраћено изношење проблема је довољно да илуструје изузетну сложеност и кривичноправни значај проблематике учешћа више лица у извршењу кривичних дјела. Ако се при томе има у виду и то да питање саучесништва ставља на провјеру и централно питање кривичног права, а то је концепција кривичног дјела у његовом објективно-субјективном смислу (учешће више лица у дјелу које врши нпр. неурачунљиво лице, дијете, итд.) која је владајућа у савременом кривичном праву, онда кривично право, закон и пракса, требају уважавати ову чињеницу и посебну пажњу посвећивати случајевима извршења кривичних дјела од стране више лица. Кривично право и кривично законодавство у кривичноправној анализи и законском уређивању саучесништва требају настојати што вјерније изразити његову суштину и кривичноправни значај. При томе су од посебног значаја нека питања, међу којима је најзначајније питање постављања јасних критеријума за међусобно разграничење и разликовање појединих облика учешћа у дјелу, односно разликовања оних учесника који су сами непосредно учествовали у извршењу кривичног дјела, од оних који су у томе судјеловали на неки други начин. Захтјев за прецизирањем и јасним постављањем појединих саучесничких облика учешћа у дјелу и њиховим јасним разграничењем, представља израз гарантивне функције кривичног права. Ово је од посебне важности ради тога што је стварни допринос, па према томе и кривичноправни положај оних учесника који предузимају радњу извршења, другачији од оних који предузимају

¹ Степен опасности таквог вида вршења кривичних дјела посебно се повећава уколико је то резултат организованог дјеловања више лица на међународном нивоу. За овај нови фенотип овог вида криминала, који је посебно дошао до изражаја крајем двадесетог и почетком двадесет првог вијека, већ се ustalio назив *транснационални организовани криминал*. Посебна карактеристика овог криминала са међународним елементом, састоји се у томе да се он не може ефикасно сузбијати у оквирима једне државе, већ је потребна међународна сарадња, са успостављањем и дјеловањем међународних иструмената. На опасност и значај овог вида криминала указано је и на X Конгресу УН за спречавање криминала и поступање са учиниоцима кривичних дјела, који је одржан у Бечу од 10. до 17. априла 2000. године. У том смислу се у преамбули усвојене Декларације (позната као „Бечка декларација“) истиче да је неприхватљиво јак утицај тешких кривичних дјела глобалног значаја на савремено друштво, а посебно онога који се означава као „транснационални организовани криминал“, при чему се посебно указује на нека кривична дјела (напријед споменута), као што су: трговина људима, посебно женама и дјецом, кријумчарење људи, недопуштена трговина оружјем и корупција. Јасно је да се у тај репертоар укључује и тероризам, те неовлашћена производња и промет опојним дрогама, што су УН већ раније усвојеним конвенцијама сврстале у посебно опасан криминал за човјечанство.

неке друге радње које су изван непосредног извршења, као што је нпр. радња помагања. Није свеједно да ли ће неки учесник имати статус извршиоца или помагача, прије свега ради тога што помагач може бити блаже кажњен, али и ради тога што ће извршилац одговарати и ако је његово дјело остало у покушају, за разлику од покушаја помагања који није кажњив. Најзад, извршилац ће одговарати и за нехатно учешће у кривичном дјелу, док помагач и подстрекач одговарају само када је у питању умишљајно учешће у дјелу.

II. У кривичноправној теорији постоје различита схватања и приступи у одређењу појма саучесништва, његове кривичноправне природе. У основи, сва та схватања се могу свести на двије *основне концепције* саучесништва. Према једној, која је владајућа у европској кривичноправној доктрини и коју прихвата већина европских кривичних законодавстава, неопходно је *диференцирање извршилаштва и саучесништва*, односно различито третирање оних учесника у дјелу који предузимају радњу извршења и оних који предузимају радње које се налазе ван законског бића дјела (*теорије диференцирања*). Ове теорије за своју основу имају *рестриктивни појам извршилаштва и извршиоца* и оне постојање саучесништва условљавају, тј. чине зависним од постојања главног кривичног дјела. Стога су у кривичном праву више познате као *акцесорне теорије* о саучесништву. С обзиром да се заснива на потреби разликовања извршилаштва и саучесништва, ово схватање је познато и као *дуалистички или извршилачко-саучеснички модел саучесништва*. Друго схватање полази од става према којем начелно нема разлике између извршилаштва и саучесништва, јер се извршиоцима сматрају сви учесници у дјелу, без обзира на то коју су радњу предузели, да ли радњу извршења или неку другу радњу која је допринијела остварењу кривичног дјела (*теорије еквиваленције*). Ове теорије за своју основу имају *екстензивни појам извршиоца* који обухвата све учеснике који су учествовали у дјелу. На тај начин оне успостављају категорију *јединственог извршиоца* и тиме, у ствари, негирају саучесништво, јер изједначавају све облике учешћа у дјелу. Стога је ово схватање познато и као *монистички или извршилачки модел саучесништва* према којем сви учесници у дјелу имају *статус извршиоца*. За разлику од првог, према овом моделу саучесништва, за кажњавање саучесника нису потребне посебне одредбе у општем дијелу, јер сви они имају позицију извршиоца и обухваћени су описима кривичних дјела. Нека европска кривична законодавства у уређењу саучесништва полазе од овог схватања (нпр. норвешко, италијанско, аустријско, данско и шведско), а прихватио га је и КЗ БиХ само у односу на извршиоце најтежих кривичних дјела против међународног права. На тај начин је овај закон увео сасвим други модел саучесништва у односу на извршиоце дјела из ове законске главе, што представља недопустиву дискриминацију учинилаца кривичних дјела и нарушавање јединствености кривичноправног система и владајуће концепције саучесништва (в. чл. 180 КЗ БиХ)². Тиме су изједначене све радње и сви облици учешћа у дјелу и ис-

² Као што је познато, ова одредба је дословно преузета одредба чл. 7 Статута Хашког трибунала,

товремено је уведен и појам јединственог извршиоца. Као таква ова одредба највећим дијелом и представља разлог неједнаке примјене кривичног законодавства када су у питању ова кривична дјела, два неподношљиво различита режима у кажњавању извршилаца ових дјела (о овоме више в. у трећем дијелу).

2. Појавни облици учешћа више лица у остварењу кривичног дјела

У зависности од тога на који начин више лица учествује у остварењу једног кривичног дјела, постоји више облика или врста саучесништва. Ако сви учесници судјелују у предузимању радње извршења, ради се о саизвршилаштву или извршилачком саучесништву. Саучесници су они учесници у остварењу кривичног дјела који предузимају радње које се налазе ван законског бића кривичног дјела, а то могу бити радње којима се друго лице наводи на извршење дјела или радње којима се само помаже, подупире његово извршење.

У нашој теорији уобичајена је подјела саучесништва на саучесништво у ужем и ширем смислу: прво обухвата подстрекавање и помагање, а друго, поред саучесништва у ужем смислу, обухвата и саизвршилаштво. Ипак, треба имати у виду да се саизвршилаштво по неким значајним питањима битно разликује од осталих облика саучесништва. Може се заправо рећи да се у једном строгом кривично-правном смислу саизвршилаштво не може третирати саучесништвом; ту је више ријеч о једном посебном облику плуралитета извршилаца, некој врсти *извршилачког саучесништва* за које не вриједе основна правила која се односе на подстрекавање и помагање као облике саучесништва (нпр. правило акцесорности, правила кривичне одговорности, кажњавања, итд.). Ријеч је у сваком случају о учесницима, који за разлику од саучесника, учествују у властитом дјелу, онима који сопственим чињењем или нечињењем извршавају кривично дјело. Напротив, саучесништво појмовно-логички подразумијева учешће у туђем дјелу, па је стога за његово постојање потребно да је главно кривично дјело извршено или покушано. То значи да постоје два основна облика учешћа у остварењу кривичног дјела: *извршилаштво* и *саучесништво*, а којима одговарају такође два различита типа учесника: *извршилац* и *саучесник*. Иако појам извршиоца закон изричито не регулише, међу извршиоцима односно саизвршиоцима, разликују се *непосредни извршилац*, *посредни извршилац* и *саизвршилац*, а међу саучесницима *подстрекач* и *помагач*. Дакле, саизвршилаштво подразумијева саучествовање у саизвршилачкој форми, што је облик заједничког остварења кривичног дјела који је потребно разликовати од подстрекавања и помагања као правога саучесништва. Све ово упућује на оправданост става да је код диференцирања учесника у остварењу

умјесто да је преузета одредба из чл. 25 Римског статута у којој је саучесништво уређено по узору на континентално кривично право на бази теорија диференцирања, на што се БиХ и законски обавезала.

кривичног дјела на извршиоце и саучеснике, саизвршиоца неопходно сврставати у категорију извршилаца, с обзиром да и саизвршиоци у дуалистичком моделу саучесништва улазе у категорију извршилаца, односно учесника у властитом дјелу, док то није случај са саучесницима. Међутим, спорови настају по питању разграничења између ова два облика учешћа у кривичном дјелу. При томе је основно питање одређивање појмова извршилаштва, односно саизвршилаштва као примарних, с обзиром на акцесорност саучесништва у ужем смислу. Тек након тога је могуће приступити одређењу самог саучесништва и његовом разграничењу од саизвршилаштва.

2.1. Извршилаштво. Јасно је, дакле, да саучесништво које представља учествовање у дјелу које извршава друго лице, појмовно претпоставља одређивање појма извршилаштва, а самим тим и извршиоца. То је свакако значајно и за законски концепт који се заснива на разликовању ових облика учешћа у дјелу, а који прихвата и наш КЗ. И један и други појам су везани за законске описе кривичних дјела, јер су и један и други у њима одређени. Радња извршења, са свим својим модалитетима, наведена је у законским описима кривичних дјела, што је случај и са самим извршиоцем, јер закон код описа одређеног кривичног дјела, његовог адресата, редовно означава као оног “ко”. Дакле, извршилаштво се ограничава на предузимање оних радњи које су у описима законских бића кривичних дјела одређене као радња извршења одређеног дјела, а извршилац на оно лице које предузме радњу наведену у законском опису тога кривичног дјела. Тиме се и појам извршиоца везује за законско биће кривичног дјела, за онога ко је носилац радње извршења и који има оне особине које се захтијевају за извршиоца тог кривичног дјела. То је лице које лично, непосредно и на противправан начин остварује кривично дјело, предузима оно понашање којим се остварују сва обиљежја једног кривичног дјела. У свим таквим случајевима извршење дјела се остварује у виду појединачног извршилаштва и тада имамо појединачног, непосредног извршиоца. *Непосредни* (директни) *извршилац* је лице које само, сопственим чињењем или нечињењем, на противправан начин извршава кривично дјело, са свим његовим објективним и субјективним обиљежјима. То значи да је извршилац онај који предузима радњу извршења означену у законском опису дјела без учешћа других (са)извршилаца. Извршилац радњу извршења може да остварује непосредно, али при томе може да искористи и природну силу (нпр. ватру) или животињу. На страни извршиоца морају да постоје сва субјективна обиљежја која се захтијевају за постојање кривичног дјела, као што је облик виности или кривице (нпр. директни умишљај), посебна својства која се траже на страни извршиоца за то дјело (*delicta propria*), посебна намјера (нпр. геноцидна намјера, намјера nanoшења штете код неких дјела), мотив или неко друго субјективно обиљежје, итд. Извршилац противправног дјела може бити и неурачунљиво лице, као и малољетно лице или дијете. Стога је потребно разликовати извршиоца дјела од кривца.

Како је појам извршиоца повезан са законским бићем кривичног дјела, највећи број законодавстава посебно и не дефинише овај појам, јер је он већ одређен кроз законски опис сваког посебног кривичног дјела. У зависности од природе кривичног дјела, закон различито означава извршиоца. Код општинских кривичних дјела (*delicta communia*) закон га редовно одређује изразом “ко”, а код посебних, специјалних кривичних дјела (*delicta propria*) извршиоца одређује са одређеним својством (нпр. службено лице, љекар, и сл.). Нека кривична законодавства у општем дијелу дефинишу појам извршиоца (нпр. њемачко).

Учиниоца кривично дјело може да извршава и заједно са другима, при чему су сви функционално носиоци радње остварења кривичног дјела. Тада се ради о *саизвршилаштву* и *саизвршиоцима*. И овај вид остварења кривичног дјела је обухваћен законским описима кривичног дјела и зато за њихово кажњавање нису потребне додатне (опште) одредбе, за разлику од подстрекавања и помагања. Посебан облик учешћа у извршењу кривичног дјела је *посредно извршилаштво*, када посредно дјелујући за извршење кривичног дјела користи друго лице као средство извршења. Посредно дјелујући у таквим случајевима, функционално има позицију извршиоца, а кривично-правно *посредног извршиоца*. Постоје и ситуације када више лица учествује у извршењу кривичног дјела као његови извршиоци, али се не ради ни о једном од претходних облика, јер не постоји свијест о заједничком дјеловању. Овакав облик извршења дјела познат је као *паралелно извршилаштво* или *привидно саизвршилаштво* (када нпр. два возача аутомобилима на пјешачком прелазу повриједи исто лице).

2.2. Саизвршилаштво. На овом мјесту неће се анализирати различити теоријски приступи у одређивању појма саизвршилаштва, већ ће се укратко указати на његово законско одређење и проблеме у његовом тумачењу и примјени, а на самом крају овог прилога ће се указати и на одредбу из члана 180 КЗ БиХ, која представља концепцијско и неприхватљиво одступање у односу на нека најтежа кривична дјела против међународног права, као и на разлике у одређивању појма саизвршилаштва између ентитетских кривичних закона.

Уопште узев, саизвршилаштво подразумијева остварење кривичног дјела у којем учествује више лица. Према одредби члана 23, саизвршилаштво постоји када више лица, учествовањем у радњи извршења или на други начин, заједнички изврши кривично дјело. И поред наведене дефиниције саизвршилаштва, не може се рећи да су ријешена сва отворена питања везана за ову установу. Немогуће је очекивати да све проблеме и тешкоће ове институције, поготово питање њеног разграничења од помагања, ријешити било која друга законска дефиниција. Ради се о таквом питању које је доста отворено и тешко је наћи тако прецизну дефиницију која не би била у извјесној мјери уопштена или непотпуна. Проблем који и даље остаје односи се на питање постојања саиз-

вршилаштва онда када се не учествује у радњи извршења, када се у извршењу кривичног дјела учествује, како закон каже „на други начин“. Дакле, осим када се учествује у радњи извршења и даље је отворено питање када постоји саизвршилаштво - шта заправо значи да се „на други начин“ заједнички учествује у извршењу кривичног дјела. Одговор на ово питање није само од теоријског, већ и од великог практичног значаја.

Полазећи од наведене законске одредбе, задатак је теорије и праксе да на бази актуелних теорија о саизвршилаштву дају критеријуме за одређивање појма саизвршилаштва и његовог разграничења од помагања. Прва, битна и одредјељујућа карактеристика саизвршилаштва представља *заједничко извршење кривичног дјела*, што имплицира испуњење двије претпоставке, једне субјективне и једне објективне. Прва је заједничка одлука о извршењу дјела или колективна извршилачка воља и друга учешће у радњи којом се остварује кривично дјело.

Заједничка одлука о дјелу претпоставља да на страни сваког саизвршиоца постоји свијест и воља за извршење дјела, свијест и воља да дјелује са другима на остварењу заједничког криминалног циља. То јасно произилази из законске формулације “заједнички изврше кривично дјело”, али и без тога је јасно да саизвршиоци требају бити свјесни да заједнички дјелују. Стога саизвршилаштво неће постојати у случајевима “заједничког” извршења дјела од стране више лица која нису свјесна заједничког дјеловања.

У теорији јеспорно нехатно саизвршилаштво. У њемачкој кривичноправној теорији претежно је схватање да нехатно саизвршилаштво није могуће, јер у том случају недостаје заједничка одлука о дјелу. Код нас је владајући став да свијест о заједничком дјеловању не значи истовремено и постојање заједничког умишљаја о дјелу, јер је ријеч само о свијести о саизвршилачкој радњи, док свијест о посљедици дјела која је битна за умишљај, не мора бити иста код свих саизвршилаца, јер је могуће да на страни неких од њих постоји само нехат у односу на посљедицу (као илустративан примјер у литератури се наводи случај са радницима који са зграде бацају греду и тако повриједи пролазника, при чему неки од њих могу бити и нехатни у односу на посљедицу која је наступила). Исто тако, истиче се да нехатно саизвршилаштво може да постоји и код кривичних дјела квалификованих тежом посљедицом, под условом да су саизвршиоци у односу на тежу посљедицу поступали нехатно.

Отворено је питање да ли заједничка одлука да се изврши одређено кривично дјело уједно подразумијева и постојање претходног договора да се заједнички изврши дато дјело. Иако ће то бити у већини случајева, постојање *претходног договора* који поред тога обухвата и план вршења дјела, није неопходно за постојање саизвршилаштва. У том смислу и судска пракса, према којој за постојање саизвршилаштва (нпр. код кривичног дјела крађе) није неопходан претходни договор за извршење дјела (тако ВС Србије, Кзз.42/01.од 3.Х.2001,

Избор суд. праксе, Глосаријум, 12/2003, 41). Супротно схватање би водило до искључења могућности постојања *сукцесивног саизвршилаштва*, које постоји када се, након што је извршење дјела већ започело, приступи извршењу дјела. Оно ће постојати код свих тзв. трајних кривичних дјела, односно дјела код којих се разликује довршење у формалном и материјалном смислу, па је саизвршилаштво могуће све до његовог довршења у материјалном смислу. Тако ће нпр. бити саизвршилац и оно лице које се током трајања противправног лишења слободе укључи у дјело преузимајући надзор над жртвом тог дјела.

Заједничко извршење кривичног дјела је објективна компонента саизвршилаштва која указује на постојање кривичног дјела које саизвршиоци заједнички остварују. Заједничко остварење дјела подразумијева учешће у радњи извршења, али и у предузимању неке друге радње која је уско повезана са радњом извршења, тј. која значајно доприноси извршењу кривичног дјела. Неспорно је да је саизвршилац онај ко, уз постојање свих других услова који се захтијевају за извршиоца, предузме макар дјелимично радњу извршења датог дјела. Тако, ако више лица заједнички украдене ствари стављају у вреће и односе у аутомобил, саизвршиоци су у крађи; ако заједно дају отров жртви или је заједнички до смрти туку, саизвршиоци су у убиству. Када су у питању вишедјелатна кривична дјела, за постојање саизвршилаштва је довољно предузимање једне од радњи које улазе у састав радње извршења тога дјела, па ће тако бити саизвршилац у разбојништву и лице које је само узело новац од жртве коју је силом оборио други и сл. Поред наведеног, закон изричито наглашава да се заједничко извршење дјела може остварити учествовањем више лица у предузимању радње извршења (саизвршилаштво у ужем смислу) или *предузимањем неке друге радње* која не представља радњу извршења (саизвршилаштво у ширем смислу). Овдје је централно питање шта се подразумијева под учешћем на *други начин*, односно одређење које све друге радње могу представљати саизвршилачке радње. Како су ове друге радње у основи радње помагања, то намеће потребу одговора на питање када радње које имају карактер радњи помагања могу представљати саизвршилаштво, тј. када оне једно лице чине саизвршиоцем.

Да би се радња помагања трансформисала у радњу извршења и лице које је предузима превела у саизвршиоца, неопходно је да је та радња таквог квалитета који је чини другачијом од радње помагања, тј. који је чини еквивалентном радњи извршења. То ће бити онда када таква радња представља веома значајан допринос извршењу кривичног дјела, када је она од битног значаја за извршења датог дјела. То претпоставља да тај допринос има значај радње извршења, да је он таквог квалитета да та радња више није оно што закон подразумијева када у чл. 25 говори о помагању као нечему што само помаже, односно олакшава и подупире туђе дјело. Мора се радити о таквом доприносу који се по свом квалитету изједначава са предузимањем радње извршења датог дјела и који то лице

чини партнером извршиоцу. То произилази и из тога што је саизвршилаштво само облик извршилаштва, па стога тај допринос треба бити такав да одговара доприносу који има сам извршилац.

Из наведеног произилази да се одређивање саизвршилаштва заснива на *мјешовитим* или *објективно-субјективним теоријама*, а које се у нашем тумачењу приближавају данас владајућој концепцији о саизвршилаштву која своју основу има у теорији власти над дјелом. И наша ранија теорија је у оваквим случајевима углавном прихватала мјешовите или објективно-субјективне теорије које су, са теоријама подјеле рада, биле владајуће и у судској пракси (истина, понекад са нешто ширим тумачењем саизвршилаштва). Према том схватању, ако су предузете одређене радње изван радње извршења, за постојање саизвршилаштва било је потребно да је субјективни елеменат био јаче изражен, готово у извршилачкој форми (*animus auctoris*) да би био компензиран слабије изражен објективни елеменат. Међутим, и тада су те радње морале објективно имати већи значај за остварење кривичног дјела, оне су морале бити тијесно везане са радњом извршења, са радњама осталих саизвршилаца чиниле су природну и логичну цјелину (у том смислу нпр. ВСЈ, Кж. 32/65). При томе је посебно било спорно (а и данас је) квалификовање радње чувања страже, као радње која сама по себи представља радњу помагања. У већини случајева, ранија судска пракса је на бази теорија о подјели рада, сматрала саизвршилаштом и учешће лица које врши само ову радњу (углавном код тешких, односно разбојничких крађа). У том смислу се у једној одлуци ВС Србије наглашава да “у случају када је чувао стражу оптужени се јавља као извршилац кривичног дјела. Јер, извршилац је сваки онај ко на бази споразума о подели улога у заједничком извршењу дела остварује свој део у процесу извршења који му је додељен, при чему само извршење дела хоће као своје и као заједничко” (Пресуда ВСС, Кж. 1155/92). Ово схватање, које је и раније било критиковано од једног дијела теорије, ипак није задовољавајуће. Наиме, ваља имати у виду да је чување страже објективно радња која се налази ван радње извршења, она је радња која олакшава предузимање радње којом се извршава кривично дјело, па ће она представљати саизвршилачку радњу само онда када је она битни дио процеса извршења кривичног дјела и да је то лице поступало са (са)извршилачком вољом, тј. да је дато кривично дјело хтјело као своје, односно као заједничко. Дакле, ова радња је по правилу помагачка радња, а само изузетно, ако постоје додатни услови, она може да се трансформише у саизвршилаштво. Према томе, саизвршилац може бити само онај учесник који је у вријеме извршења дјела имао такву улогу која је од битног значаја за извршење дјела, а што је потребно везивати за цјелокупни контекст конкретног случаја, нпр. да је постојао претходни договор око подјеле ствари, да би се то дјело веома тешко могло извршити без чувања страже, да је то лице прије извршења дјела предузело и неке друге саучесничке радње и сл. Према томе, чување страже као ни друге радње изван радње извршења, не може се изједначавати са радњом

извршења само зато што је неко, у оквиру плана о подјели улога, унапријед прихватио да радњом помагања допринесе извршењу кривичног дјела. Ово схватање и поред тога што је закон и даље задржао раније рјешење саизвршилаштва, слиједи и новија судска пракса Србије. У том смислу је илустративан примјер предузимања радње изван бића кривичног дјела, а по претходном договору са осталим учиниоцима на бази подјеле улога, суд квалификовао као саизвршилаштво, уз услов и констатацију да су те радње “битни део процеса његовог извршења, при чему је само извршење дела (то лице) хтело као своје и као заједничко” (ВСС, Кж. 1482/99).

Саизвршилаштво код посебних конструкционих модела кривичних дјела. Код сложених кривичних дјела за саизвршилаштво је довољно да је предузета макар једна од радњи која представља радњу извршења датог дјела. С обзиром да је саизвршилаштво само један облик извршилаштва, оно код кривичних дјела са специјалним субјектом (*delicta propria*) може постојати само ако саизвршиоци имају својства која се захтијевају за извршиоца. Тако, код правих службених кривичних дјела, лице које нема својство службеног лица не може бити саизвршилац код тих дјела ни онда када их лично извршава; тада може бити само саучесник, односно помагач или подстрекач. Ако нпр. једно лице које нема статус службеног лица само унесе неистините податке у неку пословну књигу и да је службеном лицу на потпис, он је само помагач у фалсификовању службене исправе, а не саизвршилац са службеним лицем.

Саизвршилаштво код кривичних дјела нечињења. Према владајућем схватању саизвршилаштво је могуће и у ситуацијама заједничког нечињења. Тако, више лица код којих постоји дужност на спречавање штетних посљедица, то пропусте чинити, нпр. два руководна лица у руднику заједнички пропусте вршити контролу безбједносних уређаја и у руднику дође до несреће. Нису искључени ни случајеви да један саизвршилац одговара за чињење, а други за нечињење. Тако нпр. одговорна лица у предузећу врше злоупотребе у договору са њиховим руководиоцем који их у томе не спречава.

Нужно саизвршилаштво. Саизвршилаштво је само могућа, али не и нужна форма остварења једног кривичног дјела. Међутим, има и таквих конструкцијских модела кривичних дјела код којих је нужно постојање више лица у њиховом извршењу, да би оно уопште било и остварено. Конститутивно обиљежје таквих дјела је дјеловање више лица, то је законски услов за њихову кривичноправну егзистенцију (нпр. кривично дјело учествовања у тучи, договор за извршење кривичног дјела, двобрачност, родоскрвњење, оружана побуна, итд.). Овдје се ради о одређеним облицима *нужног саучесништва*, односно *нужног саизвршилаштва* које је одређено законом, па стога за овакве облике заједничког учешћа више лица у остварењу кривичног дјела не вриједи опште одредбе о саучесништву, односно саизвршилаштву. Анализа оваквих законских бића кривичних дјела показује да постоје два облика оваквих модела

заједничког учешћа у остварењу кривичног дјела. Први је саизвршилачки и јавља се као мултилатерално кривично дјело, а други је саучеснички и постоји у виду тзв. унилатералног кривичног дјела.

Саизвршилаштво као *мултилатерално кривично дјело* постоји када закон већ у опису дјела изричито захтијева учешће више лица у извршењу дјела, тако да се сваки од њих појављује као извршилац дјела и кажњава се за дјело у цјелини (нужно саизвршилаштво као *мултилатерално кривично дјело*). У таква дјела спадају тзв. конвергентни деликти, код којих учесници дјелују са истим циљем, усаглашено (нпр. код дјела оружане побуне, договора за извршење кривичног дјела), затим дивергентни деликти код којих учесници имају различите, међусобно супротстављене интересе (нпр. дјело учествовања у тучи), те деликти сусретања, код којих учесници, иако на различитим странама, дјелују у правцу остварења истих интереса (нпр. дјело двобрачности, примање и давање мита, итд.).

Од овога се разликује нужно саизвршилаштво у облику *унилатералног кривичног дјела* (саучеснички модел нужног судјеловања више лица), код којег закон у опису дјела такође захтијева више лица, али за разлику од првог, овдје се као извршилац појављује само једно лице, док се другим учесницима обезбјеђује кривичноправна заштита. Иако се без учешћа ових лица дјело не може остварити, они немају статус саучесника нити извршиоца и њихово учешће се не третира као саучесништво (нпр. код дјела зеленаштва, одузимање малолетног лица, обљубе злоупотребом положаја и сл.). Овакви модели кривичних дјела подразумевају само она дјела која су по својој природи, по законским описима њихових бића, таква да је њихово извршење могуће само уз свјесно учешће и ових других лица (нпр. онога на чију штету се склапа зеленашки уговор, лице које је предмет одузимања, обљубе, итд.). Стога овдје не спадају она дјела гдје је друго лице само објекат дјеловања, као нпр. код кривичног дјела силовања.

Код ових дјела њихов извршилац је само оно лице које је у законском опису означено као *носилац радње извршења* и само се он кажњава, док се други, тзв. *нужни саучесници*, не кажњавају, односно њихово учешће је некажњиво, па се стога овдје и ради о тзв. унилатералним кривичним дјелима, нужном саучесништву код којег се кажњава само једно лице, носилац радње извршења. То ће бити само тада и дотле док се учешће тих лица креће у границама које подразумева законски опис бића датог дјела. Уколико су она прешла те оквире који су нужни за постојање таквог дјела, њихово дјеловање може прећи у неки од облика саучесништва, као што је подстрекавање или помагање.

2.3. Посредно извршилаштво. Посредно извршилаштво се може дефинисати као остварење кривичног дјела преко или помоћу другог лица које се користи као средство за његово извршење. Овај појам се појавио у њемачкој теорији и пракси као резултат концепције екстремне акцесорности саучесништ-

ва, према којој се за кажњавање саучесника захтијевало потпуно остварење кривичног дјела, односно постојање кривице и на страни главног учиниоца. То је значило да у свим случајевима у којима је главни извршилац без кривице (нпр. ако је у питању неурачунљиво лице, дијете, лице које поступа у неотклоњивој заблуди или уопште лице које није криво), није био одговоран ни кажњив ни саучесник, што је неоправдано привилеговало саучеснике у таквим ситуацијама. Да би биле отклоњене ове нелогичности до којих је доводила екстремна акцесорност, уведена је нова саучесничка фигура *посредног извршиоца*, а то је лице које подстрекава таква лица или им помаже у извршењу кривичног дјела. Посредно дјелујући није могао бити саучесник, већ посредни извршилац који се за остварење своје криминалне намјере послужио другим лицем као средством у његовом извршењу. Овакво схватање је, дакле, за своју основу имало досљедно поштовање објективно-субјективне концепције кривичног дјела, односно остварење кривичног дјела у пуном капацитету, па је стога увођењем посредног извршиоца отклоњена празнина у односу на случајеве када на страни главног извршиоца не постоји кривица.

Појам посредног извршилаштва у кривичноправној теорији је доста споран. Ријеч је о веома специфичном облику извршења кривичног дјела са доста проблема, посебно када су у питању његове границе, односно разграничење у односу на извршилаштво и саучесништво. Његово постојање се доводи у питање посебно након напуштања концепције екстремне и прихватања ограничene акцесорности, чиме су требали бити отклоњени ови проблеми, управо у оним ситуацијама ради којих је посредно извршилаштво и уведено, а до којих је доводила екстремна акцесорност. Једни наглашавају да је посредно извршилаштво ради тога сувишно, с обзиром да лимитирана акцесорност омогућава кажњавање управо тих случајева, тј. подстрекавање неурачунљивих лица или лица на чијој страни не постоји кривица. Међутим, до такве промјене уопште није дошло ни у њемачкој теорији и законодавству, у којима је и настала саучесничка фигура посредног извршиоца. Иако је то било логично за очекивати, прихватањем концепције лимитиране акцесорности, не само да није дошло до напуштања посредног извршилаштва, већ је његова примјена чак проширена и на случајеве саучесништва у нехатном кривичном дјелу.

Оно што битно одређује посредно извршилаштво је то што једно лице своје криминалне намјере остварује преко другога, он на неки начин “туђим рукама извршава кривично дјело”. Ради се о облику учешћа два лица у извршењу кривичног дјела који је доста специфичан и који не представља ни саизвршилаштво ни саучесништво. Не ради се о саизвршилаштву, јер недостаје свијест и воља о заједничком дјеловању, нити се ради о саучесништву, јер се не ради о односу извршиоца и саучесника у којем саучесник учествује у дјелу другог који га извршава уз постојање свијести и воље. Оно што је битно за посредно извршилаштво је да једно лице управља радњама другог, непосредно

дјелујућег, он га држи под својом контролом и утицајем који је много јачи од утицаја који постоји код саучесништва, нпр. код подстрекача у односу на извршиоца. Овдје посредно дјелујући препушта извршење кривичног дјела другом на тај начин што искориштава његову заблуду, незнање, несвјесност. На тај начин посредно дјелујући заправо управља процесом извршења кривичног дјела, ту је непосредно дјелујући у односу подређености према њему, што је битно различито од односа нпр. подстрекача и подстрекнутог. Таква позиција непосредно дјелујућег му одузима улогу *главног извршиоца* који има подстрекнути. Онда када престане однос у којем посредно дјелујући управља процесом извршења дјела, а то ће углавном бити онда када непосредно дјелујући постане посве свјестан својих радњи и своје позиције, тада престаје постојање посредног извршилаштва а настаје саучесништво, односно тада непосредно дјелујући постаје умишљајни извршилац кривичног дјела.

Неспорно је да примјена лимитиране акцесорности саучесништва може бити задовољавајућа у одређеним ситуацијама, али то ипак није могуће у свим случајевима појавних облика посредног извршилаштва, па је стога примјена ове установе у одређеним случајевима оправдана. Постоје и такве ситуације у којима је коришћење посредног извршиоца неизбежно, јер би се некад дешавало да посредно дјелујући неоправдано остане некажњен, ради тога што на страни непосредно дјелујућег из одређених разлога не постоји противправно поступање, па се стога по теорији лимитиране акцесорности његова радња не може ни сматрати саучесништвом, односно он подстрекачем. Полазећи од изнесеног, могло би се рећи да је примјена ове саучесничке фигуре оправдана у ситуацијама, као што је нпр. извршење кривичног дјела под утицајем апсолутне силе, ако је непосредно дјелујући био у неотклоњивој стварној заблуди или када су у питању кривична дјела која могу да изврше само лица са одређеним својством (*delicta propria*). Тако нпр. када посредно дјелујући користи лице које је у заблуди о дјелу које чини, он није подстрекач, јер он својом радњом не ствара нити учвршћује одлуку код тог лица за извршење дјела, већ га само користи као средство, с обзиром да овај уопште није свјестан да врши кривично дјело; или када власник радње свог младог и неискусног помоћника пошаље да прода (размијени) 10 лажних новчаница од по 100 евра, а који није знао да се ради о лажном новцу, ставио је преко другог фалсификовани новац у оптицај, па је посредни извршилац кривичног дјела фалсификовања новца; или ко лажним пријављивањем наведе овлаштено службено лице да другог лиши слободе, посредни је извршилац кривичног дјела противправног лишења слободе из чл. 166, јер је искористио заблуду овлашћеног службеног лица да би другог противправно одузео слободу, итд. Поред тога, није посве искључена могућност примјене посредног извршиоца ни у случајевима када се за извршење кривичног дјела користи нпр. мало дијете, као ни у случајевима саучесништва у нехатном кривичном дјелу.

Код *delikata propria*, посредни извршилац је службено лице које наведе лице које нема то својство да учини нпр. кривично дјело фалсификовања службене исправе уношењем неистинитих података (чл. 379), јер овдје посредно дјелујући, иако умишљајни учинилац, не може бити извршилац овог кривичног дјела, јер нема својство службеног лица, па се његова радња може квалификовати само као помагање у извршењу овог дјела.

Како је посредно извршилаштво облик извршилаштва, свакако да је потребно да посредно дјелујући испуњава све услове потребне да се буде извршилац датог кривичног дјела, јер лице које не може бити извршилац, не може бити ни посредни извршилац. Тако нпр. ако једно лице које нема својство службеног лица, наведе службено лице на извршење кривичног дјела злоупотребе службеног положаја, примања мита, фалсификовања службене исправе и сл., оно не може бити посредни извршилац тих дјела, јер не може бити ни њихов извршилац. Посредно извршилаштво није могуће ни код тзв. *својеручних кривичних дјела*, која по природи тих дјела извршилац мора да их чини лично (*delicta manu propria*). Тако нпр. давање лажног исказа на суду, родоскрвњење, двобрачност, итд. Тако, ако лице А умишљајно доведе у заблуду друго лице које услед такве заблуде изврши родоскрвњење или дјело двобрачности, лице А не може бити посредни извршилац у таквим дјелима, јер он нема потребно својство извршиоца, већ је само подстрекач. Исто тако, ако једно лице доведе у заблуду свједока да на суду да лажан исказ, такво лице такође не може бити посредни извршилац тога дјела, ради тога што то дјело може извршити само лице које има својство свједока, па ће и то лице бити само саучесник - подстрекач.

Иако је непосредно дјелујући средство за извршење кривичног дјела које користи посредни извршилац, ваља имати у виду да није искључена могућност да и непосредно дјелујући изузетно буде одговоран и кажњен за оно што је урадио, нпр. за нехатно кривично дјело.

Премда се, дакле, ради о установи са много проблема, ипак је она у теорији од већине прихваћена, а прихватају је и нека законодавства (нпр. чл. 33 КЗ Русије, чл. 111 КЗ Италије, чл. 25 ст. 1 КЗ Њемачке, чл. 35 КЗ Хрватске). Нека законодавства, као шпанско, кубанско и уругвајско, појам посредног извршилаштва третирају и регулишу као "интелектуално" извршилаштво.

Наше кривично законодавство није садржавало посебну одредбу о појму посредног извршиоца, али је ова установа у посљедњим измјенама кривичног закона од 2010. године на посредан начин уведена у наше кривично право путем одредбе којом је регулисан кривичноправни значај силе и пријетње (чл. 12а ст. 3). У тој одредби стоји да ће се, у случају када је дјело учињено под дејством неодољиве силе, као учинилац сматрати лице које је примијенило неодољиву силу. Међутим, проблем је у томе што је овом одредбом посредни извршилац ограничен само на овај случај, иако је, како је већ истакнуто, његова примјена оправдана и у неким другим ситуацијама извршења кривичног дјела. Стога би

било боље да је овај институт регулисан посебно, са сличним рјешењем која садрже горе наведена кривична законодавства.

У вези са посредним извршилаштвом, занимљива је Рохинова конструкција посредног извршиоца у случајевима када се посредно дјелујући користи *огранизованим апаратом моћи*, који се сликовито назива и “извршиоцем за писаћим столом”, што је *лице-налогодавац* које користи апарат моћи или организацију за остваривање своје криминалне намјере. Сматра се да су у оваквим случајевима непосредни извршиоци само средство у рукама налогодаваца, који су и сами одговорни за дјело, па се стога не би могле овакве ситуације правилно кривичноправно вредновати уколико би се узело да се овдје ради о подстрекавању, јер радња налогодавца није акцесорна, већ је она заправо у првом плану. Овај облик посредног извршилаштва први пут је примијенио Федерални суд Њемачке 1994. године, када је као посредне извршиоце осудио чланове Националног вијећа одбране из некадашњег ДДР-а, за убиства која су по њиховом налогу чинили граничари који су убијали лица која су у то вријеме покушала пребјећи у Западну Њемачку (*Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Band II, München, 2003, стр. 46 и даље*).

3. Саучесништво у нашем кривичном праву

I. У нашем кривичном праву суучесништво је засновано на акцесорном учењу, тј. на јасном раздвајању и разликовању извршилаштва и саучесништва, односно подјели учесника у кривичном дјелу на извршиоце и саучеснике. При томе се као полазна основа узима принцип лимитиране акцесорности као најприхватљивији модел уређења доста комплексне проблематике саучесништва. Из наведених одредби произилази да статус извршиоца имају она лица која учествују у предузимању радње извршења, док су саучесници лица која предузимају радње које се налазе ван законског бића кривичног дјела. Ријеч је, дакле, о двије категорије учесника, између којих, како је наведено, постоје битне разлике, што јасно произилази из законских описа бића кривичних дјела. У оваквом моделу, посебни дио није довољан за кажњавање саучесника у ужем смислу, па је стога то разлог што је у одредбама општег дијела кажњавање помагања и подстрекавања посебно регулисано. Стога су основ кажњавања саучесника у ужем смислу у нашем кривичном праву, како одредбе посебног, тако и општег дијела.

Наведено диференцирање учесника у остварењу једног дјела је оправдано ако се има у виду да је извршење најбитнији дио процеса чињења једног дјела, тј. да је у томе *извршилац носилац главне улоге*, док саучесничке радње немају тај квалитет и зато саучесници представљају *учеснике другог реда*, они су носиоци споредних улога. Саучесничке радње као такве увијек претпостављају постојање главног кривичног дјела, оне су ванизвршилачке и не

представљају битни дио процеса извршења кривичног дјела. Зато саучесништво не представља самостално и аутономно кривично дјело, оно је управљено на изазивање или омогућавање кривичне дјелатности коју предузима неко друго лице. На тој разлици се базирају и рјешења основних питања која се односе на проблем утврђивања и обликовања кривичне одговорности и кажњивости саучесника, основа и граница њихове одговорности и кажњивости.

Дакле и у нашем кривичном праву ограничена или лимитирана акцесорност представља теоријску основу за уређење материје саучесништва и рјешавање питања кривичне одговорности и кажњивости саучесничких радњи. То значи да је за постојање саучесништва потребно (и довољно) да је главни учинилац остварио противправно дјело, тј. да је својим радњама предузео кажњиву радњу у виду довршеног кривичног дјела, кажњивог покушаја или кажњиве припремне радње, тј. да је ушао у кажњиву зону.

Међутим, наше кривично право изузетно прихвата и принципалне теорије или теорије о независној природи саучесништва и предвиђа кажњивост саучесничких радњи и када главни учинилац није остварио противправно дјело. Такво рјешење је прихваћено код свих тежих кривичних дјела. То јасно произилази из одредби у којима је предвиђена кажњивост за неуспјело подстрекавање (чл. 24 ст. 2 КЗРС) које је кажњиво иако главни учинилац није ни покушао извршење кривичног дјела, уз услов да је за то дјело предвиђена казна затвора од три и више година. На ово указују и извјесне одредбе из посебног дијела у којима су радње саучесништва изузетно предвиђене као посебна кривична дјела (тако нпр. навођење на самоубиство или помагање у самоубиству из чл. 153, помагање бременитој жени у противправном прекиду трудноће из чл. 154, помагање непријатељу за вријеме рата из чл. 160 КЗБиХ; подстрекавање на вршење кривичног дјела геноцида и ратних злочина из чл. 176 ст. 4 КЗБиХ, итд.

II. Ипак, ваља напоменути да је кривично право у БиХ у односу на раније кривично законодавство прихватило нека рјешења у материји саучесништва која представљају одступање од европске концепције саучесништва, али истовремено и од модела који је прихваћен у нашем кривичном законодавству. Ријеч је о већ наведеној одредби из члана 180 КЗ БиХ којом је предвиђен сасвим други модел саучесништва у односу на најтежа кривична дјела против међународног права (таксативно наведена у тој одредби), што представља *нарушавање јединствености кривичноправног система и владајуће концепције саучесништва*. Тиме је за ова дјела КЗ БиХ прихватио англосаксонску монистичку концепцију саучесништва, која не прави разлику између извршилаштва и саучесништва у ужем смислу, јер се извршиоцима сматрају сви учесници у кривичном дјелу који су предузели било коју радњу која је каузално повезана са његовим остварењем. Ова одредба је вишеструко неприхватљива, јер не само да представља одступање од већ прихваћене европске концепције саучес-

ништва, већ за ову категорију дјела и њихових учинилаца КЗ БиХ напушта и сопствено рјешење које важи за сва друга кривична дјела, што је незабиљежено у савременој европској законодавној пракси. Тиме се вишеструко проширује обим кажњивости у односу на ова кривична дјела и њихове учиниоце, јер се сви изједначавају и стављају и статус извршиоца, без обзира коју су радњу предузели, да ли радњу која улази у састав радње извршења из описа кривичног дјела или радњу која представља радњу саучесништва у ужем смислу, односно радњу из стадијума припремања. Таквим рјешењем се врши неподношљива дискриминација извршилаца кривичних дјела, а истовремено уводи двојно кривично право и кривичноправни режим у кривичном законодавству једне државе, чиме се урушавају темељна концепцијска рјешења основних кривичноправних питања као што је кривично дјело, кривична одговорност и сачесништво. Ако се има у виду да Суд БиХ и ову одредбу примјењује ретроактивно, чиме се крше основни принципи како унутрашњег, тако и међународног (кривичног) права, а прије свих принцип законитости чији је најзначајнији сегмент забрана ретроактивне примјене кривичног закона (осим ако није повољнији), онда је јасно да се ради о изузетном проблему у законској регулативи и примјени кривичног права који је нужно хитно мијењати. Иако је Европски суд за људска права у случају *Mastouf* и *Дамјановић* нашао да је суд у том случају погрешно примијенио КЗ БиХ и нашао повреду одредбе из члана 7 ЕКЉП, овај суд изгледа не кани мијењати своју праксу, поготово ако се има у виду дато званично саопштење у вези са тим случајем од стране Суда БиХ.

III. Поред тога, у кривичном праву у БиХ ни појам саизвршилаштва није законски одређен на исти начин. Ваља примјетити да је једино КЗ РС задржао раније рјешење, јер је остао на екстензивном појму саизвршилаштва које, поред радње извршења, обухвата и сваку другу радњу или сваки других начин којим се заједнички извршава кривично дјело (чл. 23). Други кривични закони у БиХ, као и највећи број других европских кривичних законодавстава је прихватио *рестриктивну концепцију саизвршилаштва* која за основу има теорију власти над дјелом (владајућа теорија у европском кривичном праву) према којој је саизвршилаштво ограничено само на оне дјелатности изван радње извршења које на одлучујући (или битан) начин доприносе извршењу кривичног дјела. То значи да статус саизвршиоца може имати само оно лице које предузима такве радње које *функционално* (а отуда и кривичноправно) имају *ранг радње извршења* и које његовог носиоца чине *партнером непосредном извршиоцу* или извршиоцима. Ово је постао владајући став не само у кривичноправној теорији, већ и судској пракси највећег броја европских земаља, али добрим дијелом и код нас.

Од законодавстава са југословенских простора, једино је наш закон остао на ранијем рјешењу овог веома значајног питања. Занимљиво је рјешење које је у члану 33 прихватио КЗ Србије из 2006. године, који изричито исти-

че да постоји и нехатно саизвршилаштво уколико је у питању учешће више лица у радњи извршења, а уколико је у питању остварење заједничке одлуке учешћем кроз неку другу радњу, тада се захтијева постојање само умишљаја, те да таква радња представља битан допринос извршењу кривичног дјела. Дакле, када су у питању радње које не представљају радњу из описа дјела, тада се истиче двоструко ограничење: радње којима се остварује заједничка одлука о извршењу дјела, морају бити *умишљајне* и морају представљати *битан допринос* у извршењу таквог дјела. У истом смислу би ваљало и у нашем КЗ у наредним измјенама уредити овај институт, што би битно допринијело његовој уједначенијој примјени у пракси.

IV. Поред тога, наш законодавац је приликом измјена КЗ из 2010. године, учинио и неке друге промјене које могу створити велике тешкоће у пракси. Наиме, одређујући радње које представљају подстрекавање (ваљда аналогно помагању), обухватио је и оне радње које у највећем броју случајева прије представљају посредно извршилаштво него подстрекавање. Ријеч је о радњама којима се лице доводи у стање стварне и правне заблуде. Наиме, иако је наше кривично право прихватило теорију лимитиране акцесорности, према којој се за постојање подстрекавања не захтијева постојање кривице на страни подстрекнутог, ипак ваља имати у виду да подстрекавање подразумијева однос између два лица (подстрекача и подстреканог) која су свјесна својих радњи и кривичног дјела које чине. Дакле, у случајевима у којима недостаје било какав субјективни однос подстрекнутог (непосредног извршиоца) према дјелу које чини, сасвим је оправдана примјена конструкције посредног извршиоца, јер она у кривичноправном смислу највише одговара природи такве ситуације. То је сасвим оправдано, имајући у виду да је лице које у овим случајевима дјелује у функцији “подстрекача” потпуно свјесно да непосредно дјелујући није свјестан своје радње, односно није свјестан да својом радњом врши кривично дјело. При таквом стању заправо и нема подстрекавања у кривичноправном смислу, јер се не може изазивати ни учвршћивати одлука код неког (суштинска одредница подстрекавања) ко се доводи или одржава заблуди у циљу извршења кривичног дјела. Стога ту одредбу и не садржи нови Приједлог измјена КЗ Републике Српске.

Prof. Miloš Babić, LL.D.
Law Faculty
Banja Luka University

AIDING AND ABETTING IN A CRIME

Summary

This paper studies a complex issue of several individuals participating in the commission of a crime, presenting various theoretical conceptions in determining the concept of aiding and abetting and their criminal law nature. In addition, the author opens all aspects and complexities of the institute of aiding and abetting, its criminal law significance, problems related to theoretical analysis, legal solutions and application of a series of questions and legal solutions referring to, lately, frequent form of a crime commission.

The second part of the paper deals with special forms of aiding and abetting, with special attention to some solutions and provisions which are not in line with modern tendencies dominant in European criminal jurisdiction. Furthermore, the paper handles the institute of indirect aiding and abetting which has not been sufficiently understood and explained in domestic legislation.

Finally, certain comments are made of some solutions in our criminal legislation, with special emphasis on provisions under article 180 of the Criminal Code of BiH leaving the dominant dualistic concept of aiding and abetting of the European criminal law only in relation to the felonies against international law, thus seriously undermining the integrity of the criminal law system in BiH introducing into the legislation and practice ardent discrimination of the offenders of the same crime.

Key words: *aiding and abetting, direct and indirect aiding and abetting, monistic and dualistic concept of aiding and abetting, sole offender, accessory aiding and abetting.*

OSVRT NA NEKA RJEŠENJA ZAKONA O ZAŠTITI I POSTUPANJU SA DJECOM I MALOLJETNICIMA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Prof. dr Ivanka Marković*

***Apstrakt:** Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku je stupio na snagu 1. januara 2012. godine, a jula mjeseca 2013. godine je stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnim licima u krivičnom postupku. Zakon sadrži odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava, koje se odnose na maloljetne učinioce krivičnih djela, kao i odredbe o krivičnopravnoj zaštiti djece na čiju štetu je izvršeno krivično djelo. U radu se daje kritički prikaz pojedinih odredaba materijalnog krivičnog prava.*

***Ključne riječi:** maloljetni izvršioци krivičnih djela, maloljetnički zatvor, mlađa punoljetna lica.*

1. Uvodne napomene

Maloljetni učinioци krivičnih djela u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima imaju drugačiji krivičnopravni status od punoljetnih učinilaca krivičnih djela. Neophodnost drugačijeg krivičnopravnog tretiranja ove grupe učinilaca krivičnih djela proizilazi ne samo iz spoznaje da se maloljetnici odlikuju posebnim psihofizičkim karakteristikama svoje ličnosti koje zahtijevaju drugačiji oblik društvenog reagovanja, već i iz obaveza koje proizilaze iz međunarodnih dokumenata. Neophodnost postojanja posebnih odredaba kojima se reguliše položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela naglašena je u Standardnim minimalnim pravilima UN za primjenu sudskih postupaka prema maloljetnicima (Pekinška pravila) iz 1985. godine, a Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine predviđa obavezu država da predvide posebna pravila o krivičnoj odgovornosti djece, o mjerama krivičnopravne prinude i o statusu maloljetnika u toku krivičnog postupka i u toku izvršenja krivič-

* Проф. др Иванка Марковић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

nih sankcija (čl. 37 i čl. 40 Konvencije). U toku 1990. godine, UN su donijele još nekoliko dokumenata kojima su dopunjena ranije usvojena Pekinška pravila. To su: Pravila UN za zaštitu maloljetnika lišenih slobode, Smjernice UN za sprečavanje maloljetničke delinkvencije (Rijadske smjernice) i Standardna minimalna pravila UN za mjere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila). Za razvoj savremenog krivičnog zakonodavstva i krivičnog položaja maloljetnih izvršioaca krivičnih djela, od posebnog su značaja tzv. Tokijska pravila, koja podstiču države ugovornice da u okviru svog nacionalnog zakonodavstva predvide široku skalu alternativnih mjera koje bi se primjenjivale prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela u svim fazama krivičnog postupka. Kao alternativne mjere predlažu se: usmene kazne, uslovni otpust, statusne kazne, novčane kazne, konfiskacija imovine, restitucija žrtve, suspendovane ili odložene kazne, nadzor socijalne službe i sudskih organa i nalozi za obavljanje poslova u okviru društvene zajednice. Posebnost krivičnog položaja maloljetnih učinilaca krivičnih djela naglašena je i u nekim evropskim dokumentima, kao što su: Društvena reakcija na maloljetničku delinkvenciju kod mladih lica koja dolaze iz porodica migranata iz 1989. g. (CE R ((0)6), Evropska pravila o društvenim sankcijama i mjerilima iz 1992. g. (CE 92)16) i Preporuka Savjeta Evrope o poravnanju u krivičnim postupcima 1999. g. (CE R(99)19). Navedeni dokumenti poslužili su kao osnov za reformu zakonske regulative krivičnog položaja maloljetnih učinilaca krivičnih djela u većini evropskih zakonodavstava. Ovakva tendencija prihvaćena je i u državama sa prostora bivše Jugoslavije, tako da je krivični položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela u potpunosti regulisan posebnim zakonima.¹

2. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske

U Republici Srpskoj je 2010. godine donijet Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu: Zakon) koji je stupio na snagu 1. januara 2011. godine.² Ovim zakonom se utvrđuju posebna pravila postupanja prema djeci koja se nalaze u sukobu sa zakonom, mladim punoljetnim licima i djeci koja su žrtve ili svjedoci po kojima su dužni da postupaju sudovi, tužilaštva, uključujući ovlašćena službena lica, organi starateljstva, porodice, škole, institucije na svim nivoima društvene zajednice, kao i drugi učesnici uključeni u krivičnu proceduru na način kojim se bez diskriminacije unapređuje osjećaj dostojanstva i lične vrijednosti djeteta, uzima u obzir uzrast djeteta, najbolji interesi djeteta, njegovo pravo na život, opstanak i razvoj, omogućava da dijete u skladu sa uzrastom i zrelošću izrazi svoje mišljenje po svim pitanjima koja se na njega odnose, pri čemu sva zalaganja treba da vode rehabilitaciji i socijalnoj reintegraciji djeteta i

¹ U vrijeme pisanja ovog referata takav zakon nije donesen jedino u Republici Sloveniji.

² Zakon je objavljen u „Službenom glasniku Republike Srpske“, br. 13/10.

njegovom preuzimanju konstruktivne uloge u društvu (član 1). Dakle, zakon sadrži odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava, koje se odnose na maloljetne učinioce krivičnih djela, kao i odredbe o krivičnopravnoj zaštiti djece na čiju štetu je izvršeno krivično djelo. Stoga je zakonodavac previdio da će se do stupanja na snagu ovog zakona, tj. do 1. januara 2011. godine, uskladiti odredbe Krivičnog zakona, Zakona o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, kao i odredbe drugih poripisa iz oblasti zaštite prava djece i maloljetnika sa ovim zakonom (čl. 200). Nažalost, to nije učinjeno u predviđenom roku, tako da su, u oblasti materijalnog krivičnog prava, istovremeno egzistirale odredbe Krivičnog zakona i ovog Zakona, koje su isto pitanje rješavale na drugačiji način (npr. odredbe o kazni maloljetničkog zatvora). Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske, kojim su navedene odredbe brisane iz Krivičnog zakona, objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srpske“ br. 1/12, dakle godinu dana nakon stupanja na snagu ovog Zakona i godinu dana nakon postavljenog roka za usklađivanje navedenih odredaba. Postavlja se pitanje zakonitosti primjene odredaba ovog Zakona u navedenom periodu, s obzirom da je odredbom člana 6 Krivičnog zakona Republike Srpske predviđeno da odredbe opšteg dijela ovog zakona važe za sve krivičnopravne odredbe sadržane u zakonima Republike Srpske, što zapravo znači da je do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama KZ-a, kojima su brisane odredbe o maloljetnim učinocima krivičnih djela, mjerodavne bile upravo odredbe Krivičnog zakona, a ne odredbe Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

Kao što smo rekli, ovaj Zakon sadrži odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava. Kada su u pitanju odredbe materijalnog krivičnog prava, odnosno krivičnopravna regulativa položaja maloljetnih učinilaca krivičnih djela, treba reći da, u odnosu na prethodno zakonsko rješenje, ovaj Zakon omogućava primjenu većeg broja alternativnih mjera prema maloljetnim učinocima krivičnih djela. Uvedena je nova alternativna mjera „**Policijsko upozorenje**“ koju, pod određenim uslovima, može izreći ovlašteno službeno lice sa posebnim znanjima uz odobrenje tužioca za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Novinu predstavljaju i „**Posebne obaveze**“ koje nakon stupanja na snagu ovog Zakona, predstavljaju samostalne krivične sankcije, odnosno posebnu vrstu vaspitnih mjera u okviru mjera upozorenja i usmjeravanja. Pored toga, daje se **moćnost izricanja vaspitnih preporuka** i za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora preko pet godina ako su ispunjeni uslovi iz člana 89 stav 1 ovog Zakona i ako je to srazmjerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela u skladu sa članom 9 ovog zakona (načelo srazmjernosti).³ Krivična djela za koja je propisana

³ Odredbom čl. 89 st. 1 predviđeno je da za krivična djela s propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do pet godina, tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak iako postoje dokazi da je maloljetnik učinio krivično djelo, ako smatra da ne bi bilo cjelishodno da se vodi postupak prema maloljetniku, s obzirom na prirodu krivičnog djela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloljetnika i njegova lična svojstva. Tužilac može postupiti na isti način i u slučaju krivičnog djela sa propisanom kaznom zatvora preko pet godina, ako je takvo postupanje u skladu sa principom

kazna zatvora preko pet godina ne bi se mogla smatrati lakšim krivičnim djelima, te se može postaviti pitanje da li je u situaciji kada maloljetnički kriminalitet raste, i to upravo u oblasti teških krivičnih djela, navedeno rješenje kriminalnopolitički opravdano. Tendencija blažeg krivičnog pravnog reagovanja na kriminalitet maloljetnika vidljiva je i u drugim mjerama krivičnog pravnog reagovanja na kriminalitet maloljetnika. Skraćeno je vrijeme trajanja pojedinih vaspitnih mjera, tako da npr. maloljetnik u vaspitnoj ustanovi može boraviti od šest mjeseci do dvije godine, dok je, prema ranijem rješenju, mogao u vaspitnoj ustanovi boraviti od šest mjeseci do tri godine. Vaspitna mjera „upućivanje u vaspitno-popravni dom“ može trajati od šest mjeseci do četiri godine, a prema ranijem zakonskom rješenju mogla je trajati od jedne do pet godina. Međutim, mi se u ovom radu nećemo baviti pitanjem kriminalnopolitičke opravdanosti pojedinih zakonskih rješenja,⁴ već ćemo se osvrnuti samo na neke odredbe materijalnog krivičnog prava, koje su, prema našem mišljenju, nedorečene i kontradiktorne. Takve su odredbe o kazni maloljetničkog zatvora, o mlađim punoljetnim licima, kao i odredbe o izricanju krivičnih sankcija punoljetnim licima za krivična djela koja su učinila kao maloljetnici, a u vrijeme suđenja su punoljetni. Interesantno je napomenuti da propusti i greške koje su učinjene u navedenim odredbama nisu ispravljene ni Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 61/13 od 27.06.2013. godine) koji je stupio na snagu u julu mjesecu 2013. godine.

1.1. Kazna maloljetničkog zatvora

Kada su u pitanju odredbe o kazni maloljetničkog zatvora, treba reći da u pogledu uslova za njeno izricanje nisu učinjene nikakve izmjene. Kazna maloljetničkog zatvora i dalje predstavlja najtežu krivičnu sankciju koja se može izreći samo starijem maloljetniku koji je učinio krivično djelo sa propisanom kaznom zatvora višom od pet godina, ako zbog visokog stepena njegove krivice i teških posljedica krivičnog djela ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu mjeru (čl. 50).⁵ Izmjene su učinjene u pogledu pravila za odmjerenje i izricanje kazne maloljetničkog zatvora.

srazmjernosti iz člana 9 ovog zakona. Radi utvrđivanja ovih okolnosti, tužilac može zatražiti obavještenja od roditelja, odnosno starooca maloljetnika, drugih lica i ustanova, a kada je to potrebno, može ova lica i maloljetnika pozvati radi neposrednog obavještanja. Princip srazmjernosti (čl. 9) daje mogućnost izbora i primjene zakonom predviđene sankcije i mjera koje su prilagođene ličnim svojstvima, sredini i prilikama u kojima maloljetnik živi i u srazmjeri sa okolnostima i težinom učinjenog krivičnog djela i uvažavanjem prava lica oštećenog krivičnim djelom, a sve to u najboljem interesu maloljetnika koji je u sukobu sa zakonom.

⁴ Ozbiljna rasprava o tome će se moći voditi tek nakon jednog dužeg vremenskog perioda, i to na osnovu statističkih podataka koji bi omogućavali uvid u stopu povrata kod lica koja su prvi put krivično djelo učinila kao maloljetnici.

⁵ Član 50 Zakona je izmijenjen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

Prema **odredbi čl. 50 st. 1** ovog Zakona, **kazna maloljetničkog zatvora** koja se izriče maloljetnom učiniocu krivičnog djela ne može biti duža od pet godina, a izriče se na pune godine ili na mjesece. Za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora teža od deset godina, maloljetnički zatvor može trajati do deset godina. Dakle, za razliku od prethodnog zakonskog rješenja, prema kojem je kazna maloljetničkog zatvora mogla biti izrečena u trajanju od jedne do deset godina, ovim Zakonom su predviđena dva opšta maksimuma kazne maloljetničkog zatvora. Prvi opšti maksimum se primjenjuje u slučaju kada se maloljetnički zatvor izriče za krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora viša od pet godina, a drugi opšti maksimum u slučaju kada se ova kazna izriče za krivična djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora teža od 10 godina. Opšti minimum kazne maloljetničkog zatvora nije određen, što prema našem mišljenju predstavlja ozbiljan propust zakonodavca, jer se radi o posebnoj vrsti kazne lišenja slobode čiji opšti minimum i opšti maksimum moraju biti određeni zakonom. Takav propust zapravo ukazuje na elementarno nepoznavanje osnovnih načela krivičnog prava od strane redaktora ovog Zakona, jer je zahtjev koji se odnosi na zakonsku određenost kazne (*nulla poena sine lege scripta*) sastavni dio načela zakonitosti na kojem se temelji savremeno krivično zakonodavstvo. Interesantno je da ovaj propust zakonodavac nije ispravio ni Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, što argumentuje prethodno izrečenu tvrdnju. Napominjemo da je opšti minimum kazne maloljetničkog zatvora precizno određen u svim zakonima u okruženju, te nije jasno zašto autori ove odredbe nisu konsultovali i uporedno zakonodavstvo. S obzirom da trenutno u krivičnom pravu Republike Srpske nije određen opšti minimum kazne maloljetničkog zatvora, postavlja se pitanje koji je to najmanji vremenski period na koji može biti izrečena ova kazna, odnosno može li se kao opšti minimum ove kazne uzeti opšti minimum kazne zatvora koji iznosi 30 dana? Prema našem mišljenju, takvo rješenje ne samo da bi bilo nezakonito, jer se radi o različitim vrstama kazni, već bi bilo i kriminalnopolitički neopravdano i nelogično, jer postoje druge krivične sankcije za maloljetnike koje su po svojoj prirodi lakše, a opšti minimum im je šest mjeseci.

I odredba stava 2 ovog člana takođe upućuje na zaključak da redaktori ovog zakona nisu posvetili dovoljno pažnje pisanju njegovih odredaba. Naime, pomenu-tom odredbom je predviđeno da „pri odmjeravanju kazne starijem maloljetniku za krivično djelo, sud ne može izreći kaznu maloljetničkog zatvora u trajanju dužem od kazne zatvora propisane za to krivično djelo, a nije vezan za najmanju propisanu mjeru te kazne“. Ako se ima u vidu odredba stava 1 istog člana prema kojoj je opšti maksimum kazne maloljetničkog zatvora pet godina ako se izriče za krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina, odnosno deset godina za krivična djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, odnosno u slučaju sticaja dva djela za koja je propisana kazna zatvora preko deset godina i laiku je potpuno

jasno da nema ni teoretske mogućnosti da izrečena kazna maloljetničkog zatvora dostigne, a kamoli pređe posebni maksimum predviđene kazne zatvora.

Zakon predviđa mogućnost odgođenog izricanja i naknadnog izricanja kazne maloljetničkog zatvora. *Odgođeno izricanje* kazne maloljetničkog zatvora, po svojoj suštini podsjeća na uslovnu osudu. Naime, prema **čl. 54 st. 1** sud može *izreći* kaznu maloljetničkog zatvora i istovremeno odrediti da je *neće izvršiti* kada se opravdano može očekivati da se i prijetnjom *naknadnog izricanja* kazne može uticati na maloljetnika da ubuduće ne vrši krivična djela. Navedena odredba je nejasna, jer određuje da sud *izriče* kaznu i istovremeno određuje da je *neće izvršiti* ako se može očekivati da će prijetnja *naknadnog izricanja* kazne uticati na maloljetnika da ubuduće ne vrši krivična djela. Nije jasno zašto se prijeti naknadnim izricanjem kazne koja je već izrečena. Logično bi bilo da se prijeti naknadnim izricanjem kazne koja je *utvrđena*, kao što je to slučaj kod uslovne osude. Zapravo, čini nam se da je i ovdje zakonodavac napravio terminološke greške, te da se ova odredba odnosi na prijetnju naknadnog izvršenja već izrečene kazne, a ne na prijetnju naknadnog izricanja kazne koja je već izrečena. Na ovaj zaključak upućuje i **stav 2** ovog člana prema kojem sud *naknadno može izreći izvršenje izrečene kazne* maloljetničkog zatvora ako maloljetnik, za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne ni duže od tri godine (vrijeme provjeravanja), učini novo krivično djelo ili ako odbija da postupi po izrečenoj vaspitnoj mjeri pojačanog nadzora ili izvršenju posebnih obaveza. **Stavom 3 ovog** člana predviđeno je da „nakon što protekne najmanje jedna godina vremena provjeravanja, sud može nakon što pribavi izvještaj organa starateljstva, izreći *konačni odustanak od izricanja* kazne, ako nove činjenice potvrđuju uvjerenje da maloljetnik neće učiniti nova krivična djela.“ Nejasno je kako sud može izreći konačan odustanak od izricanja kazne koja je već izrečena (v. stav 1 ovog člana). Međutim, bez obzira na terminološke propuste, smatramo da je odredba stava 3 suvišna, jer je potpuno jasno da protekom vremena provjeravanja, u kojem je maloljetnik izvršio sve obaveze koje su mu nametnute, prestaje mogućnost naknadnog izricanja kazne maloljetničkog zatvora.

1.2 Primjena odredaba o maloljetnicima na punoljetna i mlađa punoljetna lica

Kao i u prethodnom zakonskom rješenju, i ovaj Zakon pravi razliku između situacije kada se sudi punoljetnom licu za krivično djelo koje je učinio kao mlađi maloljetnik i situacije kada se sudi punoljetnom licu za krivično djelo koje je učinio kao stariji maloljetnik. Ako je punoljetno lice, koje je krivično djelo izvršilo kao mlađi maloljetnik, navršilo dvadeset i jednu godinu, njemu se za to krivično djelo ne može suditi (čl. 68). Za razliku od prethodnog zakonskog rješenja (čl. 91 Krivičnog zakona Republike Srpske) kojim je bilo predviđeno da se punoljetnom licu koje je krivično djelo izvršilo kao mlađi maloljetnik, a u vrijeme suđenja nije navršilo dvadeset i jednu godinu, može suditi samo za krivično djelo za koje je predviđena kazna

zatvora teža od pet godina, ovaj Zakon ne predviđa takvo ograničenje. Iz toga proizilazi da se punoljetnom licu, koje u vrijeme suđenja nije navršilo dvadeset i jednu godinu, može suditi za sva krivična djela (bez obzira na visinu propisane kazne) koja su izvršili kao mlađi maloljetnici. Ovako rješenje je potpuno suprotno tendenciji blažeg krivičnogpravnog reagovanja prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, koja dolazi do izražaja u svim odredbama materijalnog krivičnog prava.

Prema članu 69 ovog Zakona, punoljetnom licu koje je krivično djelo učinilo kao **maloljetnik**, a u vrijeme suđenja nije navršilo 23 godine života, može se izreći odgovarajuća vaspitna mjera (posebna obaveza, mjera pojačanog nadzora nadležnog organa starateljstva i zavodska mjera upućivanja u vaspitno-popravni dom), a ukoliko su ispunjeni zakonski uslovi i kazna maloljetničkog zatvora. Pri ocjeni da li će izreći vaspitnu mjeru ili maloljetnički zatvor, sud uzima u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito težinu učinjenog krivičnog djela, vrijeme koje je proteklo od njegovog izvršenja, porodične prilike, ponašanje izvršioca, kako se izvršilac uključio u redovni život, kao i svrhu koju želi postići primjenom ove sankcije (čl. 69 st. 1). Dakle, odredbom člana 69 stav 1 zakonodavac daje mogućnost da se punoljetnom licu, koje je krivično djelo izvršilo kao maloljetnik, a u vrijeme suđenja nije navršilo 23 godine života, izreknu odgovarajuće krivične sankcije za maloljetnike. S obzirom da je odredbom čl. 2 stav 3 ovog Zakona propisano da je maloljetnik „dijete koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršilo 14 godina, a nije navršilo 18 godina (u daljem tekstu: maloljetnik) ...“,⁶ proizilazi da će se odgovarajuće krivične sankcije izreći i punoljetnom licu koje je krivično djelo izvršilo kao mlađi maloljetnik (u periodu od 14 do 16 godina), ako u vrijeme suđenja nije navršilo 23 godine života. S obzirom da zakonodavac u citiranoj odredbi nije precizirao o kojoj kategoriji maloljetnika se radi, navedeno tumačenje je potpuno logično i ispravno. Iz navedenog proizilazi da je odredba čl. 69 stav 1 u suprotnosti sa odredbom čl. 68 ovog Zakona kojom je isključena mogućnost suđenja, a time i mogućnost izricanja krivičnih sankcija, punoljetnom licu koje je krivično djelo izvršilo kao mlađi maloljetnik, a navršilo je 21 godinu života. Imajući u vidu sadržinu odredbe člana 69 stav 1 kojom se zapravo navode krivične sankcije koje se mogu izreći punoljetnom licu za krivična djela koja je učinio kao maloljetnik, mišljenja smo da je zakonopisac napravio grešku u pogledu ograničenja životnog doba punoljetnog lica kojem se sudi, jer bi logično bilo da se odredba člana 69 stav 1 odnosi na punoljetna lica koja u vrijeme suđenja nisu navršila 21 godinu života, a krivično djelo su izvršila kao maloljetnici.⁷ Interesantno je da ni ovaj propust nije ispravljen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

⁶ Vidi odredbu čl. 2 ovog Zakona.

⁷ Sličnu odredbu nalazimo u Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica Republike Srbije, koji u članu 40 stav 2 predviđa da se punoletnom licu koje je krivično delo izvršilo kao maloletnik, a u vreme suđenja nije navršilo dvadeset i jednu godinu, može izreći odgovarajuća vaspitna mera (posebna obaveza, mera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva ili mera upućivanja u vaspitno-popravni dom), a iz razloga predviđenih u članu 28 ovog zakona, kazna maloletničkog zatvora.

Prema odredbi čl. 3 st. 3 ovog Zakona, **mlađa punoljetna lica** su lica koja su u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršila 18, a nisu navršila 21 godinu života. U odnosu na mlađe punoljetne učinioce krivičnih djela važe odredbe Krivičnog zakona, a pod uslovima propisanim ovim zakonom, na njih se primjenjuju i odredbe za maloljetne učinioce (čl. 70). Međutim, u odredbi člana 71 stav 1, pod naslovom „Izricanje vaspitnih mjera mlađim punoljetnim licima“, zakonodavac predviđa da licu koje je kao punoljetno učinilo krivično djelo, a u vrijeme suđenja nije navršilo 23 godine života, sud može izreći bilo koju mjeru posebnih obaveza, mjeru pojačanog nadzora nadležnog organa starateljstva ili odgovarajuću zavodsku vaspitnu mjeru „ako se, s obzirom na njegovu ličnost i okolnosti pod kojima je krivično djelo učinilo, može očekivati da će se i vaspitnom mjerom postići svrha koja bi se ostvarila izricanjem kazne. Iz ove odredbe proizilazi da je mlađe punoljetno lice ono lice koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršilo 18 godina života, a u vrijeme suđenja nije navršilo 23 godine života. To dovodi u pitanje odredbu čl. 3 st. 3 ovog Zakona, prema kojoj se kategorija mlađih punoljetnih lica određuje prema uzrastu učinioca djela u vrijeme izvršenja djela (od 18 do 21 godine), a ne i prema uzrastu učinioca u vrijeme suđenja. Na nelogičnost odredbe iz stava 1 člana 71 ovog Zakona ukazuje i odredba stava 3 istog člana u kojoj se propisuje da izrečena vaspitna mjera može trajati najduže dok učinilac ne navrši 23 godine života. Dakle, učiniocu koji je u vrijeme suđenja mlađi od 23 godine, npr. ima 22 godine i 8 mjeseci, može se izreći vaspitna mjera koja može trajati samo dotle dok učinilac ne navrši 23 godine života. Čini nam se da je zakonodavac i kod ove zakonske odredbe napravio ozbiljan propust koji je neophodno što prije otkloniti. Postavljanjem ove dobne granice do koje mogu trajati vaspitne mjere na poseban način je određeno i trajanje vaspitnih mjera. One prestaju u trenutku kad mlađe punoljetno lice navrši dvadeset i tri godine života, jer se smatra da nakon tog životnog doba vaspitne mjere ne mogu djelovati u smislu ostvarivanja ciljeva specijalne prevencije.

Prof. Ivanka Marković, LL.D.
Law Faculty
Banja Luka University

**REVIEW OF SOME SOLUTIONS OF THE PROTECTION AND
TREATMENT OF CHILDREN AND MINORS IN CRIMINAL
PROCEEDINGS ACT**

Abstract

The Protection and Treatment of Children and Minors in Criminal Proceedings came into effect on 1 January 2012, and the Amendment to the Protection and Treatment of Children and Minors in Criminal Proceedings in July 2013. The Act contains the provisions of substantial, procedural and enforcement criminal law that refer to juvenile criminal offenders, including provisions on criminal law protection of children as victims of a criminal act. This paper is a critical review of certain provisions of substantial criminal law.

Key words: *juvenile criminal offenders, juvenile prison, junior adults.*

PROBLEM ODGOVORNOSTI I KAŽNJIVOSTI ZA PRIPREMANJE KRIVIČNOG DELA

Prof. dr Dragan Jovašević*

***Apstrakt:** U procesu izvršenja krivičnog dela moguće je više stadijuma ili faza. Prvi je stadijum psihološkog karaktera, u kome lice razmatra mogućnost uspešnog izvršenja krivičnog dela. Na osnovu donete odluke, odmah ili u nekom kasnijem vremenskom periodu, to lice pristupa ostvarenju svoje odluke i preuzima radnju izvršenja planiranog krivičnog dela, čime prouzrokuje posledicu (pa postoji svršeno krivično delo) ili pak posledica izostane (pa postoji pokušaj krivičnog dela). Ponekad su mu za preuzimanje radnje potrebne pripremne radnje. To su radnje kojima se stvaraju uslovi i pretpostavke da uopšte izvrši planirano krivično delo ili pak da ga izvrši brže, lakše i jednostavnije. U pogledu određivanja pojma, vrste i uloge pripremnih radnji u savremenom krivičnom pravu, te na osnovu njihove kažnjivosti, nema jedinstvenog mišljenja, pa se tako razlikuju zakonodavstva koja pripremne radnje predviđaju kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, dok druga zakonodavstva ne poznaju pripremne radnje kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, već kao samostalno krivično delo. Upravo o pojmu, vrstama i značaju pripremnih radnji u teoriji, praksi i zakonodavstvu, govori ovaj rad.*

***Кljučne reči:** pripremne radnje, krivično delo, učinilac, sud, odgovornost, krivična sankcija.*

UVODNA RAZMATRANJA

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu, preuzimanjem radnje izvršenja konkretnog krivičnog dela, pa do preuzimanja zakonom propisane delatnosti (radnje izvršenja), zaista, u životu, ali i u zakonodavstvu, pravnoj teoriji i sudskoj praksi, može da postoji nekoliko stadijuma ili faza koji imaju različit krivičnopravni značaj.

* Правни факултет Универзитета у Нишу

Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema ni krivičnog dela, jeste donošenje odluke da se pristupi izvršenju krivičnog dela (iter criminis)¹. Pošto je doneta odluka, učinilac obično odmah pristupa i samom izvršenju krivičnog dela, tj. preduzimanju zakonom propisane delatnosti činjenja ili nečinjenja, jedne ili više njih, koje su određene kao elemenat bića krivičnog dela i prouzrokovanju posledice. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja na objektu napada u spoljnom svetu nastupa, pa tada postoji svršeno krivično delo.²

No, moguće je da je učinilac preduzeo sve zakonom propisane delatnosti, ali da posledica na objektu napada (u smislu povrede ili ugrožavanja) ipak izostane usled različitih okolnosti. Ako do posledice nije došlo nezavisno od radnje i odluke učinioca, već usled dejstva objektivno postojećih spoljnih, ali nesigurnih okolnosti, tada postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo.³ No, moguće je da posledica krivičnog dela izostane usled naknadno donete odluke učinioca da spreči nastupanje posledice koju je prethodno želeo da ostvari preduzetom radnjom izvršenja. Ako uspe u svom nastojanju da u ovom slučaju otkloni nastupanje posledice krivičnog dela na objektu napada iako je preduzeo radnju izvršenja, tada postoji dobrovoljni odustanak od krivičnog dela. Pojedina shvatanja u pravnoj teoriji⁴ zaključuju da svršeno i pokušano krivično delo, zapravo, predstavljaju samo oblike ili forme izvršenja krivičnog dela u spoljašnjem svetu.

Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke od strane učinioca, već je za to potrebno preduzeti određene pripremne radnje. To su različite delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, ali su one takvog karaktera, značaja i uloge kojima se omogućava ili olakšava izvršenje nameravanog krivičnog dela. Naime, ovim se radnjama stvaraju neophodni uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. To znači da su u procesu izvršenja krivičnog dela moguća četiri stadijuma (faze)⁵: 1) odluka za izvršenje krivičnog dela, 2) pripremne radnje, 3) pokušaj krivičnog dela, i 4) svršeno krivično delo.

STADIJUMI PRE IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA

U savremenom krivičnom zakonodavstvu prisutna su različita rešenja u pogledu propisivanja u zakonu, pravne prirode i značaja pripremnih radnji, kao i kod

¹ Istina, u teoriji ima shvatanja da postoje i takva krivična dela koja ne zahtevaju postojanje posebne odluke za njegovo izvršenje. To su krivična dela izvršena sa umišljajem na mah (ubistvo i teška telesna povreda). Više: D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2011. godine, str. 675.

² Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007. godine, str. 178-179.

³ Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2003. godine, str. 178.

⁴ F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8. Auflage, Leipzig, 1922. godine, str. 98.

⁵ D. Jovašević, "Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije", Beograd, 2002. godine, str. 68-76.

utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjivosti njihovih učinilaca.⁶ S jedne strane, postoje zakonodavstva koja izričito propisuju pripremne radnje kao posebnu fazu (stadijum) u izvršenju krivičnog dela, za što učinilac krivičnog dela odgovara i kome sledi primena kazne ili druge krivične sankcije. S druge strane, postoje i takva krivična zakonodavstva koja ne propisuju odgovornost za pripremne radnje kao za poseban stadijum (fazu) u izvršenju krivičnog dela. No, to ne znači da i takva zakonodavstva u posebnom delu pri određivanju pojedinih krivičnih dela ne propisuju određene pripremne radnje kao samostalna krivična dela. Dakle, ovde su pripremne radnje samostalne radnje izvršenja konkretnog krivičnog dela, što znači da samim započinjanjem pripremne radnje, postoji pokušaj ovog posebnog krivičnog dela.

Dakle, dva su stadijuma koja prethode preduzimanju radnje izvršenja krivičnog dela za koja još uvek u teoriji, praksi i zakonodavstvu, zavisno od potreba kriminalne politike, nema saglasnosti u pogledu njihove kažnjivosti. Jedan od tih stadijuma je obavezan i nužan. To je donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela. No, u pravnoj teoriji ima shvatanja koja ukazuju da postoje i takva krivična dela koja su izvršena bez unapred donete odluke učinioca – kada je radnja izvršenja preduzeta na mah (ubistvo na mah i teška telesna povreda na mah).

Drugi stadijum u procesu izvršenja krivičnog dela je moguć, ali nije obavezan. To su pripremne radnje. Krivični zakonik Republike Srbije⁷ više ne predviđa pripremne radnje kao fazu u izvršenju krivičnog dela za koju se kažnjava, ali u posebnom delu je na više mesta predviđeno kažnjavanje za pripremne radnje kao za samostalno krivično delo.⁸

Donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela predstavlja psihološki, misaoni, svesni i voljni proces koji se sastoji u uočavanju, analiziranju, prosuđivanju različitih mogućnosti i odabiranju jedne od njih, te koncentraciji i usmerenosti volje u cilju njenog ostvarenja.⁹ U ovom slučaju bira se delatnost i usmerava volja ka njenom ostvarenju. Pošto donošenje odluke predstavlja nevidljiv, unutrašnji, psihološki proces, sve dok odluka ne bude saopštena ili na drugi način izražena u spoljnom svetu, ona ne može biti saznata, pa prema tome, ne može biti ni predmet krivičnopravne represije. Jer, ma kakva bila zločinačka, kriminalna misao, i ma kakva bila volja za njeno ostvarenje, ona ne može da prouzrokuje nikakvu posledicu, sve dok se ne izrazi, materijalizuje telesnim pokretom ili propuštanjem telesnog pokreta u spoljnom svetu. To je osnovni razlog što se u savremenom krivičnom pravu ne kažnjava za misli i želje, odnosno za donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela što odgovara duhu stare maksime “*cogitationis poenam nemo patitur*”.

⁶ D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Niš, 2013. godine, str. 175.

⁷ “Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 85/2005.

⁸ D. Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007. godine, str. 14-16.

⁹ U pravnoj teoriji se javlja veći broj autora prema kojima je prvi stadijum u izvršenju krivičnog dela promišljanje, razmišljanje, odlučivanje o krivičnom delu (Lj. Bavcon, A. Šelih, *Kazensko pravo, Splošni del*, Ljubljana, 1998. godine, str. 213).

PRIPREMNE RADNJE U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

1. Pojam, karakteristike i vrste pripremnih radnji

Pripreme radnje su ranije, u smislu člana 18 Krivičnog zakona SFRJ¹⁰ iz 1976. godine (kasnije Osnovnog krivičnog zakona) predstavljale delatnosti kojima se umišljajno priprema izvršenje krivičnog dela. One se preduzimaju sa ciljem da se stvore pogodni uslovi i pretpostavke za efikasno i uspešno izvršenje krivičnog dela. Po svom karakteru pripreme radnje predstavljaju čitav niz različitih delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, prethode radnji krivičnog dela i ne ulaze u njen sastav, pa još uvek i ne predstavljaju napad na zaštićeno dobro. Te radnje same za sebe su vrednosno neutralne, pa svoj kriminalni sadržaj dobijaju samo ako se one dovedu u vezu sa zločinačkom namerom (kriminalnom odlukom)¹¹. Kažnjavanje za pripreme radnje predstavlja izraz tendencije u modernom krivičnom pravu za proširenjem zone kažnjivosti. Ovde se radi o stavu društva o tome u kom momentu je opravdano reagovati krivičnopravnom represijom na određeno ponašanje.¹²

To su po sadržini radnje koje treba da omoguće da se planirano krivično delo: 1) uopšte izvrši, 2) da se izvrši lakše, brže, efikasnije i jednostavnije, i 3) da se onemogući ili oteža njegovo otkrivanje ili dokazivanje krivice njegovog učinioca (ante portas delicti). Time pripreme radnje predstavljaju svojevrsan doprinos procesu ostvarenja posledice krivičnog dela koja bez njihovog preduzimanja ne bi uopšte nastupila ili ne bi nastupila u planirano vreme, na planiranom mestu ili u planiranom obimu i intenzitetu. Posle donete odluke o izvršenju krivičnog dela, pripreme radnje znače prvo i ozbiljnije angažovanje učinioca oko ostvarenja krivičnog dela i zato su i društveno opasnije u odnosu na prethodnu fazu (donošenje odluke). Razlog za njihovu inkriminaciju leži, kako u njihovoj opasnoj prirodi, tako i u značaju objekta kome se pruža zaštita.¹³

Iako su pripreme radnje preduzete sa ciljem da se omogući ili olakša izvršenje krivičnog dela¹⁴, one još uvek ne predstavljaju ispunjenje bića krivičnog dela čijem pripremanju služe, sadržajno se razlikuju od radnje izvršenja i predstavljaju njen prethodni stadijum. One su prostorno i vremenski udaljene od radnje izvršenja krivičnog dela, pa još uvek ne predstavljaju opasnost za zaštićeno ljudsko ili društveno dobro.¹⁵ Pripreme radnje (u slučaju kada su kažnjive) sastoje se iz različitih delatnosti. Neke od tih delatnosti su usko vezane za radnju izvršenja, tako da pred-

¹⁰ "Službeni list SFRJ" broj 44/76.

¹¹ Z. Zomić, Krivično pravo I, Krivično djelo, Sarajevo, 2007. godine, str.125-126.

¹² A. Laingui, La responsabilite penale dans l'ancien droit, Paris, 1977. godine, str.137.

¹³ M. Radovanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1975. godine, str.127-129.

¹⁴ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2009. godine, str.140-141.

¹⁵ P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004. godine, str.271.

stavljaju značajan ili bitan uslov njenog izvođenja, dok su druge pripreme radnje manje ili više udaljene od radnje izvršenja, tako da ne predstavljaju neposredan napad na zaštićeno dobro, niti ga ugrožavaju. Kao pripreme radnje javljaju se sledeće delatnosti:

1. nabavljanje i osposobljavanje sredstava za izvršenje krivičnog dela (koje predstavljaju najčešće pripreme radnje u sudskoj praksi),
2. otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela,
3. dogovaranje, planiranje ili organizovanje sa drugima izvršenja krivičnog dela, i
4. druge radnje kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog dela.

2. Kažnjivost pripremnih radnji

Pripreme radnje predstavljaju drugi mogući stadijum, fazu u procesu izvršenja krivičnog dela, ali koji nije neophodan u svakom konkretnom slučaju. Ovaj stadijum je moguć zato što pripreme radnje nisu uvek i u svakom slučaju nužne za proces izvršenja krivičnog dela. S obzirom da pripreme radnje predstavljaju ispoljenu odluku za izvršenje krivičnog dela u spoljnom svetu, i to najčešće fizičkim, telesnim aktivnostima, to one predstavljaju veću opasnost, pa se stoga u krivičnom pravu i postavlja pitanje njihovog kažnjavanja. Pri tome treba istaći da kod nehatnih krivičnih dela, nema ni odluke za njihovo izvršenje, ni pripremnih radnji, pa čak ni pokušaja.¹⁶

Tako su u savremenom krivičnom pravu zastupljena dva shvatanja u pogledu kažnjavanja za pripreme radnje. Prema prvom shvatanju (koje je prihvaćeno u većem broju savremenih krivičnih zakona) za pripreme radnje se u načelu ne kažnjava, sem u izuzetnim slučajevima koji moraju biti kao takvi izričito predviđeni u posebnom delu krivičnog zakona. Po drugom shvatanju, za pripreme radnje treba predvideti kažnjavanje kao za opšti institut i tako omogućiti, ali i ograničiti njihovo kažnjavanje u konkretnim slučajevima u posebnom delu krivičnog zakona. Retka su savremena krivična zakonodavstva koja izričito predviđaju kažnjavanje za pripreme radnje kao za stadijum u izvršenju krivičnog dela.¹⁷

U davanju odgovora na pitanje da li pripreme radnje treba kažnjavati ili ne i kako, razvile su se dve teorije. To su¹⁸: 1) objektivna teorija koja polazi od toga da treba kazniti samo one učinioce koji su svojom radnjom povredili ili ugrozili tuđe

¹⁶ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, *ibid.*, str. 270.

¹⁷ Takvi su : Krivični zakonik Holandije u članu 46, Krivični zakonik Ruske federacije u članu 29, Krivični zakonik Belorusije u članu 15, Krivični zakonik Bugarske u članu 17, Krivični zakonik NR Kine u članu 22.

¹⁸ V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo*, *Opći dio*, *op.cit.*, str. 141.

pravno dobro. Pošto pripreme radnje još uvek nisu prouzrokovale nikakvu posledicu, za njih i ne treba kažnjavati, i 2) subjektivna teorija koja polazi od činjenice da lice koje sa umišljajem (namerom) preduzima pripreme radnje iskazuje dovoljno visok stepen zločinačke volje, kao i kod preduzimanja radnje izvršenja krivičnog dela bez obzira da li je do njegovog izvršenja uopšte i došlo u konkretnom slučaju. Upravo zato takvo lice treba kazniti nezavisno od toga da li je izvršilac dovršio pripremano krivično delo ili ne.¹⁹

Za pripreme radnje se, po pravilu, ne kažnjava jer su one toliko udaljene od izvršenja krivičnog dela čijem pripremanju služe, tako da ne mogu ozbiljno uzdrmati pravni osećaj javnosti, niti se njima ugrožavaju pravna dobra. No, nekažnjivost za pripreme radnje može još i podsticajno da deluje na učinioca da odustane od izvršenja krivičnog dela koje je pripremao. Iz pripremnih radnji, dalje, ne može se sa sigurnošću zaključiti da će lice stvarno i da pristupi realizaciji donete odluke o izvršenju krivičnog dela, pa je načelno gledište zakonodavca o njihovom nekažnjavanju rezultat, između ostalog, i težnji za pravnom sigurnošću građana.²⁰

Pripremanje krivičnog dela samo kao izuzetak pod tačno određenim uslovima može da dovede do odgovornosti lica koje ih preduzima. Pripremanje krivičnog dela, zapravo, zasniva odgovornost njihovog učinioca samo kada se to zbog težine krivičnog dela, značaja pripremnih radnji ili iz drugih kriminalnopolitičkih razloga smatra nužnim. Radnje pripremanja krivičnog dela ne ulaze u njegovo izvršenje. One "spoljne" sadržajno su različite od radnje izvršenja, sadržane u zakonskom biću krivičnog dela. To je pravilo, osim kada zakonsko biće određenog krivičnog dela obuhvata i pripreme radnje.²¹

Osim toga, pripreme radnje su same po sebi vrednosno neutralne, pa kriminalni sadržaj dobijaju samo ako ih je moguće povezati sa kriminalnom namerom. No, čak i ako u tom stadijumu postoji učiniočeva namera da izvrši krivično delo, to još uvek ne znači da će ga on zaista i izvršiti preduzimanjem radnje izvršenja u spoljnom svetu, jer još uvek postoji mogućnost da se u međuvremenu predomisli i odustane od planiranog dela. S druge strane, vrlo lako može doći do zloupotrebe u obliku olakog pripisivanja postojanja kriminalne namere za određene pripreme radnje kod nekog lica, pa i razlozi pravne sigurnosti nameću oprez u kažnjavanju za pripreme radnje. Tu pravnu sigurnost su posebno dovodile u pitanje pripreme radnje koje su bile obuhvaćene širokom i neodređenom formulom "ko učini delo upravljeno na...", kod tzv. političkih krivičnih dela.²²

U određenim slučajevima kriminalno-politički razlozi²³ nalažu zakonodavcu da odstupa od načelne nekažnjivosti pripremnih radnji. U takvom slučaju zakonoda-

¹⁹ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005. godine, str. 109-110.

²⁰ V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo*, op.cit., str. 141.

²¹ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007. godine, str. 143.

²² P. Novoselec, *Opći dio kaznenog pava*, op.cit., str. 271.

²³ D. Jovašević, M. Kostić, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Niš, 2012. godine, str. 201-204.

vac može da postupi na dva načina²⁴:

1. Zakon može biće nekog krivičnog dela da proširi na sve moguće pripremljene radnje. To su "nesamostalna krivična dela" ili *delictum preparatum*. Ovde pripremanje nema samostalan značaj. Na ovaj način zakonodavac inkriminiše pripremanje tako da biće krivičnog dela proširuje i na sve moguće pripremljene radnje koje omogućuju ili olakšavaju izvršenje krivičnog dela. Dakle, ovde se radi o proširenju zone zaštite određenih pravnih dobara kojima je zakonodavac zbog njihovog osobitog značaja pružio zaštitu u toj ranoj fazi, fazi pripremanja krivičnog dela²⁵. Takvo pripremanje je supsidijarno u odnosu na pokušano ili izvršeno krivično delo, pa tu postoji prividni sticaj.

Ovde se, zapravo, radi o inkriminisanju pripremljenih radnji samo kao prethodnog stadijuma u ostvarenju drugog krivičnog dela – onog dela na čije izvršenje su upravo pripremljene radnje i preduzimane. One nemaju svoju krivičnopravnu autonomiju i zbog toga ne predstavljaju samostalno krivično delo.²⁶ Budući da u ovom slučaju pripremljene radnje ne predstavljaju samostalno krivično delo, njihova kažnjivost dolazi u obzir samo ako nije došlo i do izvršenja pripremljenog krivičnog dela, koje je u odnosu na pripremljene radnje primarnog karaktera. To ukazuje da je priroda ovih dela kao pripremljenih radnji takva da se ono pojavljuje samo kao niži stadijum u ostvarenju primarnog krivičnog dela, što znači da one postoje samo ako je kriminalna aktivnost u tom stadijumu i završena.²⁷ To je najčešće slučaj kod političkih krivičnih dela, koja po svojoj prirodi i karakteru zahtevaju raniju krivičnopravnu intervenciju, jer bi svako odugovlačenje takve reakcije moglo dovesti do političkih promena koje bi onemogućile kažnjavanje.²⁸

2. Zakon može zbog posebne opasnosti određenih (dakle ne svih) pripremljenih radnji da ih proglasi kao samostalno krivično delo. To su "samostalna krivična dela" ili krivična dela *sui generis*. Kod ovih krivičnih dela učinilac ne mora pripremati tačno određeno krivično delo, nego je dovoljno da ono bude generički određeno.²⁹ Ovde se radi o krivičnim delima koja su po svom sadržaju pripremljene radnje, ali koje nisu vezane za neko bliže određeno krivično delo. Zbog njihove izražene opasnosti, ove radnje su u zakonu propisane kao posebna, samostalna krivična dela.³⁰

Razlika između ove dve vrste kažnjivih pripremljenih radnji, kao krivičnih dela, ogleda se u mogućnosti postojanja njihovog pokušaja. Tako kod *delicta preparata* pokušaj nije moguć, jer je on već obuhvaćen pojmom pripremljenih radnji. Nasuprot

²⁴ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, op.cit., str. 142-143.

²⁵ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 142.

²⁶ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 80-81.

²⁷ Z. Tomić, Krivično pravo I, Krivično djelo, op.cit., str. 126.

²⁸ M. Babić, I. Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008. godine, str. 221-222.

²⁹ F. Bačić, Moj alternativni nacrt Općeg dijela KZ Hrvatske (Pripremljene radnje i pokušaj), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 1/1996, str. 133-134.

³⁰ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, op.cit., str. 142.

tome, kod delicta sui generis pokušaj krivičnog dela je moguć (iako najčešće nije kažnjiv). No, bez obzira o kom se od ovih krivičnih dela pripremanja radi, nije moguć sticaj pripremnih radnji kao krivičnog dela i pokušaja, odnosno svršenog krivičnog dela, jer je u tom slučaju pripremanje kao "prolazni delikt" nekažnjivo prethodno krivično delo.³¹

3. Pripremne radnje kao samostalno krivično delo

Iz prednjih izlaganja videli smo da u savremenom krivičnom pravu preovladava princip "načelne nekažnjivosti pripremnih radnji". No, u pojedinim slučajevima kriminalno-politički razlozi nalažu da se odstupi od ovog principa. To znači da se zbog svoje posebne opasnosti (shodno značaju objekta napada i osobenostima ličnosti učinio) u posebnom delu krivičnog zakon(ik)a izričito predviđa kažnjavanje za umišljajno pripremanje izvršenja krivičnog dela, ali kao posebno, samostalno krivično delo (delictum sui generis). Kod ovih krivičnih dela učinilac ne mora da priprema tačno određeno krivično delo, već je dovoljno da na ovaj način pripremano delo bude generički određeno³².

Pripremne radnje se javljaju kao samostalno krivično delo u više oblika (formi). To su:

1. Određene pripremne radnje se kažnjavaju zakonom predviđenom kaznom za konkretno krivično delo, kada su propisane alternativno zajedno sa drugim radnjama kao radnje izvršenja konkretnog krivičnog dela. To je najčešće slučaj kada se radi o pripremoj radnji "nabavljanja... u određenoj nameri". Na ovaj način propisana kažnjivost određene pripreme radnje je zastupljena kod više krivičnih dela, kao što su: falsifikovanje novca (član 223 KZ RS), falsifikovanje hartija od vrednosti (član 224 KZ RS), falsifikovanje znakova za vrednost (član 226 KZ RS), pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za falsifikovanje (član 227 KZ RS), nedozvoljena trgovina (član 243 KZ RS), neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246 KZ RS), neovlašćeno pribavljanje i ugrožavanje bezbednosti nuklearnim materijama (član 287 KZ RS), izrađivanje i nabavljanje oružja i sredstava namenjenih za izvršenje krivičnih dela (član 347 KZ RS), nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (član 348 KZ RS), falsifikovanje isprave (član 355 KZ RS) i nedozvoljena proizvodnja, promet i držanje oružja čija je upotreba zabranjena (član 377 KZ RS).

2. Pripremna radnja koja je određena kao "nabavljanje ili osposobljavanje sredstava za izvršenje krivičnih dela", predviđena je kao samostalno krivično delo bez obzira da li su ova sredstva uopšte i upotrebljena za izvršenje ili pokušaj nameravanog krivičnog dela. To znači da samim momentom preduzimanja ovakve radnje,

³¹ P. Novoselec, Opći dio kaznenog zakona, op.cit., str. 272.

³² Z. Tomić, Krivično pravo I, Krivično djelo, op.cit., str.127-128.

postoji svršeno krivično delo za koje je zakonom propisana određena vrsta i mera kazne. No, u slučaju da je kasnije i izvršeno krivično delo koje su ove pripremljene radnje omogućile, tada nema kažnjivosti za prethodno delo – pripremanje sredstava za izvršenje krivičnog dela shodno prividnom idealnom sticaju po osnovu supsidijariteta. Takav je slučaj kod sledećih krivičnih dela: pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za izvršenje krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka (član 304a KZ RS) i izrađivanje i nabavljanje oružja i sredstava namenjenih za izvršenje krivičnog dela (član 347 KZ RS).

3. Pripremljene radnje koje se sastoje u dogovaranju, planiranju ili organizovanju sa drugima izvršenja krivičnog dela, javljaju se kao samostalne radnje izvršenja kod više krivičnih dela. To znači da samim momentom postizanja dogovora ili usvajanja plana kriminalne delatnosti (saglasnosti volja) od strane dva ili više lica o izvršenju nekog krivičnog dela, odnosno momentom organizovanja (stvaranja grupe ili organizovane kriminalne grupe) sa drugim licem (ili licima) radi izvršenja jednog ili više krivičnih dela, postoji svršeno krivično delo, bez obzira da li je krivično delo čijem izvršenju su ove pripremljene radnje trebale da doprinesu uopšte izvršeno ili pokušano. Kažnjivost pripremljenih radnji na ovaj način je propisana kod više krivičnih dela, kao što su: udruživanje radi protivustavne delatnosti (član 319 KZ RS), dogovor za izvršenje krivičnog dela (član 345 KZ RS), udruživanje radi vršenja krivičnih dela (član 346 KZ RS), organizovanje i podsticanje na izvršenje genocida i ratnih zločina (član 375 KZ RS).

4. Pripremljene radnje zakon inkriminiše kao samostalno krivično delo zbog izuzetnog značaja, karaktera i prirode objekta zaštite (političkog dobra) i posebne opasnosti učinioca, te okolnosti kojima se stvaraju uslovi i pretpostavke da se izvrši ovo krivično delo. U članu 320 KZ RS predviđeno je krivično delo pod nazivom "pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije". Ovom zakonskom odredbom zakonodavac je propisao u čemu se sastoje pripremljene radnje. To su: a) nabavljanje ili osposobljavanje sredstava za izvršenje krivičnog dela, b) otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela, c) dogovaranje, planiranje ili organizovanje sa drugim izvršenja krivičnog dela ili d) druge radnje kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog dela. No, pored ovako nabrojanih pripremljenih radnji, zakonodavac je propisao kažnjivost i za upućivanje ili prebacivanje na teritoriju Srbije lica ili oružja, eksploziva, otrova, opreme, municije ili drugog materijala radi izvršenja jednog ili više taksativno navedenih krivičnih dela.

Dakle, ovde su pripremljene radnje kao prethodni stadijum za izvršenje određenih političkih krivičnih dela, dobile karakter samostalne radnje izvršenja čijim započinjanjem se stvaraju uslovi za krivičnopravnu reakciju državnih organa prema učiniocima tog pripremanja, bez obzira da li je krivično delo čijem su ostvarenju ove radnje bile namenjene, izvršeno ili pokušano. Kažnjivost pripremljenih radnji u ovom slučaju je vezana za sledeća krivična dela: ugrožavanje nezavisnosti (član 305 KZ RS), priznavanje kapitulacije ili okupacije (član 306 KZ RS), ugrožavanje teritori-

jalne celine (član 307 KZ RS), napad na ustavno uređenje (član 308 KZ RS), pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309 KZ RS), ubistvo predstavnika najviših državnih organa (član 310 KZ RS), oružana pobuna (član 311 KZ RS), diverzija (član 313 KZ RS), sabotaža (član 314 KZ RS) i špijunaža (član 315 KZ RS).

PRIPREMNE RADNJE U UPOREDNOM KRIVIČNOM PRAVU

U cilju potpunijeg i svestranijeg sagledavanja prolematike odgovornosti i kažnjivosti za pripreme radnje u teoriji, praksi i savremenom krivičnom zakonodavstvu, nije dovoljno samo da se posvetimo teorijskoj i praktičnoj analizi pojma, elemenata, karakteristika, vrste, pravne prirode i dejstva pripremnih radnji, shodno odredbama domaćeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva, već je potrebno da određenu pažnju posvetimo i uporednopravnoj analizi ovog instituta u savremenim krivičnopravnim sistemima.

Stoga ćemo analizirati pojam, karakteristike, elemente, vrste, pravnu prirodu i dejstvo pripremnih radnji, shodno zakonskim rešenjima iz pojedinih nama dostupnih krivičnopravnih sistema. Interesantno je da mnoga savremena krivična zakonodavstva retko poznaju ovaj institut opšteg dela krivičnog prava (npr. sva krivična zakonodavstva zemalja koje su nastale raspadom SFR Jugoslavije) i ne kažnjavaju za pripreme radnje kao stadijum u izvršenju krivičnog dela, već u određenim slučajevima kao samostalno krivično delo

1. Belorusija

Krivični zakonik Republike Belorusije³³ iz 1999. godine, u drugom odeljku pod nazivom "Uslovi i osnovi krivične odgovornosti", u drugoj glavi "Kriminalna delatnost", u članu 13, određuje pripreme radnje kao: 1) nabavljanje sredstava ili oružja, ili 2) drugo umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela.

No, ako se radi o delatnostima koje ne predstavljaju veliku društvenu opasnost, one ne povlače krivičnu odgovornost njihovog učinioca. Kada postoji "velika" ili "nevelika" društvena opasnost, faktičko je pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju. Za ovu ocenu su od značaja sledeće okolnosti: a) vrsta i značaj napadnutog dobra, b) vrsta preduzete delatnosti, c) okolnosti pod kojima se ove pripreme delatnosti preduzimaju, i d) opasnost ličnosti učinioca ovakvih delatnosti. Za pripremano krivično delo, učinilac se kažnjava samo u slučaju kada to zakon izričito propiše kod konkretnog pripremanog krivičnog dela u posebnom delu Zakonika.

³³ Ugolovnij kodeks Respubliki Belarus, Službenij glasnik N 2(50).

2. Estonija

Krivični zakonik Republike Estonije³⁴ iz 2001. godine, u drugoj glavi pod nazivom "Krivično delo", u članu 15 stav 1, definiše pripreme radnje kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela. To su delatnosti koje se sastoje u: 1) nabavljanju ili podešavanju oruđa ili oružja za izvršenje krivičnog dela, i 2) svakom drugom umišljajnom stvaranju uslova za izvršenje krivičnog dela.

U stavu 3 istoga člana Zakonik određuje da kao uslove za kažnjavanje učinio- ca pripremnih radnji sud uzima u obzir sledeće okolnosti: a) ličnost učinio- ca, b) težinu i prirodu krivičnog dela, c) stepen ostvarenja zločinačke namere, i d) uzroke usled kojih pripremano krivično delo nije dovedeno do kraja. Pripreme radnje su kažnjive prema izričitom slovu zakona samo kada je to propisano kod konkretnog krivičnog dela u posebnom delu Zakonika. To znači da i ovaj Zakonik propisuje supsidijarnu odgovornost i kažnjivost za pripremanje krivičnog dela.

3. Holandija

Krivični zakonik Kraljevine Holandije³⁵ iz 1886. godine, sa više izmena i dopuna u razdelu četvrtom, pod nazivom "Pokušaj i pripremanje", gde se govori o stadijumima izvršenja krivičnog dela, u članu 46 propisuje pripreme radnje kao kažnjivi stadijum za koji se učiniocu može izreći umanjena kazna, koja je inače propisana za pripremano krivično delo i to do polovine, ali ne više od deset godina (za krivična dela za koja je propisana kazna doživotnog zatvora) ako su ispunjena dva uslova: 1) formalni uslov - da se radi o pripremanju krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora od najmanje osam godina, i 2) subjektivni uslov – umišljaj učinio- ca. To znači da nema nehatnih pripremnih radnji koje su teorijski u praksi moguće.

U ovom slučaju su kažnjive sledeće delatnosti kao pripreme radnje: 1) nabavljanje, proizvodnja, izvoz, raspolaganje predmetima, supstancama, novcem ili drugim platežnim sredstvima, i 2) posedovanje informacija, skrovišta, saobraćajnih sredstava koja su očigledno namenjena za izvršenje krivičnog dela. Kada takva "očiglednost" postoji faktičko je pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju. No, kažnjivo pripremanje krivičnog dela u smislu člana 46a Krivičnog zakonika ne postoji ako delo nije dovršeno nastupanjem posledice na objektu napada usled okolnosti koje ne zavise od volje učinio- ca dela.

³⁴ V.V. Zapevalov, N.I. Mancev, Ugolovnij kodeks Estonskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2004. godine, str. 48.

³⁵ B.V. Volženkin, Ugolovnij kodeks Gollandii, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001. godine, str. 175-176.

4. Kazahstan

Krivični zakonik Republike Kazahstan³⁶ iz 1997. godine, u drugoj glavi pod nazivom "Krivično delo", u članu 24 stav 1, određuje pojam i vrste pripremnih radnji koje se kažnjavaju samo u slučaju ako se takve delatnosti odnose na pripremanje teškog i osobito teškog krivičnog dela.

Pripreme radnje, prema ovom zakonskom rešenju, postoje kada se sa direktnim umišljajem preduzmu sledeće delatnosti: 1) nabavljanje, izrada ili podešavanje sredstava ili oružja, 2) pronalaženje saučesnika, 3) zločinački dogovor, i 4) svako drugo umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela. No, za kažnjivost pripremnih radnji je potrebno i ispunjenje još jednog negativnog uslova, a to je ako pri tome krivično delo nije dovedeno do kraja usled okolnosti koje ne zavise od volje učinioca.

5. Kina

Krivični zakonik Narodne Republike Kine³⁷ iz 1998. godine, u drugoj glavi pod nazivom "O krivičnom delu", u drugom odeljku "Pripreme radnje, pokušaj krivičnog dela i dobrovoljni odustanak", u članu 22, propisuje pripreme radnje. Kao pripreme radnje se podrazumevaju: 1) nabavljanje oružja ili 2) stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela (bez obzira na vrstu i visinu propisane kazne).

Pripreme radnje predstavljaju fakultativni osnov za blaže kažnjavanje, odnosno potpuno oslobođenje od kazne učinioca ovih radnji.

6. Kirgizija

I Krivični zakonik Republike Kirgizije³⁸ iz 1997. godine u članu 27 definiše pripreme radnje. One postoje kada lice sa direktnim umišljajem preduzme sledeće alternativno predviđene delatnosti: 1) nabavljanje ili podešavanje sredstava ili oružja za izvršenje krivičnog dela, 2) zločinački dogovor, i 3) drugo umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela.

Posebno je važno istaći da usled ovako preduzetih delatnosti krivično delo nije dovedeno do kraja usled okolnosti koje ne zavise od učinioca. Ovako definisane pripreme radnje su kažnjive samo u slučaju ako se odnose na pripremanje teškog ili osobito teškog krivičnog dela.

³⁶ Criminal code of the Republic Kazakhstan, Official text, Astana, 1997. godine.

³⁷ C.D. Paglee, Criminal code of the Peoples Republic of China, Beijing, 1998. godine, str.18.

³⁸ Criminal code of the Republic of Kyrkyzstan, Official text, Bishkek, 1997.

7. Letonija

Krivični zakonik Republike Letonije³⁹ iz 1998. godine, u glavi drugoj pod nazivom "Kriminalna delatnost", u članu 15 stav 3, određuje pojam i osnov krivične odgovornosti za pripremne radnje kao stadijum u izvršenju "nedovršenog" krivičnog dela. Naime, prema ovom zakonskom rešenju, odgovornost za pripremne radnje postoji samo ako se radi o pripremanju teških i osobito teških krivičnih dela. Iz odredbe člana 7 KZ proizilazi da je teško krivično delo umišljajno delo za koje je propisana kazna zatvora u rasponu od pet do deset godina, a osobito teško krivično delo je ono delo za koje je propisana kazna zatvora preko deset godina, kazna doživotnog zatvora ili smrtna kazna.

Prilikom određivanja kazne za pripremne radnje u smislu člana 53 Krivičnog zakonika, sud je u obavezi da uzme u obzir sledeće okolnosti: a) karakter radnji koje je učinilac preduzeo, b) prouzrokovanu posledicu (štetu), c) vrstu umišljaja, i d) uzroke usled kojih krivično delo nije dovedeno do kraja (dakle, razlog za nenastupanje posledice krivičnog dela).

Kao pripremne radnje, ovaj Zakonik nabroja: 1) nabavljanje ili podešavanje sredstava ili oružja, ili 2) drugo umišljajno stvaranje povoljnih uslova za dovršenje krivičnog dela. Za postojanje kažnjivih pripremnih radnji je potrebno da pripremano krivično delo nije dovedeno do kraja usled okolnosti koje ne zavise od volje učinio-oca.

8. Litvanija

Novi Krivični zakonik Republike Litvanije⁴⁰ iz 2003. godine, u članu 21 propisuje odgovornost za pripremne radnje. To su sledeće delatnosti: 1) nabavljanje ili podešavanje sredstava ili instrumenata, 2) sastavljanje plana delovanja, 3) izbor saučesnika ili 4) drugo umišljajno stvaranje uslova koji olakšavaju izvršenje krivičnog dela.

Odgovornost za pripremanje postoji samo ako se odnosi na teško i osobito teško krivično delo. Prema članu 11 Zakonika, kao teško krivično delo smatra se umišljajno krivično delo za koje je propisana kazna zatvora od šest do deset godina. Osobito teško krivično delo je pak ono umišljajno delo za koje je zakonom propisana kazna zatvora preko deset godina.

³⁹ A.I. Lukašov, E.A., Sarkisova, Uголовnij kodeks Latvijskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001. godine, str. 57.

⁴⁰ O.V. Bogdanič, Uголовное право Litvojskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2004. godine, str. 33-34.

9. Moldavija

Krivični zakonik Republike Moldavije⁴¹ iz 2002. godine, u drugoj glavi pod nazivom "Krivično delo", u članu 26, propisuje pripremne radnje koje su kažnjive samo kada su upravljene na izvršenje "manje teškog" (delo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina), "teškog" (krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do petnaest godina) ili "osobito teškog krivičnog dela" (dela za koje je propisana kazna zatvora preko petnaest godina).

Kao pripremne radnje smatraju se sledeće delatnosti: 1) dogovaranje sa drugim izvršenja krivičnog dela, 2) nabavljanje, izrada ili prerada sredstava ili oruđa, ili 3) na drugi način stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela. Za kažnjivost pripremnih radnji je bitno da ovako preduzete delatnosti nisu prouzrokovale posledicu krivičnog dela na objektu napada.

10. Poljska

I Krivični zakonik Republike Poljske⁴² iz 1997. godine, u drugoj glavi pod naslovom "Forme izvršenja krivičnog dela", u članu 16, propisuje pripremne radnje. One postoje kada lice u cilju izvršenju krivičnog dela preuzima delatnost kojom se stvaraju uslovi za izvršenje tog krivičnog dela neposredno usmerenog na njegovo ostvarenje.

Pri tome Zakonik određuje da se kao pripremne radnje naročito smatraju sledeće delatnosti, kao što su: 1) stupanje u zločinački dogovor sa drugim licem, 2) nabavljanje ili priprema sredstava, 3) prikupljanje informacija ili 4) sastavljanje plana delovanja u cilju ostvarenja određenog krivičnog dela.

Za pripremne radnje se odgovara samo onda kada je to izričito propisano Zakonikom. No, član 17 propisuje da za ovako preduzete pripremne radnje Zakonik isključuje kažnjavanje ako učinilac dobrovoljno odustane od pripremnih radnji, a naročito ako uništi pripremljena sredstva ili spreči njihovo dalje korišćenje, odnosno ako je stupio u zločinački dogovor sa drugim licem u cilju izvršenja zabranjene delatnosti, pa naknadno preduzme napore koji su usmereni na sprečavanje izvršenja krivičnog dela.

⁴¹ Criminal code of the Republic of Moldova, Official text, Chinisau, 2002. godine.

⁴² A.I. Lukašova, N.F. Kuznjecovoj, D.A. Barilovič, Ugolovnij kodeks Respubliki Poljša, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001. godine, str. 52.

11. Ruska Federacija

Krivični zakonik Ruske Federacije⁴³ iz 1996. godine, u šestoj glavi pod nazivom "Nedovršeno krivično delo", u članu 30, propisuje odgovornost i kažnjivost za pripreme radnje. Uz pokušaj, ove radnje se zajednički nazivaju "nedovršeno krivično delo"⁴⁴.

Za pripremanje se učinilac kažnjava samo onda kada su preduzete radnje upravljene na izvršenje teških i naročito teških krivičnih dela. Teško krivično delo je ono delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora do deset godina (član 15 KZ), dok je naročito teško krivično delo ono za koje je propisana kazna zatvora preko deset godina ili stroža kazna⁴⁵.

Pripremanjem krivičnog dela se smatraju sledeće delatnosti: 1) pribavljanje, izrada ili osposobljavanje sredstava ili oruđa za izvršenje krivičnog dela, 2) traženje saučesnika, 3) nagovaranje drugog (ili drugih) lica na izvršenje krivičnog dela, ili 4) na drugi način umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela. Za postojanje ovih radnji je od značaja da pripremano krivično delo nije izvršeno (dovedeno) do kraja zbog okolnosti koje ne zavise od tog lica.

12. Švedska

I Krivični zakonik Kraljevine Švedske⁴⁶ iz 1962. godine, u glavi 23 pod naslovom "O pokušaju, pripremnim radnjama, zločinačkom dogovoru i saučesništvu", u članu 2 definiše odgovornost za pripreme radnje. Prema ovom zakonskom rešenju, pripreme radnje postoje kada lice u nameri izvršenja krivičnog dela ili kao saučesnik preduzima sledeće delatnosti: 1) daje ili prima novac za krivično delo, i 2) obezbeđuje, stvara, daje, dobija, čuva, predaje ili učestvuje u bilo kojoj pogodnoj delatnosti upotrebe otrova, eksplozivne materije, oružja, kalauza, opreme za falsifikovanje ili drugih sredstava.

Za pripreme radnje učinilac odgovara supsidijarno, odnosno pod uslovom da nije odgovoran za pokušaj ili dovršenje pripremanja krivičnog dela (prividni idealni sticaj po osnovu supsidijariteta).

⁴³ I. Fedosova, T. Skuratova, Uголовниј кодекс Россијској федерациј, Garant, Moskva, 2005. godine, str. 30.

⁴⁴ I. Raroga, Uголовное право Россиј, Обшјаја част, Eksmo, Moskva, 2008. godine, str. 179-185.

⁴⁵ A.I. Raroga, G.A. Esakov, A.I. Čučaev, V.P. Stepalin, Uголовное право Россиј, Часті обшјаја і особеннаја, Проспект, Moskva, 2007. godine, 88-93.

⁴⁶ N.F. Kuznjecova, C.S. Beljajev, Uголовниј кодекс Швециј, Јуридіческіј центр прес, Saint Petersburg, 2001. godine, str. 191-193.

13. Tadžikistan

Krivični zakonik Republike Tadžikistan⁴⁷ iz 1998. godine, u glavi šestoj pod nazivom "Nedovršeno i dovršeno krivično delo", u članu 32 stav 1, određuje kažnjivost za pripremanje krivičnih dela srednje težine, teških i osobito teških krivičnih dela. Kao pripremne radnje smatraju se zakonom taksativno navedene sledeće delatnosti: 1) nabavljanje, izrada i podešavanje sredstava i oružja, 2) pronalaženje saučesnika u izvršenju krivičnog dela, 3) zločinački dogovor ili 4) drugo umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela.

Da bi ove delatnosti bile kvalifikovane kao pripremne radnje, potrebno je da usled njihovog preduzimanja krivično delo nije dovedeno do kraja usled okolnosti koje ne zavise od volje učinioca.

14. Ukrajina

Krivični zakonik Republike Ukrajine⁴⁸ iz 2001. godine, u trećem delu pod nazivom "Krivično delo, njegove vrste i stadijumi", u članu 14, pod pripremnim radnjama koje naziva "nedovršeno krivično delo zajedno sa pokušajem" smatra preduzimanje sledećih delatnosti, kao što su : 1) nabavljanje i podešavanje sredstava ili oružja, 2) pronalaženje saučesnika, 3) zločinački dogovor, 4) uklanjanje prepreka, kao i 5) svako drugo umišljajno stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela.

Za pripremne radnje se učinilac kažnjava samo ako je to kod konkretnog krivičnog dela u posebnom delu Zakonika izričito predviđeno.

15. Uzbekistan

Krivični zakonik Republike Uzbekistan⁴⁹ iz 1994. godine, u šestoj glavi pod nazivom "Nedovršeno krivično delo", u članu 25, propisuje pripremne radnje. Kao pripremanje krivičnog dela smatraju se sledeće delatnosti: 1) stvaranje uslova za izvršenje krivičnog dela ili 2) stvaranje uslova za skrivanje umišljajnog krivičnog dela.

Da bi pripremne radnje bile kažnjive, potrebno je da su one prekinute od strane njihovog učinioca pre započinjanja izvršenja pripremanog krivičnog dela usled okolnosti koje ne zavise od tog lica.

⁴⁷ Criminal code of the Republic of Tajikistan, Official text, Dushambe, 1998. godine.

⁴⁸ Kriminalnij kodeks Ukraini, Oficijne vidannija, Kiev, 2001. godine.

⁴⁹ Criminal code of the Republic of Uzbekistan, Official text, Tashkent, 1994. godine, Official gazeta No. 2012-12.

ZAKLJUČAK

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu, preduzimanjem radnje izvršenja konkretnog krivičnog dela, pa do preduzimanja zakonom propisane delatnosti (radnje izvršenja) zaista, u životu, ali i u zakonodavstvu, pravnoj teoriji i sudskoj praksi, može da postoji nekoliko stadijuma ili faza koji imaju različit krivičnopravni značaj. Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema ni krivičnog dela, jeste donošenje odluke da se pristupi izvršenju krivičnog dela (*iter criminis*). Pošto je doneta odluka, učinilac obično odmah pristupa i samom izvršenju krivičnog dela, tj. preduzimanju zakonom propisane delatnosti činjenja ili nečinjenja, jedne ili više njih, koje su određene kao elemenat bića krivičnog dela i prouzrokovanju posledice. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja na objektu napada u spoljnom svetu nastupa, pa tada postoji svršeno krivično delo, odnosno da planirana posledica izostane (pokušaj krivičnog dela).

Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke od strane učinioca, već je za to potrebno preduzeti određene pripremne radnje. To su različite delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, ali su one takvog karaktera, značaja i uloge, kojima se omogućava ili olakšava izvršenje nameravanog krivičnog dela. Naime, ovim se radnjama stvaraju neophodni uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Pripremne radnje predstavljaju različite delatnosti kojima se umišljajno priprema izvršenje krivičnog dela. One se preduzimaju sa ciljem da se stvore pogodni uslovi i pretpostavke za efikasno i uspešno izvršenje krivičnog dela. Po svom karakteru, pripremne radnje predstavljaju čitav niz različitih delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, prethode radnji krivičnog dela i ne ulaze u njen sastav, pa još uvek i ne predstavljaju napad na zaštićeno dobro. Te radnje same za sebe su vrednosno neutralne, pa svoj kriminalni sadržaj dobijaju samo ako se one dovedu u vezu sa zločinačkom namerom (kriminalnom odlukom).

Pripremne radnje predstavljaju svojevrstan doprinos procesu ostvarenja posledice krivičnog dela, koja bez njihovog preduzimanja ne bi uopšte nastupila ili ne bi nastupila u planirano vreme, na planiranom mestu ili u planiranom obimu i intenzitetu. Posle donete odluke o izvršenju krivičnog dela, pripremne radnje znače prvo i ozbiljnije angažovanje učinioca oko ostvarenja krivičnog dela i zato su i društveno opasnije u odnosu na prethodnu fazu (donošenje odluke). Razlog za njihovu inkriminaciju leži, kako u njihovoj opasnoj prirodi, tako i u značaju objekta kome se pruža zaštita. Iako su pripremne radnje preduzete sa ciljem da se omogući ili olakša izvršenje krivičnog dela, one još uvek ne predstavljaju ispunjenje bića krivičnog dela čijem pripremanju služe, sadržajno se razlikuju od radnje izvršenja i predstavljaju njen prethodni stadijum. One su prostorno i vremenski udaljene od radnje izvršenja

krivičnog dela, pa još uvek ne predstavljaju opasnost za zaštićeno ljudsko ili društveno dobro.

S obzirom da pripreme radnje predstavljaju ispoljenu odluku za izvršenje krivičnog dela u spoljnom svetu, i to najčešće fizičkim, telesnim aktivnostima, to one predstavljaju veću opasnost, pa se stoga u krivičnom pravu i postavlja pitanje njihovog kažnjavanja. Pri tome treba istaći da kod nehatnih krivičnih dela, nema ni odluke za njihovo izvršenje, ni pripremnih radnji, pa čak ni pokušaja. Tako su u savremenom krivičnom pravu zastupljena dva shvatanja u pogledu kažnjavanja za pripreme radnje. Prema prvom shvatanju (koje je prihvaćeno u većem broju savremenih krivičnih zakona), za pripreme radnje se u načelu ne kažnjava, sem u izuzetnim slučajevima koji moraju biti kao takvi izričito predviđeni u posebnom delu krivičnog zakona. Po drugom shvatanju, za pripreme radnje treba predvideti kažnjavanje kao za opšti institut i tako omogućiti, ali i ograničiti njihovo kažnjavanje u konkretnim slučajevima u posebnom delu krivičnog zakona. Retka su savremena krivična zakonodavstva koja izričito predviđaju kažnjavanje za pripreme radnje kao za stadijum u izvršenju krivičnog dela.

LITERATURA

- Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008.
- Bavcon, L.J., Šelih, A., Kazensko pravo, Splošni del, Ljubljana, 1998.
- Bogdanič, O.V., Ugolovnoe pravo Litvojskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2004.
- Fedosova, I., Skuratova, T., Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, Garant, Moskva, 2005.
- Grozdanić, V., Škorić, M., Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2009.
- Jovanović, Lj., Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2003.
- Jovašević, D., Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002.
- Jovašević, D., Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007.
- Jovašević, D., Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2011.
- Jovašević, D., Kostić, M., Politika suzbijanja kriminaliteta, Niš, 2012.
- Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, Niš, 2013.
- Kuznjecova, N.F., Beljajev, C.S., Ugolovnij kodeks Švecii, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001.
- Laingui, A., La responsabilite penale dans l'ancien droit, Paris, 1977.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004.

- Liszt, F., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig, 1922.
- Lukašova, A.I., Kuznjecovoj, N.F., Barilovič, D.A., Ugolovnij kodeks Respubliki Poljša, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001.
- Lukašova, A.I., Sarkisova, E.A., Ugolovnij kodeks Latvijskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001.
- Mrvić Petrović, N., Krivično pravo, Beograd, 2005.
- Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.
- Paglee, C.D., Criminal code of the Peoples Republic of China, Beijing, 1998.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.
- Radovanović, M., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1975.
- Raroga, A.I., Ugolovnoe pravo Rossii, Obšaja čast, Eksmo, Moskva, 2008.
- Raroga, A.I., Esakov, G.A., Čučaev, A.I., Stepalin, V.P., Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obšaja i osobennaja, Prospekt, Moskva, 2007.
- Selinšek, Lj., Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana, 2007.
- Tomić, Z., Krivično pravo I, Krivično djelo, Sarajevo, 2007.
- Volženkin, B.V., Ugolovnij kodeks Gollandii, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2001.
- Zapevalov, V.V., Mancev, N.I., Ugolovnij kodeks Estonskoj Respubliki, Juridičeskij center pres, Saint Petersburg, 2004.

THE PROBLEM OF RESPONSIBILITY AND LIABILITY TO PUNISHMENT FOR THE PREPARATION OF CRIMINAL OFFENSE

Summary

There are several stages or phases in the process of commission of a criminal offense. The first one is the stage of psychological character, in which a person considers the possibility of successful commission of a criminal offense. On the grounds of previously made decision, either at that very moment or after a certain period of time, that person starts acting in accordance with his decision and commits the activity that represents premeditated criminal offence and either causes the consequence (completed criminal offense) or the consequence is left out (attempted criminal offense). Sometimes, preparatory activities are necessary for commission of a criminal offense. They include the activities that create conditions and preconditions that allow the commission of previously planned criminal offense or make its commission faster, easier or simpler. A universal standpoint on determining the definition, the types and the roles of preparatory activities in contemporary criminal law, as well as the grounds for the liability to punishment in such cases, has not yet been accepted. There are legislations that incriminate preparatory activities as punishable stadiums in the commission of criminal offence, whereas others treat preparatory activities as independent criminal offenses. This paper discusses the definition, types and significance of preparatory activities in theory, practice and legislation.

Key words: *preparatory activities, criminal offense, perpetrator, court, responsibility, criminal sanctions*

KARAKTERISTIKE KRIVIČNOG ZAKONIKA CRNE GORE - dileme i problemi u praksi -

Prof. dr Branko Vučković*
Prof. dr Vesna Vučković**

***Apstrakt:** Krivični Zakonik Crne Gore¹ (u daljem tekstu KZ CG), usvojila je Skupština Crne Gore decembra 2003. godine, a stupio je na snagu osmog dana po objavljivanju u „Službenom listu RCG“, dok je primjena počela nakon tri mjeseca od dana stupanja na snagu. Međutim, nije prošlo dugo vremena od donošenja ovog Zakonika, jedva nešto više od godinu dana, a osjetila se potreba za njegovim izmjenama i dopunama. Nakon konsultovanja sudske prakse donijeti su Zakoni o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika. Mada Zakonik prihvata niz novih rješenja, on se u osnovi oslanja na ranije važeće zakonodavstvo, ipak njegovo donošenje znači značajan korak naprijed u izgradnji našeg krivičnog zakonodavstva.*

Prava analiza jednog zakona, a time i krivičnog zakonika, može se učiniti samo njegovom konkretnom kritičkom analizom, što bi predstavljalo jedan obiman rad koji prevazilazi okvire i ciljeve jednog referata. Stoga, izvršen je izbor samo nekih zakonskih rješenja, koja su pretrpjela određene izmjene.

***Ključne riječi:** krivično djelo, krivica, osnovi isključenja, pripreme radnje, pojedina krivična djela.*

Opšti dio

1. Pojam krivičnog djela

Centralno pitanje krivičnog prava je određivanje opšteg pojma krivičnog djela. Prema zakonskoj definiciji „krivično djelo je djelo koje je zakonom određeno kao krivično djelo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno“.

* Проф. др Бранко Вучковић, Председник Основног суда у Котору, Председник Удружења за кривично право и криминалну политику Црне Горе, Професор на предмету Међународно кривично право, на Правном факултету Универзитета „Медитеран“ у Подгорици, Професор на предмету Кривично право и кривично процесно законодавство на Факултету за медитеранске пословне студије Тиват

** Проф. др Весна Вучковић, Судија Управног суда Црне Горе, Професор на Правном факултету Универзитета „Медитеран“ у Подгорици и Факултету за медитеранске пословне студије у Тивту

¹ „Sl. list RCG“, br. 70/03... „Sl. list CG“, br. 25/10, 32/11.

Sa ovakvom definicijom pojma krivičnog djela napušta se formalno–materijalni pojam krivičnog djela i *prihvata čisto formalni pojam*. Društvena opasnost kao opšte obilježje svih krivičnih djela, koje je bilo u ranijoj definiciji pojma krivičnog djela, je brisano. Opravdanost nove definicije može se dovesti u sumnju iz više razloga. Prvo, materijalni elemenat određuje suštinu krivičnog djela kao određenog negativnog ljudskog ponašanja. Po njemu se krivično djelo diferencira od drugih oblika protivpravnih i asocijalnih ponašanja (privredni prestupi, prekršaji, skitničenja i sl.). Protivpravnost i određenost djela u zakonu su samo formalni izrazi materijalne sadržine određenog ljudskog ponašanja. Oni treba da izraze i legalizuju koja se ljudska ponašanja smatraju krivičnim djelima, a osnov za tu ocjenu je sadržina tog ponašanja. Bez unošenja materijalnog elementa u opšti pojam krivičnog djela iscrpljuje se njegova suština, njegov *ratio*. Dalje, materijalni element krivičnog djela mogao se odrediti i na drugi način, a ne kao „društveno opasno djelo“, kao npr. „djelo kojim se povrijeđuju ili ugrožavaju pravno zaštićena dobra“. Pojmu društvene opasnosti često se imputira da je više političke nego pravne prirode, pri čemu se polazilo od toga da se prvi put pojavio u krivičnom zakonodavstvu tzv. socijalističkih zemalja. Po našem uvjerenju ovaj pojam nema nikakvu političku konotaciju, već naprotiv na adekvatan način odražava sadržinu i suštinu krivičnog djela. Društvena opasnost je koristan kriminalno-politički kriterijum za zakonodavca i to kada odlučuje da li će neko ponašanje predvidjeti kao krivično djelo ili ne. Svako krivično djelo je opasno za društvo, jer se njime povrijeđuje ili neko individualno dobro ili dobro koje je od opšteg društvenog značaja ili se pak ta dobra ugrožavaju. Uostalom, kriminalitet se najčešće i shvata kao društveno štetno (opasno) ponašanje pojedinaca ili grupa. Zbog toga se borba protiv kriminaliteta vodi i na cjelom društvenom nivou kroz organizovanje politike suzbijanja kriminaliteta putem mjera prevencije i represivnih mjera. Ako se krivično djelo ne bi shvatilo kao „društveno opasno“ onda bi suzbijanje kriminaliteta bilo problem pojedinaca, a ne društva u cjelini. Unošenje materijalnog elementa u opšti pojam krivičnog djela ima i svoje kriminalno-političko opravdanje, jer se preko njega, kroz elemente preko kojih se ta opasnost manifestuje (radnja krivičnog djela, posljedica, objekt radnje i objekt zaštite, okolnost pod kojima se djelo vrši) vrijednuje značaj izvršenog djela, njegova težina i priroda, sankcije kojima treba reagovati na određena kriminalna ponašanja. Iz svih tih razloga smatramo da nije bilo opravdanja niti cjelishodnosti da se elemenat društvene opasnosti briše iz opšteg pojma krivičnog djela; materijalna sadržina krivičnog djela mogla se, možda, odrediti i na drugi način. Postoje i suprotna stanovišta po kojima je potrebno da se opšti pojam krivičnog djela modifikuje u pogledu tri ključne stvari. Prvo, nije opravdano unositi i materijalni elemenat u taj pojam. Drugo, veoma je važno odrediti redosljed pojedinih elemenata u opštem pojmu krivičnog djela i postaviti ih kao stepene koji nijesu proizvoljni, jer od toga zavisi i primjena krivičnog prava. Najzad, sam sadržaj pojedinih elemenata potrebno je odrediti na drugačiji način, imajući u vidu neka savremena shvatanja o njima. Krivičnopravni pojam krivičnog djela treba da sadrži samo pravne, odnosno formalne elemente putem kojih se taj pojam određuje.² U tom

² Z. Stojanović, *Krivično pravo*, CID, Podgorica, 2008.g., str. 92.

pogledu objektivno-subjektivni pojam krivičnog djela koji je sadržan u Krivičnom zakoniku, jeste u skladu sa novijom teorijom krivičnog prava.³

Teško je shvatiti čime se mogao rukovoditi crnogorski zakonodavac da ocijeni da je društvena opasnost suvišan i nepotreban elemenat u opštem pojmu krivičnog djela. Od toga kako je određen pojam krivičnog djela, zavisi regulisanje mnogih drugih instituta krivičnog prava - krivične odgovornosti, primjene krivične sankcije i dr.

2. Krivica

Terminološki i suštinski *krivica* je centralni pojam, *osnov i uslov odgovornosti u krivičnom pravu*. Postojanje krivice vodi odgovornosti. Definisane pojma **krivice** (član 13) otvara niz dilema od teoretskog i praktičnog značaja, zbog određenosti „kriv je onaj učinilac koji je uračunljiv i koji je postupao sa umišljajem (izuzetno iz nehata)“. Postavlja se pitanje, kakva je situacija kada ostala obilježja krivičnog djela ostvari lice koje nije uračunljivo. Proizilazi da nema krivičnog djela, jer je isključena skrivljenost. Međutim, ako se pođe od toga da je opšteprihvaćeno stanovište da je krivično djelo pretpostavka za primjenu svake krivične sankcije, postavlja se pitanje što je onda osnov za primjenu mjera bezbjednosti prema neuračunljivim učinocima; kakva je situacija ako uračunljivo lice podstakne neuračunljivo lice da izvrši krivično djelo; odgovara li podstrekač ako se radnja izvršioca ne može kvalifikovati kao krivično djelo (nema skrivljenosti).

Iz zakonske odredbe „za krivično djelo učinjeno iz nehata učinilac može biti kriv samo kad to zakon određuje“, proizilazi da je umišljaj osnovni oblik vinosti i da se za djelo učinjeno sa umišljajem uvijek krivično odgovara, a za djelo učinjeno iz nehata, samo kada je to Zakonom predviđeno. Potrebno je, dakle, postojanje izričite odredbe o tome, a ako takve odredbe nema, odgovara se samo ako je učinilac pri njegovom izvršenju postupao sa umišljajem.

Krivično djelo postoji samo ako je skrivljeno, ako je njegov učinilac bio uračunljiv i ako je u odnosu na izvršeno krivično djelo postupao sa umišljajem ili iz nehata. Ukinuta je krivična odgovornost kao posebni krivičnopravni pojam i prešlo se samo na krivično djelo i krivičnu sankciju. Osnov primjene sankcije je krivično djelo u čiji pojam ulazi krivica.

3. Sila i prijetnja

Sila i prijetnja (čl. 12) imaju višestruk značaj u krivičnom pravu iako njihovi pojmovi nijesu zakonom određeni, već je taj zadatak prepušten nauci krivičnog prava. Postavlja se pitanje, da li su rješenja prihvaćena u KZ CG logična i usklađena. Apsolutna sila isključuje postojanje krivičnog djela, što odgovara rješenju iz člana 5 (krivično djelo), jer tada nema vinosti kao jedne od komponenti krivice. *Krivič-*

³ Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2000.g., str. 107.

nopravni značaj kompulzivne sile i prijetnje izjednačen je sa krajnjom nuždom, što znači, da su i oni osnov za isključenje krivičnog djela, pod uslovom da su ispunjeni uslovi za krajnju nuždu. Prijetnja bi se i mogla izjednačiti sa opasnošću kod krajnje nužde, *ali je to neprihvatljivo za kompulzivnu silu*, jer ona znači napad na neko pravno dobro, a ne njegovo ugrožavanje; od apsolutne sile razlikuje se samo po intenzitetu prinude, ali i kod nje nema vinosti u odnosu na izvršeno djelo, jer se ono nije htjelo niti se na njega pristalo; isključen je voluntaristički elemenat vinosti.⁴ Bilo je logičnije da je u pogledu krivičnopravnog značaja izjednačena sa apsolutnom silom. Mišljenja smo da je trebalo izjednačiti apsolutnu i kompulzivnu silu, jer obje isključuju slobodu odlučivanja koja je konstitutivni element krivice.

„Posredni izvršilac“ se uvodi kod sile i prijetnje. Pod posrednim izvršiocom smatra se lice koje je upotrebom sile ili prijetnje prinudilo drugo lice da izvrši krivično djelo. Ova analogija ima opravdanja u slučaju izvršenja krivičnog djela pod uticajem sile, ali ne i prijetnje, jer tada kod izvršioca nije isključena mogućnost odlučivanja; lice koje primjenjuje prijetnju moglo bi da odgovara kao izvršilac krivičnog djela prinude ili kao podstrekač na djelo koje je izvršeno pod uticajem prijetnje.

Prema rješenju prihvaćenom u KZ CG, kad je djelo učinjeno pod uticajem apsolutne sile, nema psihičkog odnosa prema djelu, nema krivice, pa nema ni krivičnog djela. Ako je međutim djelo učinjeno da bi učinilac od sebe ili tuđeg dobra otklonio opasnost koja je nastala usljed sile koja nije apsolutna, ili pak prijetnje, u takvom slučaju se izjednačava sa izvršenjem djela u krajnjoj nuždi. Ukoliko, međutim, nije su ispunjeni ovi uslovi, učinilac koji izvrši djelo upotrebom sile ili prijetnje može se blaže kazniti, a ako je djelo učinjeno pod naročito olakšavajućim okolnostima, može se i osloboditi od kazne.⁵

4. Pravna zabluda

Pravna zabluda (čl. 19) je sada osnov za isključenje krivičnog djela. Krivica je isključena u slučaju tzv. pravne zablude iz opravdanih razloga.

Mora se utvrditi da je učinilac u vrijeme izvršenja djela i u odnosu na izvršeno djelo bio u pravnoj zabludi, odnosno da je imao pogrešnu predstavu o zabranjenosti djela, bilo tako što nije znao da je njegovo ponašanje zakonom određeno kao krivično djelo ili je pogrešno smatrao da je isključena protivpravnost djela.

Učinilac treba da je u pravnoj zabludi iz opravdanih razloga, što znači da nije mogao i nije bio dužan da zna da je djelo zabranjeno i tada je isključena njegova krivica. Ova okolnost je od posebnog značaja i nju je teško utvrditi. Ona se mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju i s obzirom na niz objektivnih i subjek-

⁴ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, FMS Tivat, 2010. g., str. 15.

⁵ B. Vučković, V. Vučković, *Krivično pravo Crne Gore*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, FMS, Tivat, 2011. g., str. 89.

tivnih okolnosti. Prema tome, pretpostavka je da je postojao neki razlog zbog koga je učinilac bio u pravnoj zabludi, ali je dalje pitanje priroda toga razloga, da li on opravdava zabludu ili ne. Moglo bi se orijentaciono uzeti da je učinilac bio u opravdanoj pravnoj zabludi, kada, s obzirom na prirodu izvršenog djela, okolnostima pod kojima je djelo izvršeno i ličnost učinioca, nije mogao da ima tačnu predstavu. Teorija i praksa pri tome osnovano ukazuju na prirodu izvršenog djela, kao jedan od osnovnih kriterijuma za procjenu da li su razlozi za pravnu zabludu bili opravdani. Za neka krivična djela, kao što su npr. silovanje, krađa, ubistvo, skoro je nezamislivo da su postojali opravdani razlozi da učinilac nije svjestan njihove zabranjenosti. Kod mnogih drugih krivičnih djela intenzitet svijesti o njihovoj zakonskoj propisanosti je neuporedivo manji. Ima shvatanja da se pravna zabluda iz opravdanih razloga može izjednačiti sa neotklonjivom zabludom.

Pravna zabluda iz neopravdanih razloga takođe može uticati na odmjeravanje kazne. Ona se u smislu člana 42 može podvesti pod “okolnosti pod kojima je djelo učinjeno”, i uzeti kao olakšavajuća okolnost.

Postavlja se pitanje, da li je kriminalno-politički opravdano ovakvo rješenje. Naime, sud sada mora, u svakom konkretnom slučaju da utvrđuje da li kod učinioca, pored svijesti o stvarnom značaju djela – svijest o stvarnim obilježjima, postoji i svijest o protivpravosti, odnosno, da li je riječ o djelu koje je zabranjeno. Teško je prihvatiti da kod običnog građanina za veliki broj krivičnih djela postoji svijest o njihovoj određenosti u Zakoniku, pa čak i mogućnost postojanja takve svijesti; ona postoji u odnosu na neka klasična krivična djela (krađa, ubistvo, razbojništvo). Smatramo da će ovakvo rješenje u sudskoj praksi dovesti do problema. Prema ranijem rješenju, pravna zabluda je bila fakultativni osnov za blaže kažnjavanje učinioca krivičnog djela, kada se isti nalazio u pravnoj zabludi, tako da će u sudskoj praksi doći do znatnih izmjena u odnosu na dosadašnje stanje u pogledu primjene ovog pravnog instituta.

5. Nužna odbrana

Nužna odbrana (čl. 10) je osnov isključenja postojanja krivičnog djela. Zakonik dozvoljava da učinilac „od svog dobra ili dobra drugoga odbije istovremen ili neposredno predstojeći protivpravan napad“. Prema ovom zakonskom rješenju, dozvoljava se postupanje u nužnoj odbrani radi zaštite svakog dobra, dakle, zaštite materijalnog i nematerijalnog dobra, ali i kada su napadnuta lična dobra i imovinska dobra drugoga.

Ovakvo rješenje u sudskoj praksi, dovešće do znatne promjene u odnosu na ranije postupanje sudova, gdje sudska praksa praktično nije dozvoljavala primjenu nužne odbrane ukoliko su napadnuta imovinska dobra, ili je pak primjena u dosadašnjoj sudskoj praksi u ovom pravcu bila sporna.⁶

⁶ N. Peković, „Osnovne karakteristike opšteg dela Predloga Krivičnog zakonika“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Republike Srbije*, Beograd, br. 2/05, str. 15.

6. Krajnja nužda

Krajnja nužda (čl. 11) je osnov za isključenje postojanja krivičnog djela. U odnosu na ranija rješenja, dozvoljeno je postupanje u krajnjoj nuždi radi otklanjanja „od svog dobra ili dobra drugoga“ istovremene ili neposredno predstojeće neskrivljene opasnosti.

7. Actiones liberae in causa

Odgovornost po pravilima **actiones liberae in causa** (čl. 14) svedena je na objektivnu odgovornost, jer se traži da je učinilac prije izvršenja djela bio u stanju nesposobnosti za shvatanje njegovog značaja, odnosno u nemogućnosti da upravlja svojim postupcima usljed upotrebe droga, alkohola ili na drugi način. Kod utvrđivanja odgovornosti, treba imati u vidu da je kod svakog učinioca i pri izvršenju svakog krivičnog djela potrebno da je bio uračunljiv, ali se za odgovornost traži i vinost. Kod rješenja koje je prihvaćeno u KZ CG, nije neophodna nikakva subjektivna komponenta, nikakav psihički odnos prema djelu, pa čak ni svijest o mogućnosti izvršenja djela. Ovaj oblik odgovornosti predstavlja vještačku zakonsku konstrukciju, tako da je rješenje moglo biti jednostavnije.

8. Saizvršilaštvo

Pitanje saizvršilaštva je od posebnog značaja zbog razgraničenja radnji podstrekavanja i pomaganja kao drugih oblika saučesništva u izvršenju krivičnog djela. Saizvršilaštvo se može manifestovati u dva oblika. Prvi, kada više lica učestvovanjem u radnji izvršenja zajednički izvrše krivično djelo. Novina je, da se u radnji izvršenja može učestvovati sa umišljajem ili iz nehata, što proizilazi iz opštih odredaba o odgovornosti saučesnika sadržanih u članu 26 Zakonika.

Novinu predstavlja regulisanje drugog oblika saizvršilaštva koji postoji kada „više lica ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog djela“. Za postojanje ovog oblika potrebno je da je ispunjeno nekoliko uslova. *Prvi je*, da se u izvršenju djela učestvuje sa nekom djelatnošću koja u zakonu nije propisana kao radnja izvršenja. To može biti svaka djelatnost, pa i ona koja bi se mogla kvalifikovati kao podstrekavanje ili pomaganje. *Drugi uslov je* da se učestvovanje u djelu vrši u „ostvarenju zajedničke odluke“. To znači da je preduzimanju saučesničke radnje prethodio dogovor više lica da se izvrši krivično djelo i da je radnja saučesnika realizacija takvog dogovora. Pod „više lica“, podrazumijeva se najmanje dva lica, ali prirodi ovog oblika saučesništva više odgovara veći broj lica (najmanje tri); dogovor postoji kada je između tih lica postignuta saglasnost

o zajedničkom izvršenju krivičnog djela. Ta saglasnost mora se odnositi na određeno krivično djelo i učesnike u izvršenju, ali ne mora obuhvatiti i druge detalje (vrijeme i mjesto izvršenja i dr.).

Dalji uslov je da se u izvršenju djela učestvovalo sa umišljajem. To je i razumljivo ako se ima u vidu da se djelo vrši u realizovanju prethodno donijete odluke. Najzad, a to je i bitan uslov za ovaj oblik saizvršilaštva, potrebno je da je saučesnik bitno doprinio izvršenju krivičnog djela. To znači, da nije dovoljno da je samo postojao kauzalni odnos između radnje saučesnika i nastupanja posljedice, već da je taj odnos bio jačeg intenziteta, da je „bitno“ uticao na njeno nastupanje.

9. Novčana kazna

Novčana kazna (čl. 39 i 40) posebno je regulisana i postoje dva načina izricanja – u fiksnim iznosima i „dani – novčana kazna“. Novina je uvođenje novčane kazne „dani – novčana kazna“, koja predviđa dvije faze u izricanju. Prva je izricanje broja dnevnih iznosa; druga, utvrđivanje novčanog iznosa za jedan dan i pri tome odlučujući značaj ima imovno stanje učinioca. Ovdje je u potpunosti preuzet sistem Skandinavskih zemalja, ali nismo sigurni da za ovaj oblik novčane kazne postoje kod nas uslovi za njeno izricanje, što će se u sudskoj praksi potvrditi ili demantovati (nije poznato da su sudovi u Crnoj Gori do sada izrekli ovu vrstu kazne).

Novčana kazna može se izreći u dosta visokim iznosima, iako je njen opšti minimum 200 eura; za krivična djela zaprijećena zatvorom do šest mjeseci ova kazna ne može biti manja od 400 ni veća od 4000 eura; kod djela zaprijećenih kaznom zatvora do jedne godine minimum novčane kazne je 600 eura, a kod djela zaprijećenih kaznom do četiri godine zatvora, minimum novčane kazne je 1.200 eura. Postavlja se pitanje, šta je motivisalo zakonodavca da novčanu kaznu odredi na ovaj način. Moglo bi se zaključiti, da je do sada novčana kazna izricana u malim iznosima i da sada, propisivanjem posebnih minimuma treba onemogućiti sudove da izriču novčane kazne u malim iznosima. Da li je platežna moć građana Crne Gore takva da može opravdati zakonska rješenja, pokazaće se u sudskoj praksi.

10. Rad u javnom interesu

Rad u javnom interesu (čl. 41) predstavlja posebnu vrstu sankcije. U nastojanjima da se nađu nova rješenja koja bi koristila kao alternativa kazni zatvora, naročito onoj koja bi se izricala u kratkom trajanju, često je pominjana ova mjera, sa različitim nazivima. Ova sankcija ima pravni status kazne, ali bi ona shodno principu *nulla poene sine lege* morala biti propisana za ona krivična djela za koja se može izreći. Iz njene sadržine zaključuje se da je to posebna krivična sankcija koja se ni po sadržini ni po cilju ne može smatrati kaznom, ona upravo služi za zamjenu novčane kazne ili

kazne zatvora. Najveći problem predstavlja, kako odrediti sadržinu ove sankcije, u čemu se ona sastoji; jer su u zakonu samo propisani uslovi za njeno izricanje i tražanje. Važan uslov za izricanje ove kazne je *pristanak učinioca*, što je i logično, jer se ne bi mogla izvršiti ako je osuđeni ne prihvati. Riječ je o *sui generis* mjeri, mjeri koja je specifična u tom smislu što nije kazna u klasičnom smislu, ali joj je slična jer se i ovom mjerom nalažu određene obaveze. Od nje se ipak bitno razlikuje, jer nije prinudnog karaktera. Pozitivni elemenat ove mjere nije vezan za prinudni rad, koji se u krivičnom pravu savremenih država kao krivična sankcija izbjegava, jer organizacija takvog rada bez povrjeđivanja ljudskog dostojanstva, skoro da nije moguća. Prihvatanjem takvog rada osuđeni pokazuje spremnost da svjesno izvrši preuzetu obavezu, pri čemu je jednako važno njegovo osjećanje da čini nešto korisno, čime se njegova socijalna integracija i resocijalizacija ostvaruje efikasnije nego klasičnim kaznama.⁷ Zakonik ne reguliše situaciju kada je učinilac ispunio samo dio određenog broja časova; smatramo da treba prihvatiti isto rješenje kao i kod djelimične isplate novčane kazne. Smatramo da je bilo cjelishodnije rješenje svrstati je uz drugu krivičnu sankciju, nego u kaznu, jer ona služi kao zamjena kazne zatvora; prije bi joj bilo mjesto uz uslovnu osudu i sudsku opomenu.

11. Produženo krivično djelo

Pojam produženog krivičnog djela (čl. 49) regulisan je kao poseban institut, za razliku od ranijeg zakonodavstva, kada je to bila konstrukcija sudske prakse. Precizno su određeni uslovi za njegovu zakonsku konstrukciju, uz postojanje tri uslova – izvršenje više istih ili istovrsnih krivičnih djela; isti učinilac i vremenska povezanost. Ovo su neophodno uslovi, ali pored njih treba da postoje još neki drugi uslovi, koji prema Zakoniku stvaraju jedan dinamičan i promjenljiv pojam produženog krivičnog djela. Ono bi npr. postojalo, ako sud uz navedena tri uslova traži da su sva izvršena prema istom oštećenom i ako je korišćena ista situacija; u drugom slučaju sud bi smatrao da postoji produženo krivično djelo ako su, uz navedena tri uslova, sva djela izvršena na istom mjestu i korišćenjem trajnog odnosa. Moguće bi bile i druge kombinacije.⁸ Zakonik propisuje isključenje postojanja produženog krivičnog djela ako djela izvršena “po svojoj prirodi ne dopuštaju spajanje u jedno djelo”. Sporno je što znači “po svojoj prirodi”. To treba da utvrđuje sud, ali se postavlja pitanje, po kojim kriterijumima? Smatramo da na ovaj način, ovakvim regulisanjem, nije otklonjen osnovni problem vezan za produženo krivično djelo, a to je različito postupanje u sudskoj praksi, o tome kada će se primijeniti zakonska konstrukcija produženog krivičnog djela.

⁷ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Opšti dio*, prvo izdanje, Banja Luka, 2008.g., str. 390.

⁸ Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore, decembar 2009.g., str. 19.

12. Вишеstruki povrat

Za višestruki povrat (čl. 44), traži se ispunjenje više kumulativno određenih uslova koji se mogu svrstati u četiri grupe: a) tzv. *sudska prošlost* (ranija osuđiva-nost), b) *da je djelo učinjeno sa umišljajem i da je za njega propisana kazna zatvora*; c) *da učini-lac pokazuje sklonost za vršenje krivičnih djela* i d) *da od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne, pa do izvršenja novog krivičnog djela, nije proteklo pet godina*. Višestruki povrat je fakultativna pooštavajuća okolnost pri odmjeravanju kazne i ovo znači da *se učiniocu može izreći kazna zatvora iznad po-sebnog maksimuma propisanog za izvršeno djelo*. Zakonik obavezuje sud da pri toj ocjeni uzme u obzir određene okolnosti: srodnost učinjenih krivičnih djela, pobude iz kojih su učinjena, okolnost pod kojima su učinjena i potreba da se radi ostvarenja svrhe kažnjavanja izrekne teža kazna.⁹

13. Neće se kazniti

Ukazaćemo na još jedan zakonski pojam „neće se kazniti“. Zakonik je razriješio dilemu kakva je pravna priroda ove odredbe. Prihvatio je mišljenje koje je preovlađivalo i u teoriji, da to znači isključenje postojanja krivičnog djela i to po osnovu isključenja protivpravnosti. Ovdje se radi o *osnovu koji isključuje postojanje krivičnog djela*, dakle, o institutu krivičnog prava, tako da se njegovo mjesto *nije* moglo naći kod „zakonskih izraza“ (član 142 KZ) već kod ostalih *osnova isključenja krivičnog djela*.

14. Pripreme radnje

KZ CG ne sadrži odredbe o pripremnim radnjama, koje su realnost, jer su kod mnogih krivičnih djela predviđene kao radnje izvršenja ili kao samostalna krivična djela. Problem može nastati kod razgraničenja pripremnih radnji i kažnjivog pokušaja; kod nekih krivičnih djela pripremanje je kažnjivo (čl. 373. “pripremanje djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore”).

⁹ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *op. cit.*, str. 141.

Posebni dio

U Posebnom dijelu KZ je unio niz novina koje bi se mogle svrstati u tri grupe: propisan je veći broj novih krivičnih djela; neka od postojećih su izostavljena i kod većeg broja krivičnih djela učinjene su veće ili manje izmjene i dopune u odnosu na ranije krivično zakonodavstvo.

Novе inkriminacije rezultat su obaveze koju je našа zemlja imala po međunarodnim konvencijama; i u pogledu propisivanja ovih krivičnih djela ne bi se mogla staviti ozbiljnija primjedba. Kada je riječ о dekriminalizaciji, за izostavljanje nekih krivičnih djela, postavlja se osnovano pitanje, да li je то било cjelishodno. I najзад, kada je riječ о krivičnim djelima gdje su učinjene веће или мање измјене и допуне u odnosu на ranije krivično zakonodavstvo, nije mali broj onih zakonskih rješenja koji izazivaju opravdanu sumnju да li je то тако и сада требало učiniti. Smatramo да за највећи број zakonskih rješenja nijesu postojali kriminalno–politički razlozi за njihovu измјену, односно, да ни судска пракса nije ukazivala на потребу njihovog radikalnog mijenjanja.

1. Krivično djelo lišenja života iz samilosti

Kod krivičnih djela protiv života i tijela, uvedeno je krivično djelo eutanazije – lišenje života iz samilosti (čl. 147). Ono se primjenjuje u odnosu на punoljetno lice, zbog teškog zdravstvenog stanja i „na njegov ozbiljan i izričit zahtjev“. Postavlja se pitanje – pravo individue да изабере живот или смрт. Legalizovanjem eutanazije, osoba ima potpunu kontrolu nad sopstvenim životom. Ona može да изабере или neizabere eutanaziju. Dok je eutanazija nelegalna, osoba nema potpunu kontrolu nad svojim životom, zakonski она može да изабере ovakav način umiranja. Да li треба ljudima uskratiti ovaj izbor?¹⁰ Mnogi smatraju да je odluka да se неко „samoubije“, privatni izbor о коме društvo nema pravo да raspravlja. Prema zakonskoj definiciji, за njeno postojanje traži se да je ubistvo izvršeno iz samilosti „na ozbiljan i izričit zahtjev“ lica koje zbog teškog zdravstvenog stanja moli drugog да ga liši života. Postavlja se pitanje utvrđivanja okolnosti, да li je pasivni subjekt stvarno zahtijevao да bude lišen života, да li je taj zahtjev bio izričit i ozbiljan. Ovakvo zakonsko rješenje smatramo да će izazvati niz dilema u судској пракси.

2. Krivična djela protiv polnih sloboda

Kod krivičnih djela protiv polnih sloboda učinjene su radikalnije izmjene. Kod krivičnog djela silovanja i aktivni i pasivni subjekt, prema zakonskoj definiciji, označeni su kao „ko“, što znači, svako lice. Dakle, izvršilac djela može biti svako

¹⁰D. Petrović, *Eutanazija*, Srpsko udruženje за krivično pravo, 2000. g., str. 151.

lice, muško i žensko, i krivično djelo se može izvršiti kako prema ženskom, tako i prema muškom licu. Moglo bi se tumačiti, da aktivni i pasivni subjekt mogu biti lica istog pola. Smatramo da je ovakvo rješenje potpuno neprecizno, neprihvatljivo i da je rezultat brisanja postojanja krivičnog djela protivprirodnog bluda; sa obljubom je izjednačen i drugi način izvršenja djela označen kao „njoj izjednačen čin“. Upotrijebljeni izraz je krajnje neprecizan; a kada je riječ o obljudi ostaje i dalje problem, da li se silovanje može vršiti prema licu sa kojim se učinilac nalazi u braku ili u trajnoj vanbračnoj zajednici, da li žensko lice može izvršiti prinudnu obljudu nad muškim licem i dr. Ovakav opis radnji polnih delikata nije poznavalo naše ranije krivično pravo. Izostavljeno je krivično djelo bludnih radnji i zamijenjeno je djelom “nedozvoljene polne radnje”, a kao radnja izvršenja određeno je vršenje neke “druge polne radnje”, tako da je u sudskoj praksi sada problem odrediti koje su to “druge polne radnje”; u sudskoj praksi već je bio izgrađen pojam bludnih radnji. Novina je krivično djelo „navođenje maloljetnog lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode“ (čl. 211a). Ova inkriminacija je opravdana, s obzirom na težinu krivičnih djela protiv polnih sloboda i zaštitu djece i maloljetnih lica.

3. Krivična djela protiv bezbjednosti računarskih podataka

Krivična djela protiv bezbjednosti računarskih podataka propisana su u posebnoj glavi i njima je izvršena krivičnopravna zaštita računarskih podataka i sigurnost elektronskog poslovanja, a koje nijesu bile zaštićene u ranijem jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu. S obzirom na sve brži razvoj kompjuterskog i elektronskog poslovanja, opravdano je bilo regulisati njihovu inkriminaciju, jer su računari i uopšte informaciona tehnologija postali sredstvo za lakše i efikasnije vršenje krivičnih djela, ili su sami postali objekat napada. Upravo ova ekspanzija tehnike uslovila je potrebu za krivičnopravnom zaštitom ove vrste. Uvođenje ovih krivičnih djela u saglasnosti je sa Evropskom konvencijom o sajber kriminalu.¹¹

4. Krivična djela protiv životne sredine i uređenja prostora

Većina krivičnih djela protiv životne sredine i uređenja prostora spadaju u tzv. blanketna krivična djela, jer je za njihovu primjenu i utvrđivanje postojanja neophodno utvrditi sadržaj nekih drugih propisa kojima su regulisana pojedina pitanja životne sredine ili je određeno značenje pojedinih pitanja. Kod ovih krivičnih djela, kod njihovih teških oblika, teža posljedica neuobičajeno je propisana kao *zagađivanje životne sredine u toj mjeri da su za njegovo otklanjanje potrebni duže vrijeme i veliki troškovi*. Mogli bismo zaključiti da se ne zna koji je pojam neodređeniji od ova dva. U sudskoj praksi, može nastati problem ko će da utvrđuje šta znači „duže

¹¹ Concil of Europe, *Convention on Cybercrime*, Budapest, 23. November 2011.

vrijeme“ ili „veliki troškovi“. Kod ovih krivičnih djela, moglo bi se postaviti i pitanje, zašto se njima ne pruža zaštita od buke kao važan oblik ugrožavanja životne sredine. Krivičnopravna zaštita životne sredine mogli bismo reći, nije potpuna i sveobuhvatna.

5. Krivična djela protiv intelektualne svojine

Posebnu glavu čine krivična djela protiv intelektualne svojine, a njihovu inkriminisanost uslovio je prijem u međunarodne organizacije. Autorska prava kao originalne duhovne tvorevine autora, do sada su štice mjerama građanskog prava, ali nesporno je, da *postoje opravdani kriminalno-politički razlozi da se inkriminiše njegova povreda*. Zloupotrebe ovog prava su sve raznovrsnije, pa je stoga i njihova zaštita neophodna. Za sva krivična djela protiv intelektualne svojine obavezno je izricanje mjere bezbjednosti – oduzimanja predmeta. Mogli bismo konstatovati analiziranjem krivičnih djela, da je na cjelovit način obezbjeđena krivičnopravna zaštita intelektualne svojine u našem krivičnom zakonodavstvu.

6. Krivična djela protiv službene dužnosti

Karakteristika kod ove grupe krivičnih djela je, da su u odnosu na ranije krivično zakonodavstvo izostala pojedina krivična djela, kao npr. kršenje zakona od strane sudije, nepreduzimanje mjera za sprečavanje seksualne i zloupotrebe lica lišenih slobode, kao i izricanje kazne konfiskacije imovine. Razlog za to su, da su zaštitni objekti ovih krivičnih djela u dovoljnoj mjeri zaštićeni drugim krivičnim djelima u KZ. Izostavljeno je i krivično djelo falsifikovanja službene isprave, ali je ono propisano u glavi „Krivična djela protiv pravnog saobraćaja“.

7. Krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom

Ova krivična djela upravljena su protiv čovječnosti i međunarodnog prava, to su zaštitni objekti ove grupe krivičnih djela. Pojam čovječnosti shvata se u smislu poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda, a u slučaju izbijanja rata ili drugog oružanog sukoba u smislu neprimjenjivanja postupaka prema učesnicima u sukobu i stanovništvu koje neposredno ne učestvuje u borbi. Zakonska obilježja ovih krivičnih djela preuzeta su iz odredaba Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda. Tako, unijeto je krivično djelo „zločin protiv čovječnosti“. Izvršeno je poboljšanje u formulaciji krivičnih djela protiv ratnih zločina u skladu sa odredbama međunarodnih konvencija koje se odnose na ovu materiju i odredbama Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda. Kao posebno krivično djelo inkriminirano je

„nepreduzimanje mjera za spriječavanje vršenja krivičnih djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom“. Ovo krivično djelo u sadržajnom smislu oslanja se na tzv. komandnu odgovornost, koja je prihvaćena u međunarodnom krivičnom pravu, ali se od nje i razlikuje. Izvršiocem krivičnog djela smatra se i lice koje nije preduzelo radnju izvršenja nekog od djela navedenih u zakoniku niti je naredilo izvršenje djela, ali je znalo ili je moglo znati da druga lica pripremaju izvršenje krivičnog djela protiv čovječnosti ili ga vrše, pa ništa nije preduzelo da spriječi njihovo izvršenje. U ovom slučaju ono se kažnjava kao izvršilac onog krivičnog djela koje je izvršilo drugo lice. Nečinjenje je osnovni oblik izvršenja ovog krivičnog djela, mada ono za posljedicu ima vršenje veoma teških krivičnih djela. Osnovni problem je mogućnost da se odgovara i kada je djelo izvršeno iz nehata. To znači, da bi izvršilac odgovarao i kada nije bio svjestan da se priprema izvršenje djela, odnosno da je započeto sa izvršenjem, ali je mogao biti svjestan i bio je dužan da bude svjestan. Naime, radi se o veoma teškim krivičnim djelima kod kojih se za neka traži i tzv. specijalni umišljaj praćen namjerom, a ova pravila predviđaju odgovornost i kad se postupa iz nehata. Zbog toga se osnovano izražava sumnja, da je komandna odgovornost blizu objektivne odgovornosti. Nesporno je da se radi o pravilima kojima se na poseban način reguliše odgovornost za izvršenje međunarodnih krivičnih djela. Ako je tako, komandnu odgovornost je možda trebalo svrstati u Opšti dio, kod odredaba o odgovornosti.

U skladu sa međunarodnim konvencijama date su i nove inkriminacije koje se odnose na međunarodni terorizam i uzimanje talaca. Inkriminisano je krivično djelo „finansiranje terorizma“, a što je opravdano, ako se ima u vidu da se ova krivična djela mogu izvršiti i izolovanom radnjom pojedinca, ipak, njihova priroda je takva da se po pravilu vrše na organizovan način, da se najčešće radi o organizovanom kriminalu, pa je iz tog razloga uvođenje ovog krivičnog djela opravdano.

Zaključak

Krivični zakonik je kodeks, normativni akt kojim zakonodavac na jednom mjestu kodifikuje pravo, propisuje krivičnopravne norme koje imaju zadatak da pojedince odvrate od takvog ponašanja koja su štetna za tuđa pravna dobra i da ih usmjere na ponašanja koja su u skladu sa pravnim normama. U zavisnosti od njegovog stvaranja, govorimo o efikasnosti ili neefektivnosti krivičnog prava, njegovom primjenjivanju ili neprimjenjivanju. Od samog zakonodavca zavisi u kojoj mjeri i u kom pravcu će krenuti primjena krivičnog prava. Kroz propisane norme, može se uočiti tendencija da krivično pravo postaje sve manje reakcija na najteže oblike povrede građana, a sve više sredstvo unutrašnje politike.¹²

Reforma krivičnog zakonodavstva u Crnoj Gori prati reformu drugih evropskih zemalja u posljednjoj deceniji, a karakteriše je propisivanje velikog broja novih

¹² Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, str. 226.

inkriminacija, ali i odstupanje od nekih osnovnih načela krivičnog prava koja dugo vremena nijesu dovođena u pitanje i korišćenje krivičnog prava kao *sola* ili *prima ratio*, a ne *ultima ratio*.¹³ Veliki broj novih inkriminacija javlja se, uglavnom, u onim oblastima gdje krivično pravo pokazuje svoju neefikasnost i gdje ne dolazi do primjene postojećih inkriminacija: organizovani kriminalitet, korupcija, terorizam i sl.

Međunarodne konvencije koje je naša država ratifikovala, uslovile su ekspanziju krivičnog prava, propisivanjem novih krivičnih djela i izmjenom postojećih inkriminacija. Kod nekih krivičnih djela proširena je kriminalna zona, u odnosu na ranija zakonska rješenja.

Krivičnopravna represija je neophodno i često jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta. Međutim, to ne znači i opravdanje za ekscesivno korišćenje kazne i krivičnog prava. Krivično pravo bi trebalo da bude krajnje sredstvo (*ultima ratio*) za pružanje zaštite određenom dobru.

Imajući u vidu izloženo izlaganje u ovom referatu, o pojedinim rješenjima u opštem i posebnom dijelu Krivičnog zakonika, postavlja se pitanje: da li je neke norme trebalo radikalizovati na način kako je to urađeno, kako će se one primjenjivati u sudskoj praksi, da li će izazivati dileme, ili ne? Nije sporno, da se neke krivične sankcije, od donošenja Krivičnog zakonika Crne Gore, još uvijek nijesu primijenile u sudskoj praksi (npr. novčana kazna u dnevnim iznosima), a prema nekim propisanim novčanim kaznama stiče se utisak da je zakonodavac imao povjerenje u platežnu moć građana Crne Gore, i da li će se one primijeniti, ostaje da nam sudska praksa to potvrdi ili demantuje.

Takođe, primjećuje se, da se usvajaju norme koje su u tehničkom smislu nekvalitetne, koje imaju određene propuste, zbog čega dolazi do mijenjanja rješenja, a koja nijesu dobra u jednoj osjetljivoj oblasti kao što je krivično materijalno pravo, jer generišu nestabilnost.

U razvoju krivičnog zakonodavstva, gotovo da nema zemlje u kojoj je donijet savršen i pragmatičan zakon koji nije trebalo mijenjati i dopunjavati. Mada nije poželjno vršiti česte i parcijalne promjene, krivično pravo mora da slijedi i transformacije ove pravne oblasti u drugim zemljama i prihvata nove teoretske koncepcije. U odnosu na ranije zakonodavstvo, učinjen je niz značajnih i progresivnih izmjena i dopuna.¹⁴

Zakon treba da gleda naprijed, a ne unazad – *Lex prospicit, non respicit*.

¹³ Z. Stojanović, *Krivično pravo u doba krize*, Branič, Beograd, broj 1-2/2011, str. 34.

¹⁴ L. Lazarević, *Opšti osvrt na Krivični zakonik Crne Gore*, Zbornik Udruženja za krivično pravo i kriminalnu politiku Crne Gore, Budva, 07 – 09. 06. 2007.g., str. 29.

Summary

The adoption of the Criminal Code of Montenegro, as codified in content and extensive legal document, represented a significant advancement in the harmonization of the criminal laws with the laws of the progressive countries in Western Europe. Ratified provisions of international conventions have been comprised within. The importance of the document lies in the fact that a series of new solutions have been implemented, but also that it mainly “relies” on previously enacted legislation; yet the adoption of the document meant a step forward in building our criminal law.

In the paper, because of its scale, one could not point to all the solutions, which is why we analyzed only the radical ones. Case law will show whether in criminal – political terms it was justified to change earlier solutions, whether those present ones are clear enough or cause dilemmas, i.e. whether some criminal penalties should have been changed as of the adoption of the Criminal Code they have never been imposed.

KUĆNI ZATVOR S ELEKTRONSKIM NADZOROM U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Dr sc. Hajrija Sijerčić-Čolić

***Анотација:** У раду се говори о кућном затвору с електронским надзором, промјенама у кривичном законодавству Федерације Босне и Херцеговине и разлозима за увођење ове алтернативне санкције. Кућни затвор с електронским надзором мијенја систем кривичних и алтернативних санкција у Федерацији Босне и Херцеговине, јер омогућава да се казна лишења слободe, без излагања осуђене особе утицају негативних струјања које казна затвора носи са собом, континуирано извршава и у општем интересу. Наводе се и резултати истраживања у области изрицања кривичних и алтернативних санкција, као и у сектору њиховог извршења. Тим излагањима скреће се пажња на то да се у посљедњих 10-ак година у овом ентитету најчешће изричу казне затвора до једне године (93,57%), као и на чињеницу да велики број осуђеника (којима је изречена казна затвора до једне године) чека “пред вратима” ентитетских казнено-поправних завoда.*

***Кључне ријечи:** кућни затвор с електронским надзором, алтернативне санкције, кривично законодавство, пенитенцијарни систем, Федерација Босне и Херцеговине.*

1. Šta je otvorilo put novoj алтернативној санкцији?

Zakonom o dopunama Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZD KZ FBiH)¹ uvedena je nova kazna u entitetsko krivično zakonodavstvo, a način njenog izvršenja regulisan je u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZID ZIKS FBiH).² Kućni zatvor s elektronskim nadzorom je po svojoj prirodi алтернативна санкција и из бројних разлога, којима су посвећени редови што слиједи, заслужује посебну пажњу.

Odmah na početku je оправдано поставити питање: шта је отворило пут промјенама у ентитетском материјалном и извршном кривичном законодавству?

Др сц. Хајрија Сијерчић-Чолић, редовна професорица, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина.

¹ “Službene novine Federacije BiH”, br. 42/11.

² “Službene novine Federacije BiH”, br. 42/11.

Iz prikupljenih i analiziranih podataka Zavoda za statistiku Federacije Bosne i Hercegovine, Federalnog ministarstva pravde i Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, uočavaju se određene pojave u procesu izvršenja krivičnih sankcija koje su otvorile put promjenama u krivičnom zakonodavstvu, odnosno koje su omogućile uvođenje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom kao alternative kazni lišenja slobode. Krenimo redom.

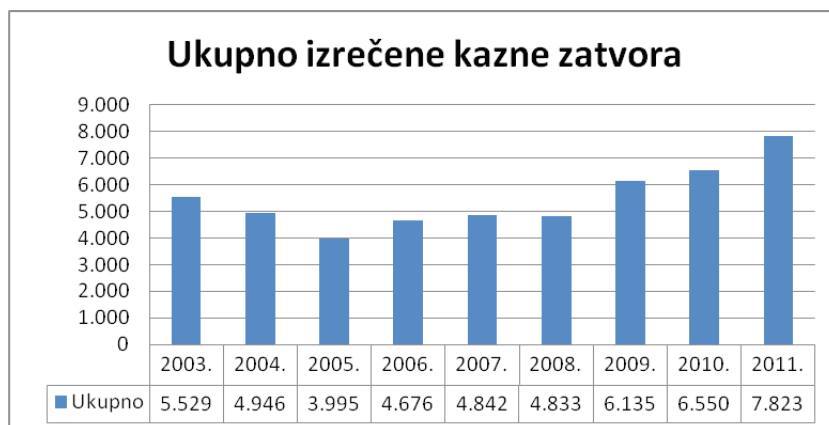
Prvo, analiza broja izrečenih kazni zatvora u Federaciji Bosne i Hercegovine za period od 2003. do 2011. godine pokazuje sljedeće.³

Tabela 1. Ukupan pregled izrečenih kazni zatvora

Godina	Ukupan broj izrečenih kazni zatvora	Od toga broj izrečenih kazni zatvora do 6 mjeseci	Od toga broj izrečenih kazni zatvora od 6 mjeseci do 1 godine	Od toga broj izrečenih kazni zatvora od 1 do 10 godina	Od toga broj izrečenih kazni zatvora od 10 do 15 godina	Od toga broj izrečenih ostalih kazni zatvora
2003	5.529	4.698	<u>612</u>	202	15	2
2004	4.946	4.056	619	259	6	6
2005	3.995	2980	698	291	9	17
2006	4.676	3.401	898	358	11	11
2007	4.842	3.622	790	410	15	20
2008	4.833	3.726	824	266	5	17
2009	6.135	4.419	1.336	344	14	36
2010	6.550	4.576	1.605	345	11	24
2011	7.823	5347	<u>1.952</u>	487	18	37
UKUP-NO	49329	36827	9.334	2.962	105	170
	100%	74,65%	18,92%	6,00%	0,21%	0,30%
93,57%						

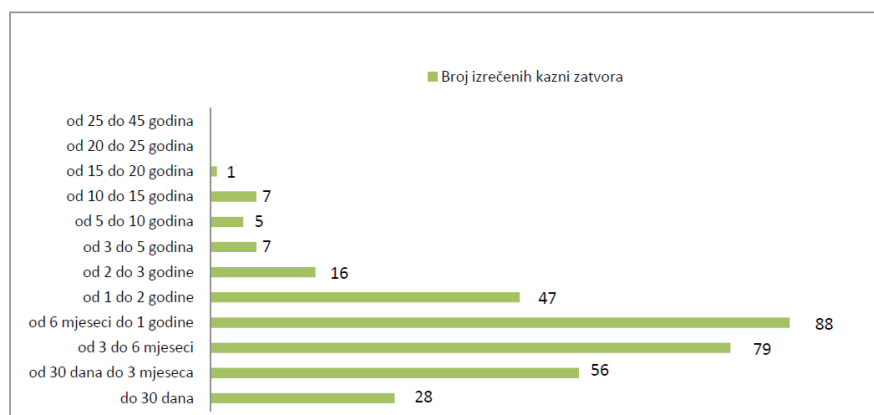
³ Opširnije Sijerčić-Čolić, H. et al. (2013). *Stanje i kretanje kriminaliteta u Bosni i Hercegovini za punoljetne osobe u periodu od 2003. do 2012. godine*. Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine. Sarajevo, str. 106-109.

Na osnovu Tabele 1 može se zaključiti da se najčešće izriču kazne zatvora do jedne godine, zbog čega se u ukupnom broju izrečenih kazni zatvora najveći procenat odnosi na kratkotrajne kazne lišenja slobode (ili 93,57%). Najveći porast broja izrečenih kazni zatvora zabilježen je kod kazni lišenja slobode u trajanju od šest mjeseci do jedne godine (koji u procentu iznosi 318,95%).



Grafikon 1. Ukupno izrečene kazne zatvora

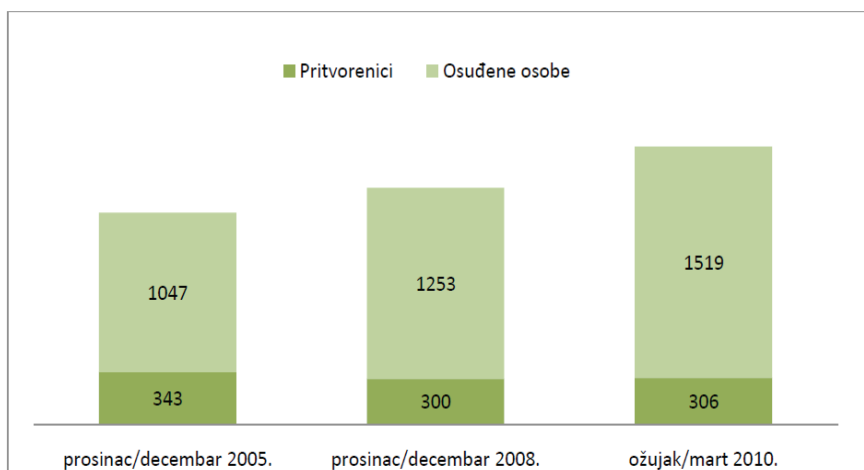
Prema Grafikonu 1, u devetogodišnjem periodu zabilježen je porast broja izrečenih kazni zatvora i to u 2011. godini za 25% više u odnosu na 2003. godinu. Blaga tendencija pada broja izrečenih kazni zatvora zabilježena je u 2005. godini, i u odnosu na 2003. godinu iznosi 28,2%.



Grafikon 2. Broj izrečenih kazni zatvora prema trajanju u Kantonu Sarajevo

Grafikon 2 prikazuje stanje u pogledu izrečenih kazni zatvora prema trajanju u Kantonu Sarajevo za 2009. godinu. Na temelju analize ovih podataka vidljivo je da na izrečene kazne do jedne godine zatvora otpada i do 75% od ukupnoga broja izrečenih kazni.

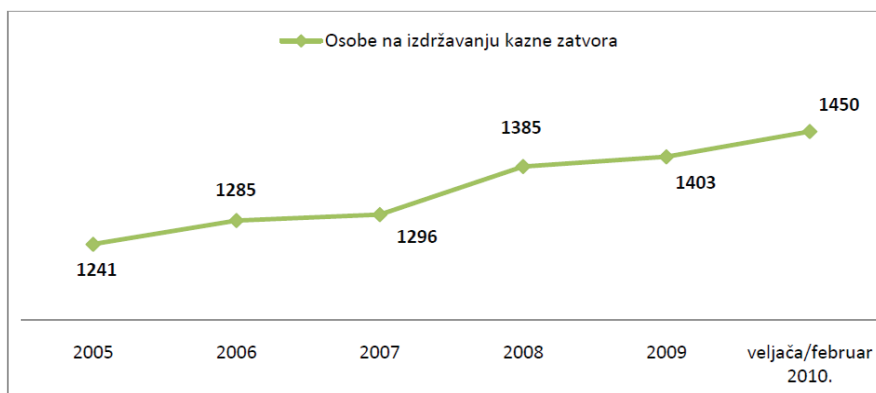
Drugo, uočena je pojava porasta broja osuđenih osoba koje čekaju poziv nadležnog suda, kako bi bile upućene na izdržavanje pravosnažne zatvorske kazne. Iako se u okviru penitencijarnog sistema Federacije Bosne i Hercegovine može registrovati proširenje zatvorskih kapaciteta u godinama koje prethode uvođenju kućnog zatvora s elektronskim nadzorom, ipak je u istom vremenskom periodu zabilježen broj od gotovo 1.000 pravosnažno osuđenih osoba za koje nisu bili obezbijeđeni smještajni kapaciteti u kazneno-popravnim zavodima.



Grafikon 3. Smještajni kapaciteti⁴

⁴ U Federaciji Bosne i Hercegovine imamo slijedeće kazneno-popravne zavode: Zenica – to je jedini zavod zatvorenog tipa, u krugu ovog zavoda smješteno je i Odjeljenje za maloljetnike kojima je izrečena kazna maloljetničkog zatvora. Ovaj zavod također ima i Odjeljenje u opštini Usora; Kazneno-popravni zavod Sarajevo kao zavod poluotvorenog tipa s dijelom smještajnih kapaciteta u Ustikolini i na Igmanu; Kazneno-popravni zavod Tuzla kao zavod poluotvorenog tipa, sa smještajnim kapacitetima u Tuzli (kazneno-popravni zavod za žene) i u Kozlovcu (muški punoljetni zatvorenici); Kazneno-popravni zavod Mostar kao zavod poluotvorenog tipa; Kazneno-popravni zavod Busovača kao zavod poluotvorenog tipa; Kazneno-popravni zavod Bihać kao zavod poluotvorenog tipa i Kazneno-popravni zavod Orašje kao zavod poluotvorenog tipa. U okviru svakog kazneno-popravnog zavoda postoje posebna odjeljenja u kojima su smještene pritvorene osobe. Po svojoj prirodi ta su odjeljenja zatvorenog tipa, te se u njima izvršava pritvor po rješenju opštinskih i kantonalnih sudova, kao i mjera pritvora koje određuje Sud Bosne i Hercegovine u skladu s Memorandumom o razumijevanju o pravnoj pomoći i službenoj saradnji u oblasti izvršenja kazni zatvora i drugih mjera izrečenih u krivičnom postupku između Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 38/03).

Grafikon 3 pokazuje smještajne kapacitete kazнено-popravnih zavoda u Federaciji Bosne i Hercegovine, kako za osuđene, tako i za pritvorene osobe. Iz ovog grafikona vidljivo je povećanje ukupnih smještajnih kapaciteta u kazнено-popravnim zavodima za oko 30%.⁵



Grafikon 4. Kretanje broja osoba na izdržavanju kazne zatvora

Grafikon 4 pokazuje kretanje broja osoba na izdržavanju kazne lišenja slobode u periodu od 2005. do 2010. godine. Prema izvještaju Federalnog ministarstva pravde, bez obzira na to što je riječ o problemu koji je prisutan i u drugim zemljama, u domaćoj javnosti često se raspravlja o neprestanom porastu broja osuđenih osoba, koji dodatno pojačava razmjerno veliki broj osoba koje čekaju na izdržavanje kazne zatvora na osnovu sudskih odluka koje su stupile na pravnu snagu.⁶

⁵ Federalno ministarstvo pravde, Godišnji pregled aktivnosti [ožujak/mart 2009. – ožujak/mart 2010.]. Dostupno na http://www.fmp.gov.ba/useruploads/files/izvjestaj_2009.pdf

⁶ Ibidem.

Tabela 2. Ukupan broj izrečenih kazni zatvora do jedne godine i broj osuđenih osoba koje čekaju na upućivanje u kazneno-popravni zavod

Godina	Broj izrečenih kazni zatvora do jedne godine	Broj izrečenih kazni zatvora do jedne godine (nepravosnažno)	Broj izrečenih kazni zatvora do jedne godine (pravosnažno)	Broj osuđenih osoba (na kaznu zatvora do jedne godine) koje čekaju na upućivanje u kazneno-popravni zavod
2009		210	1.590	954

Tabela 2 slikovito prikazuje podatke za 2009. godinu, koja je ostala zapamćena po tome što je više od 950 osuđenih osoba čekalo na izdržavanje kratkotrajnih kazni lišenja slobode. Iako analize pokazuju neujednačenost stanja u različitim kantonima, ipak je pritisak na kazneno-popravne zavode usljed povećanja broja osuđenih osoba znatno izraženiji u Kantonu Sarajevo i Srednjobosanskom kantonu, gdje se povremeno bilježilo i do 70% ukupnoga broja osuđenih osoba koje su čekale na upućivanje u kazneno-popravne zavode Federacije Bosne i Hercegovine. Konačno, među osuđenim najčešće su bile one osobe kojima je izrečena kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do jedne godine (iznad 60%).⁷

Naglasak na ove dvije pojave ne znači da nisu bili aktualne i ostale, među koje ubrajamo opšte karakteristike zatvorskih ustanova (kao što su, npr., izdvajanje učinioca krivičnog djela iz društva i njegova izolacija, pretežno represivna sadržina, negativni uticaji na fizičko i psihičko zdravlje osuđenika, slabiji rezultati u procesu resocijalizacije i prilagođavanja osuđenika vanjskom svijetu, visoki troškovi koji nastaju njihovom gradnjom i održavanjem), kao i probleme koji prate izvršenje kazne lišenja slobode u penitencijarnom sistemu u Bosni i Hercegovini (npr., prenatrpanost zatvora, loši uslovi boravka i rada u kazneno-popravnim zavodima, problem narkomanije i alkoholizma, zlostavljanje osuđenika od strane zatvorskog osoblja, disciplinski prestupi osuđenika, činjenje novih krivičnih djela).⁸

2. Odziv institucija nadležnih za izvršenje krivičnih sankcija

Već iz dosada rečenog izlazi da je oblikovanje i uvođenje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom bilo plansko. Federalno ministarstvo pravde je uočilo

⁷ Ibidem.

⁸ Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V. (2011). *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu. Sarajevo, str. 187-189.

prednosti primjene različitih modela izvršenja kazne lišenja slobode koji su između zatvorske kazne i nadziranja osuđene osobe na slobodi, te je pripremio zakonske propise na osnovu kojih se danas primjenjuje ova alternativna sankcija. Uvođenje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom u krivično zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine, i u literaturi i u praksi izvršenja krivičnih i alternativnih sankcija, opisuje se kao posebno bitno, naročito iz razloga rasterećenja sektora izvršenja krivičnih sankcija, značajnih finansijskih ušteda, humanijeg pristupa izvršenju kratkotrajnih zatvorskih kazni i intenziviranja procesa resocijalizacije učinioca krivičnog djela. Dobar odziv je i kod osuđenih osoba s obzirom na to da osuđenici ovaj alternativni vid izvršenja kratkotrajnih kazni lišenja slobode smatraju puno boljim i humanijim (npr., ostaju s porodicom, a ukoliko su zaposleni mogu nastaviti obavljati radne aktivnosti).

Dosadašnja izlaganja opravdavaju da se, prije detaljnijeg predstavljanja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom, istakne i ovo. Već spomenutim ZID ZIKS FBiH proširene su mogućnosti elektronskog nadzora nad osobama koje se nalaze u kazneno-popravnim zavodima u Federaciji Bosne i Hercegovine. Riječ je o elektronskom nadzoru osuđenika za vrijeme korištenja vanzavodskih pogodnosti, ukoliko direktor ustanove za izvršenje krivičnih sankcija ocijeni da za to postoje opravdani sigurnosni ili drugi razlozi (čl. 13 ZID ZIKS FBiH), te o elektronskom nadzoru osuđenika koji se otpušta na uslovni otpust, o čemu odlučuje Komisija za uslovni otpust (čl. 15 ZID ZIKS FBiH).

3. Zakonski i podzakonski akti o kućnom zatvoru s elektronskim nadzorom

Krivičnopravne norme o kućnom zatvoru s elektronskim nadzorom ovu alternativu ne postavljaju kao samostalnu alternativnu sankciju nego kao zamjenu za izrečenu kaznu zatvora, i to u okviru propisa o kaznama koje se krivom učiniocu krivičnog djela mogu izreći. Bez obzira na ovakav stav zakonodavca, kućni zatvor s elektronskim nadzorom je, kako smo to već uvodno istakli, po svojoj prirodi alternativna sankcija.

Kome se može izreći ova alternativna sankcija? ZD KZ FBiH propisao je sljedeće: Osoba osuđena na kaznu zatvora do jedne godine, uz svoj pristanak, može izdržavati tu kaznu i kao kućni zatvor s elektronskim nadzorom, što podrazumijeva da osuđena osoba ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Odluka da se kazna zatvora može izvršiti i kao kućni zatvor s elektronskim nadzorom zasniva se na ocjeni da, uzimajući u obzir sve okolnosti koje određuju vrstu i mjeru kazne, učinioca krivičnog djela nije neophodno potrebno uputiti u ustanovu na izdržavanje kazne zatvora, već se i na ovakav način može postići svrha kažnjavanja i svrha izvršenja kazne zatvora.⁹ Osuđenoj osobi koja izdržava kućni zatvor s elektronskim nadzorom

⁹ Sudska praksa je zauzela stav da se, uzimajući u obzir da prethodno izrečene kazne, odnosno uslovne

i koja neopravdano napusti prostorije u kojima stanuje, sud će odrediti izdržavanje ostatka kazne zatvora u ustanovi za izvršenje kazne lišenja slobode.

Šta znači mogućnost izdržavanja kazne lišenja slobode u prostorijama u kojima stanuje osuđena osoba? U ZD KZ FBiH i ZID ZIKS FBiH predviđeno je da osuđena osoba ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje osim u slučajevima propisanim izvršnim krivičnim pravom. Kućni zatvor s elektronskim nadzorom izvršava se u prostorijama u kojima stanuje osuđena osoba, u mjestu prebivališta, odnosno boravišta.

Kome se ne može izreći kućni zatvor s elektronskim nadzorom? Osobi koja je osuđena za krivična djela protiv braka, porodice i omladine i koja živi s oštećenim u istom domaćinstvu ne može biti određeno izvršenje kazne lišenja slobode kao kućnog zatvora s elektronskim nadzorom.

Uz ove propise, ZID ZIKS FBiH, te Pravilnik o načinu provođenja elektronskog nadzora¹⁰, sadrže i druge kojima se detaljnije govori o načinu i uslovima provođenja elektronskog nadzora prema osuđenim osobama kojima je izrečena ova alternativa; poštivanju ljudskog dostojanstva i osnovnih ljudskih prava i sloboda; pravima i obavezama prilikom izvršenja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom; tehničkim mogućnostima izvršenja, kao i o drugim pitanjima od značaja za izvršenje ove alternativne sankcije.

U okviru tih propisa, izdvajamo sljedeće. Sud nadležan za izvršenje kazne zatvora može u slučajevima osude na kaznu zatvora do jedne godine zatražiti od centra za socijalni rad nadležnog po mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđene osobe, izvještaj o ličnim, porodičnim i socijalnim prilikama te osobe radi ocjene da li se radi o osobi pogodnoj da bude upućena na izdržavanje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom. Sud će prije donošenja odluke o određivanju izvršenja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom ispitati tehničke mogućnosti za takvo izvršenje u prostorijama u kojima će osuđena osoba stanovati, kao i druge okolnosti od značaja za izvršenje. Kada sud ocijeni da su ispunjeni uslovi za upućivanje osuđene osobe na izdržavanje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom, pozvat će osuđenu osobu da se upozna s načinom i uslovima izvršenja, pravima i dužnostima u toku izvršenja, posljedicama neurednog izvršavanja, kao i da se izjasni pristaje li na ovakav način izvršenja izrečene kazne zatvora. Nakon provedenog postupka, sud donosi odluku o upućivanju osuđene osobe na izdržavanje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom kojom se određuje dan i mjesto početka izdržavanja.

osude na osuđenika nisu pozitivno ni preventivno uticale, ne može postići svrha kažnjavanja i svrha izvršenja kazne lišenja slobode izricanjem kućnog zatvora s elektronskim nadzorom. Naglašeno je i da krivično djelo neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 238. st. 1. KZ FBiH) ima posebnu društvenu opasnost i da bi izricanjem kućnog zatvora s elektronskim nadzorom za to krivično djelo bila poslana vrlo loša poruka društvu (Rješenje Opštinskog suda u Mostaru, broj: 58 O K 112859 13 Iks. od 18. 03. 2013).

¹⁰“Službene novine Federacije BiH”, br. 11/12.

Dan započinjanja izdržavanja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom određuje se tako da osuđenoj osobi ostane najmanje osam, a najviše 15 dana do dana započinjanja izvršenja te alternativne sankcije. Ustanova je dužna u roku od 24 sata obavijestiti sud o započinjanju izdržavanja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom. Ako osuđena osoba ne bude u prostorijama u kojima stanuje, ustanova će o tome obavijestiti sud najkasnije u roku od 24 sata od dana određenog za započinjanje izdržavanja kućnog zatvora s elektronskim nadzorom, a sud će izdati naredbu sudskoj policiji da se ta osoba prinudno sprovede u ustanovu na izdržavanje kazne.

Odlukom kojom se osuđena osoba upućuje na izdržavanje kućnog zatvora s elektronskim nadzorom može se odrediti pravo te osobe da u određene dane i sate može napustiti prostorije u kojima stanuje radi: obavljanja redovnih radnih dužnosti; dobivanja neophodne zdravstvene zaštite za sebe i osobe za koje se prema zakonu dužna starati; pohađanja redovne nastave ili polaganja ispita; posjećivanja određenih savjetovališta. Na zahtjev osuđene osobe posebnom odlukom može joj se odobriti odsustvovanje iz prostorija u kojima stanuje za određeni vremenski period u opravdanim slučajevima. O zahtjevu za odsustvovanje u trajanju do 24 sata odlučuje direktor ustanove na čijoj teritoriji osuđenik izdržava kućni zatvor s elektronskim nadzorom, a o odsustvovanju u trajanju dužem od 24 sata odlučuje nadležni sud na zahtjev osuđene osobe.

Elektronski nadzor izvršava se na način koji osuđeniku i njegovoj porodici osigurava poštivanje ljudskog dostojanstva i temeljnih ljudskih prava i sloboda. Zbog toga se zabranjuje diskriminacija zasnovana na rasi, boji kože, spolu, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom i socijalnom porijeklu. A osuđenik, koji je bio podvrgnut nezakonitom postupanju ili diskriminaciji ima pravo na naknadu štete.

Nadzor nad izvršenjem ove alternativne sankcije ima ustanova na čijem području osuđenik izdržava kućni zatvor s elektronskim nadzorom, dakle, nadzor vrši nadležni kazнено-popravni zavod.

Prestanak kućnog zatvora s elektronskim nadzorom moguć je u slijedećim slučajevima: protekom vremena izrečene kazne kućnog zatvora s elektronskim nadzorom i neopravdanim napuštanjem prostorija u kojima se izvršava ova alternativna sankcija.

4. Zaključne konstatacije i ocjena stanja

U završim redovima želimo naglasiti da brojnost zatvorske populacije, skućenost smještajnih kapaciteta, velike troškove zatvorskog sistema ili probleme koji prate izvršenje naročito kratkotrajnih kazni lišenja slobode nećemo moći prevladati samo gradnjom novih zatvorskih kapaciteta. Stručnjaci s područja krivičnog prava, kriminologije, kriminalne politike saglasni su oko toga da realizacija strategija reso-

cijalizacije i socijalne reintegracije osuđene osobe, izbjegavanja negativnih uticaja zatvorskih ustanova na fizičko i psihičko zdravlje osuđenika ili sprečavanja recidivizma traže uvođenje novih alternativnih sankcija i alternativnih mjera.

Kao što su pokazala prethodna izlaganja, rješenje navedenih problema u Federaciji Bosne i Hercegovine nije traženo samo u okviru širenja prostornih i smještajnih mogućnosti. Uzimajući u obzir to da je tokom posljednjih godina veliki broj osuđenika čekao izdržavanje kazne zatvora, izlaz iz ove situacije je potražen u uvođenju i primjeni nove alternative kazni zatvora – kućnom zatvoru s elektronskim nadzorom. Vraćajući se prethodno predstavljenim statističkim podacima o broju izrečenih kratkotrajnih kazni lišenja slobode (u proteklih 10-ak godina, od ukupnog broja izrečenih kazni zatvora, 93,95% otpada na kaznu zatvora do jedne godine), kao i činjenici da je veliki broj osuđenika kojima je izrečena kazna zatvora do jedne godine čekao “pred vratima” kazneno-popravnih zavoda, pristupilo se, dakle, uvođenju nove alternativne sankcije. Bez pretjerivanja može se zaključiti da kućni zatvor s elektronskim nadzorom mijenja sistem krivičnih i alternativnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine, jer omogućava da se kazna lišenja slobode, bez izlaganja osuđene osobe uticaju negativnih strujanja koje kazna zatvora nosi sa sobom, kontinuirano izvršava i u opštem interesu. A stanje u praksi pokazuje da se smjelije krenulo u njegovoj primjeni, smjelije i snažnije nego kad je riječ, npr., o radu za opšte dobro na slobodi.¹¹

Prethodno izneseno potenciraju još dva aspekta, s kojima ćemo završiti izlaganja o kućnom zatvoru s elektronskim nadzorom. S jedne strane, praksa u Bosni i Hercegovini je veoma siromašna u primjeni alternativnih sankcija koje se izvršavaju u zajednici, iako postoje zakonske pretpostavke za njihovo izricanje i primjenjivanje i iako se najčešće izriču kazne zatvora do jedne godine (što predstavlja opšti uslov za primjenu alternativnih sankcija, naročito rada za opšte dobro na slobodi). S druge strane, opšta kretanja u savremenim, posebno evropskim okvirima, usmjerena su prema što široj primjeni sankcija koje su alternativa kazni zatvora i koje se izvršavaju u zajednici.

¹¹ Detaljnije v. Sijerčić-Čolić, H. et al. (2013), op. cit., str. 107-109.

THE HOUSE ARREST WITH ELECTRONIC MONITORING IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The paper speaks of house arrest with electronic monitoring, changes to criminal legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina, and the reasons for introduction of this alternative sanction. House arrest with electronic monitoring changes the system of criminal and alternative sanctions in the Federation of Bosnia and Herzegovina, because it enables the penalty of deprivation of liberty to be carried out continuously and in general interest, without exposing the convicted person to the negative influence that a prison sentence carries with it. It also speaks of the results of research in the field of delivering criminal and alternative sanctions, as well as in the sector of their execution. This draws attention to the fact that the most usual sentences delivered in the Federation of Bosnia and Herzegovina in the past 10 years are sentences of up to a year imprisonment (93.57%), as well as the fact that a number of sentenced persons (who received sentences of up to a year imprisonment) are waiting in front of the doors of Entity criminal correctional institutions.

Keywords: *house arrest with electronic monitoring, alternative sanctions, criminal legislation, penitentiary system, Federation of Bosnia and Herzegovina.*

ИЗВРШЕЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У ПРОСТОРИЈАМА У КОЈИМА ОСУЂЕНИ СТАНУЈЕ¹

Проф. др Ђорђе Ђорђевић*

Апстракт: Могућност да осуђено лице казну затвора издржава у просторијама у којима станује, први пут је уведена у кривично законодавство Србије Законом о изменама и допунама Кривичног законика из септембра 2009. године. Одлуку о оваквом начину извршења казне затвора може донети суд, уколико је учиниоцу кривичног дела изречена казна затвора у трајању до једне године. Критеријуми на основу којих суд може донети такву одлуку прецизирани су најновијим изменама и допунама Кривичног законика из децембра 2012. године. Обавезе лица осуђеног на овакав облик издржавања казне затвора, начин контролисања њиховог испуњавања и последице неиспуњавања, прописани су законом који уређује извршење кривичних санкција.

Иако има несумњиве предности, као начин да се замене краткотрајне казне затвора и смањи веома бројна затворска популација у нашој земљи, чини се да су проблеми око практичне примене и контроле новог начина извршења казне затвора такви да ће још дуго времена онемогућавати његову масовнију примену.

Кључне речи: кућно затварање, алтернативне санкције, казна затвора, извршење казне, Кривични законик Србије.

Увод

У савременом кривичном праву већ дуги низ година присутна је идеја да се краткотрајне казне затвора замене неком другом, адекватнијом кривичном санкцијом. Ова идеја све више продире и у кривично законодавство мно-

* Редовни професор на Криминалистичко-полицијској академији у Београду, djordje.djordjevic@kpa.edu.rs

¹ Овај рад је резултат реализовања научноистраживачких пројеката које финансира Министарство науке и технолошког развоја Републике Србије: *Казнена реакција у Србији као кључни елемент правне државе* (бр. 179051), који реализује Правни факултет у Београду 2011-2014 (руководилац пројекта проф. др Ђорђе Игњатовић) и *Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција* (бр. 179045), који реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду 2011-2014 (руководилац пројекта проф. др Саша Мијалковић).

гих савремених земаља кроз увођење тзв. алтернативне кривичне санкције,² гдје се најчешће помињу друштвено користан рад, поравнање и накнаде штете као кривична санкција, разне врсте пробације комбиноване са електронским праћењем, различите варијанте кућног затвора или викенд затварања и сл.³ Ова тенденција присутна је и у нашем кривичном законодавству које све више прихвата идеју увођења алтернативних санкција као начина да се у што већој могућој мери избегне изрицање класичне казне затвора, где год то није неопходно, а да се истовремено смањи последњих година изузетно увећан удео условне осуде у укупном броју изречених кривичних санкција.

Развој и унапређење система кривичних санкција, а посебно његовог дела који се односи на алтернативне санкције, свакако је један од приоритета реформе нашег правосудног система, што је било истакнуто и у Стратегији за реформу система извршења заводских санкција у Србији из 2005. године,⁴ а на чему инсистира и Радна верзија Стратегије развоја система извршења кривичних санкција у Републици Србији у периоду 2013-2020. године (у даљем тексту Стратегија),⁵ која се тренутно налази на јавној расправи. У Стратегији се с правом истиче да се ”развојем и широм применом алтернативних мера и санкција ствара могућност разноврснијих начина кажњавања, што омогућава примереније, а самим тим и ефикасније санкционисање учинилаца кривичних дела”.⁶

На том плану, у нашем кривичном законодавству последњих година су учињени значајни кораци. Кривичним законом (у даљем тексту КЗ) из 2005. године предвиђене су нове казне: рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе, уз задржавање већ постојећих мера упозорења, условне осуде са и без заштитног надзора и судске опомене.⁷ Последњи корак у том правцу учињен је Законом о изменама и допунама Кривичног законика из септембра 2009.⁸ (у даљем тексту ЗИД КЗ из 2009) којим је предвиђена могућност извршења

² О појму алтернативних санкција види: Стојановић З.: Стратегија остваривања сврхе кривичног права, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4/2008, стр. 176; Игњатовић Ђ: Право извршења кривичних санкција, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2010, стр. 13; Шукулић М.: Алтернативне кривичне санкције - појам, могућности и перспективе, у публикацији ”Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Златибор, 2009, стр. 32.

³ Мрвић-Петровић Н., Ђорђевић Ђ.: Моћ и немоћ казне, Београд, 1998, стр. 89.

⁴ www.arhivampravde.gov.rs, прегледано 15.8.2013.

⁵ Радна верзија Стратегије развоја система извршења кривичних санкција у Републици Србији у периоду 2013-2020. године, стр. 31, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, прегледано 15.8.2013.

⁶ Стратегија, стр. 32, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, прегледано 15.8.2013.

⁷ Киурски Ј.: Алтернативне кривичне санкције у Кривичном законикау Србије и стандарди Европске уније, у публикацији ”Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Златибор, 2010. стр. 80.

⁸ ”Службени гласник РС”, бр. 72/2009.

казне затвора у просторијама у којима осуђени станује, као једна варијанта тзв. ”кућног затварања”, што представља потпуну новину у нашем кривичном законодавству. Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године⁹ (у даљем тексту ЗИД КЗ из 2012) извршене су одређене измене у одредбама којима је у КЗ прописан овакав начин извршења казне затвора и на тај начин отклоњени неки недостаци уочени у првим годинама њихове примене у пракси.

Кућно затварање у упоредном праву

Иако по нашем КЗ кућно затварање представља само један модалитет извршења казне затвора, оно суштински представља потпуно нову кривичну санкцију која има за циљ да у појединим случајевима замени краткотрајну казну затвора.¹⁰ Оваква кривична санкција јесте нова у нашем кривичном праву, али је већ извесно време присутна у упоредном кривичном праву, нарочито англосаксонском.¹¹

Постоје веома различити модалитети у којима се ова санкција појављује у појединим законодавствима, а разлике се углавном свode на степен ограничења која осуђени има у погледу напуштања места становања које, док траје казна, представља и место њеног извршења. У том смислу разликују се, углавном, три система.¹² Први, најстрожији (house arrest), захтева од осуђеног да уопште не напушта место становања, и једна његова варијанта постоји у КЗ Шпаније (чл. 37).¹³ По другој варијанти осуђени може напуштати просторије у којима станује ради обављања редовног посла, одласка на наставу или лекарске прегледе, ако за то добије одобрење. Овакво решење постоји, на пример, у КЗ Словеније (чл. 86, ст. 3),¹⁴ а као што ћемо видети, углавном је прихваћено и у нашем КЗ. По трећој, најлибералнијој варијанти, осуђени мора да борави у просторијама у којима станује само у тачно предвиђеном времену које је одређено судском одлуком. Ова варијанта, под називом curfew orders, уведена је у Енглеској на основу Criminal Justice Act-а из 1991. године (чл. 12).¹⁵ У неким земљама кућно

⁹ ”Службени гласник РС”, бр. 121/2012.

¹⁰ Иако у литератури не постоји јединствен став о томе које се казне затвора сматрају краткотрајним, нама се чини најприхватљивијим онај по коме су то све казне затвора у трајању до једне године, види: Игњатовић Ђ.: Криминологија, Београд, 2011, стр.173.

¹¹ Види: Мрвић-Петровић Н., Ђорђевић Ђ.: Моћ и немоћ казне, Београд, 1998, стр. 113. и сл.

¹² Прадел Ж.: Компаративно кривично право - санкције, Београд, 2009, стр. 36.

¹³ Valle Muniz J.M., Morales Garcia O., Fernandes Palma R.: *Codigo penal y Leyes Penales Especiales*, Editorial, 1997, стр. 126.

¹⁴ Јакулин В., Корошец Д.: Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичном законодавству Словеније, у публикацији ”Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Златибор, 2009, стр. 350.

¹⁵ Доступно на: www.legislation.gov.uk, прегледано 15.8.2013.

затварање уведено је као начин извршења казне затвора само кад су у питању одређене категорије осуђених лица (стари, болесни, наркомани, мајке које имају малу децу и сл.), али само код осуда за неке врсте кривичних дела. Таква могућност већ дуже времена постоји у КЗ Белгије и КЗ Италије,¹⁶ а у новије време уведена је у читавом низу претежно европских земаља, као што је случај у КЗ Швајцарске (чл. 80), КЗ Турске (чл. 50), КЗ Македоније (чл. 59а)¹⁷ и др. Независно од овога у многим земљама кућно затварање (забрана напуштања боравишта) се појављује као мера за обезбеђење присуства окривљеног, као што је то случај у Законику о казненем поступку Хрватске (чл. 99),¹⁸ па и у нашем Законику о кривичном поступку из 2001. године (чл. 136) и новом Законику о кривичном поступку из 2011. године (чл. 199).

Упоредно право познаје и друге врсте кривичних санкција које представљају посебне модалитете извршења казне затвора који се свode на делимично затварање осуђеног лица. Тако се у КЗ Шпаније (чл. 88 ст.1) говори о тзв. викенд затварању, такође једној врсти казне лишења слобode, али коју осуђени издржава само преко викенда, у нерадне дане, што му омогућава да не напушта посао који је до тада обављао и породицу.¹⁹ Овај законик прописује да суд може, уз сагласност осуђеног, да му замени казну затвора у трајању до годину дана, овом санкцијом или новчаном казном (у квотама), чак и ако законом то није предвиђено за дело које је учинио, уколико околности везане за личност учиниоца и учињено дело указују на целисходност тога, а нарочито ако је учинилац надокнадио причињену штету и не ради се о повратнику. КЗ Португалије (чл. 44) такође прописује као алтернативу класичном затвору меру затварања у нерадне дане која се може изрећи у трајању до три месеца.²⁰ Овом мером може да се замени новчана казна или краткотрајна казна затвора до шест месеци, ако суд нађе да је то погодније имајући у виду тежину дела и учиниоца. У кривичном законодавству Руске Федерације такође постоји и мера ограничења слобode без изолације (чл. 53), која се може изрећи у трајању од једне до три године, кад су у питању дела учињена са умишљајем, али од стране лица која не могу бити кажњена, или у трајању од једне до пет година за нехатне учиниоце кривичних дела.²¹

¹⁶ Мрвић-Петровић Н.: Криза затвора, Београд, 2007, стр. 340.

¹⁷ Доступно на: www.legislationline.org, прегледано 15.8.2013.

¹⁸ Доступно на: www.vshr.hr, прегледано 15.8.2013.

¹⁹ Valle Muniz J.M., Morales Garcia O., Fernandes Palma R.: *Codigo penal y Leyes Penales Especiales*, Editorial, 1997, стр. 143.

²⁰ *Codigo Penal*, 3. edicao, 1997, Coimbra Editora, стр. 59. и 60.

²¹ Скуратов Ю. И., Лебедев В.М.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*, Москва, 1996, стр. 107.

Извршење казне затвора у просторијама у којима осуђени станује према КЗ Србије

Разлози који су довели до увођења алтернативних санкција у нашем законодавству углавном су исти као и у другим земљама, а то су углавном слабости које су одавно уочене код краткотрајних казни лишења слободе.²² Исти су разлози који су определили законодавца и кад је у питању кућно затварање. У нашим условима додатни разлог је сигурно и ограниченост капацитета наших установа за извршавање кривичних санкција²³, што ствара проблеме око смештаја осуђених лица и око њиховог третмана. Наша земља је последњих година ушла у ред земаља са високом стопом осуђених лица, по чему је прва међу земљама у региону, а међу првих десет у Европи.²⁴ Статистички подаци говоре да су у последњих пет година краткотрајне казне лишења слободе (у трајању до годину дана)²⁵ чиниле готово 80% свих изречених казни затвора (види Табелу 1), па би се њиховом макар делимичном заменом добило доста простора за адекватнији третман осуђених лица.

Табела 1: број изречених казни затвора у периоду 2007-2011. године²⁶

	2007	2008	2009	2010	2011
Ук. затвора	8576	9658	9763	5908	8158
До 1 године	6756 (79%)	7393 (77%)	7368 (75%)	3701 (63%)	5264 (65%)
Преко 1 год.	1820 (21%)	2265 (23%)	2395 (25%)	2207 (37%)	2894 (35%)

КЗ Србије (члан 45, ст. 5-7) предвидео је могућност да се казна затвора изречена у трајању до једне године, по одлуци суда, изврши у просторијама у којима осуђени станује. Оваква могућност, као што је већ речено, унета је у КЗ његовим изменама и допунама из септембра 2009. године.

²² Види код: Милутиновић М.: Пенологија, Београд, 1977, стр. 144 и сл.; Лазаревић Д.: Краткотрајне казне затвора, Београд, 1974; Атанацковић Д.: Пенологија, Београд, 1988, стр. 94 и сл.; Кокољ М., Лазин Ђ.: Имовинске санкције и мере у југословенском кривичном праву, Београд, 1986, стр. 30.

²³ Илић А.: Пренасељеност затвора - феноменолошки и етиолошки аспекти, *Crimen*, бр. 2/2011, стр. 248.

²⁴ Стојановић З.: Стратегија остваривања сврхе кривичног права, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4/2008, стр. 180.

²⁵ Овде је прихваћен горе изнети став да се као краткотрајне казне затвора сматрају оне до једне године затвора (види: Игњатовић Ђ.: Криминологија, Београд, 2011, стр.173) између осталог и због тога што се за те казне може по нашем КЗ може дозволити извршење у просторијама у којима осуђени станује.

²⁶ Извор података: Билтени Републичког завода за статистику, доступно на: www.stat.gov.rs, прегледано 15.8.2013.

Поменути чланом прописано је да у таквом случају осуђени не сме напуштати ове просторије, осим у случајевима предвиђеним законом, којим се уређује извршење кривичних санкција. Ако осуђени, који на овакав начин издржава казну затвора, самовољно напусти просторије у којима станује (једном у трајању преко шест часова или два пута у трајању до шест часова) овакав начин издржавања казне одлуком суда замењује се издржавањем остатка казне у заводу за извршење казне затвора.²⁷ При томе, суд у оваквом случају, ако утврди непоштовање обавезе од стране осуђеног лица, обавезно, а не факултативно, доноси овакву одлуку. Овако формулисана одредба члана 45 КЗ, која говори о случајевима када суд опозива одлуку о извршењу казне затвора у просторијама у којима осуђено лице станује, унета је у КЗ његовим изменама и допунама из 2012, уместо веома неспретно формулисане одредбе коју је КЗ до тада садржао која је говорила о последицама самовољног напуштања просторија у којима осуђени станује, ”једном у трајању до дванаест часова или два пута у трајању до шест часова”²⁸, из које би се граматичким тумачењем могао извући закључак да је напуштање просторија у трајању дужем од 12 часова дозвољено, што се очигледно није желело,²⁹ а што је изазивало недоумице и проблеме у њеној практичној примени.

Пре доношења ЗИД КЗ из 2012. године, КЗ је имао одредбу у члану 45 став 7, по којој је суд дужан да при доношењу одлуке да осуђени издржава казну затвора у просторијама у којима станује узме у обзир техничке могућности издржавања казне на овај начин, као и да води рачуна о другим околностима које су од значаја за одмеравање казне. Претпоставка је да су се ове техничке могућности, о којима се говорило у КЗ, односиле пре свега на могућност коришћења тзв. електронског надзора, односно GPS система праћења кретања, с обзиром да она зависи од места и услова становања осуђеног лица.³⁰ Међутим, у ЗИД КЗ из 2012. године у овој одредби више се не помиње узимање у обзир техничких могућности при доношењу одлуке о оваквом начину извршења казне затвора, јер се вероватно стало на становиште да техничке могућности нису добар критеријум за одлучивање о врсти изречене санкције и начину њеног извршења и да о њима треба водити рачуна у оквиру закона који уређује извршење кривичних санкција. С друге стране ”друге околности које су од значаја за одмеравање казне”, о којима се уопштено говори у старој одредби КЗ, у ЗИД КЗ из 2012, прецизиране су тако што је речено да суд може одредити

²⁷ Ђорђевић М., Ђорђевић Ђ.: Кривично право са основама привреднопреступног и прекршајног права, Београд, 2010, стр. 82.

²⁸ Симић И., Трешњев А.: Кривични законик са краћим коментаром, друго измењено и допуњено издање, Инг-про, Београд, 2010, стр. 47.

²⁹ Игњатовић Ђ.: Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије, Crimen, бр. 2/2010, стр. 171.

³⁰ Игњатовић Ђ.: Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије, Crimen, бр. 2/2010, стр. 171.

овакав начин извршења ”уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио, може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања”. Овде су заправо само наведене неке (не све) околности које суд и иначе узима у обзир приликом одмеравања сваке казне (члан 54, став 1), па се не види шта се уношењем тих околности у одредбу о критеријумима за доношење одлуке о оваквом извршењу суштински добило.

Законом је предвиђен као изузетак случај ако је у питању осуда за кривично дело против брака и породице, а осуђени живи у породичном домаћинству са оштећеним, у коме се кућно затварање не може применити.³¹ Претпоставка је да се ово не односи на сва дела из ове групе, већ преваходно на кривично дело насиља у породици.³²

Наше кривично законодавство, дакле, кућно затварање не третира као нову врсту казне, већ само нов начин извршења већ постојеће казне затвора.³³ Зато помало чуди да се, ако већ прихватимо да се не ради о новој врсти казне, већ само о новом начину извршења, одредбе о томе налазе у КЗ који у начелу не регулише питања извршења.³⁴ Можда је управо то и разлог што овом новом модалитету казне затвора није посвећен чак ни посебан члан у КЗ, већ је само постојећи члан 45. КЗ, који говори о казни затвора, проширен ставовима 5-7.³⁵

Одредбе о кућном затварању у ЗИКС-у

Међутим, далеко већи проблем од теоријског уобличавања новог института (нове казне или новог начина извршења) и прецизирања одредби којима се он уводи, јесте решавање бројних питања која могу представљати препреку за његову примену у пракси. Поред организационих и техничких припрема за овакав начин извршења, који подразумевају организацију служби, набавку неопходне опреме за електронско праћење и обуку кадрова који ће пратити и контролисати извршење било је неопходно унети и нове одредбе у Закон о извршењу кривичних санкција (ЗИКС) којима би се прецизирали одговори на спорна питања, која се у вези са извршењем ове казне постављају. То је и учињено, додуше са приличним закашњењем, Законом о изменама и допуна-

³¹ Кандић-Поповић З.: Измене у општем делу Кривичног законика Републике Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2009, стр. 130.

³² Мрвић-Петровић Н.: Кривично право, општи део, Београд, 2011, стр. 251.

³³ Илић А.: Кућни затвор - самостална санкција или нови модел извршења затворске казне, у публикацији ”Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012, стр. 447.

³⁴ Игњатовић Ђ.: Право извршења кривичних санкција, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2010, стр. 135.

³⁵ Игњатовић Ђ.: Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије, Crimen, бр. 2/2010, стр. 171.

ма Закона о извршењу кривичних санкција из маја месеца 2011. године (ЗИД ЗИКС).³⁶ Ово кашњење у доношењу ЗИД ЗИКС-а узроковало је и кашњење у почетку примене кућног затварања у пракси.

Нове одредбе у ЗИКС-у, којима се релативно детаљно регулише ова материја у оквиру чланова 14а до 14е, сврстане су у главу 3а под називом "Извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује". Пада у очи да ЗИКС за ову санкцију користи израз "извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује", за разлику од КЗ-а, где се говори о "извршењу казне затвора у просторијама у којима осуђени станује". Иако ова разлика нема практичног значаја, било би боље ускладити терминологију коју ова два закона користе за исту ствар. Овим одредбама ЗИКС-а одређено је да је за праћење оваквог начина извршења казне затвора задужена посебна организациона јединица надлежна за третман и алтернативне санкције у саставу Управе за извршење кривичних санкција, која то чини преко повереника одређеног од стране директора Управе.

Међу поменутих новим одредбама ЗИКС-а, којима се регулише овакав начин извршења казне затвора, свакако је најзначајнија она из члана 174б став 2, која предвиђа изузетке од правила да осуђени не сме да напусти просторије у којима станује под условом да директор Управе, на његову молбу, донесе такву одлуку. По тој одредби, напуштање просторија се може дозволити из следећих разлога: 1) због пружања нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија; 2) ради редовног одласка на посао, уколико кривично дело за које је осуђен није у вези са радом; 3) ради похађања наставе током редовног школовања; 4) због одласка на полагање испита; 5) због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе; 6) због свог венчања или смрти блиског лица; 7) због обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезу не може да обавља друго лице; 8) због сезонских пољопривредних радова, уколико се осуђени бави пољопривредом као сталном делатношћу; 9) због боравка ван просторије у којима станује у трајању до четири сата дневно, у складу са програмом извршења казне. С обзиром на овако одређен круг таксативно набројаних ситуација, у којима осуђени ипак може напустити просторије у којима станује, оправдано се може поставити неколико питања.

Код овако широко постављених активности које (ако му буду одобрене) осуђени може обављати ван куће, пре свега се намеће питање у чему се оваква казна заправо састоји. Забрана се, дакле, односи на одласке у шетњу, код пријатеља, у кафану, у биоскоп или слично, путовања, годишње одморе и др. За запосленог човека (коме је дозвољено да одлази на посао) или за ученика или студента (коме је дозвољено да похађа наставу и полаже испите) забрана се практично своди на забрану вечерњих излазака и активности преко ви-

³⁶ "Службени гласник РС", бр. 31/2011.

кенда. Тако посматрано, ова санкција престаје да личи на озбиљну кривичну санкцију и више асоцира на васпитно кажњавање деце и малолетника од стране родитеља.

Следеће питање односи се на могућност контролисања извршења санкције, односно прекорачења осуђеникових дозвољених активности ван места становања. То је, чак и уз примену технике електронског праћења, веома тешко и компликовано и захтева ангажовање великог броја људи (потпуно је нејасно како се ова контрола може спровести у варијанти извршења казне без електронског праћења). Контролисати осуђеног колико се задржао у школи или на послу, да ли је морао толико да се задржи, којим путем, којим средствима и којом брзином се враћао кући, да ли је успут негде свраћао (оправдано или не) чини се готово немогућим, а помало и апсурдним. Ово поготову важи за обављање пољопривредних радова за које очигледно не постоји одређено радно време. Овакво детаљно праћење свакодневних активности осуђеног лица, ако би уопште и било могуће, захтевало би да сваки осуђеник има бар по једно лице задужено за његово електронско праћење, односно за контролу његовог поштовања наметнутих правила извршења.

Проблем такође може представљати и чињеница да, без обзира што се законодавац трудио да изнађе и наброји све случајеве у којима би било оправдано дозволити осуђеном да напусти место становања, у свакодневном животу постоји још читав низ ситуација за које није јасно да ли су осуђеном дозвољене, да ли за њих треба да тражи дозволу и да ли може да је добије (одлазак у банку, пошту, продавницу, апотеку, одлазак у школу на родитељски састанак и читав низ других унапред тешко предвидљивих ситуација). Закон је ту једино регулисао ситуацију ако дође до потребе пружања хитне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства (члан 174в), дозволивши осуђеном да у том случају напусти просторије и без подношења молбе, уз обавештавање повереника о томе у најкраћем могућем року.³⁷ То значи да му напуштање стана не би било дозвољено у случају да му помоћ затражи први комшија, најближи рођак (који није члан породичног домаћинства) телефоном, пролазник који зове у помоћ, као и у другим случајевима нужне помоћи или крајње нужде. Проблем такође може представљати и непостојање посебних одредби о обавезама и понашању осуђеног у случајевима наступања ванредних околности (земљотрес, поплава, пожар, еколошки акцидент). Ако је законодавац нашао за сходно да посебно регулише ситуацију када постоји потреба за пружањем хитне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, не види се зашто не би поменути одредбама обухватио и ове ситуације.

У члану 174д ЗИКС-а преузета је одредба из КЗ-а, по којој ће осуђени који неоправдано, самовољно напусти просторије у којима станује у одређеном

³⁷ Игњатовић Ђ.: Новине у праву извршења кривичних санкција у Србији, у публикацији "Казнена реакција у Србији", Београд, 2011, стр. 41.

трајању по одлуци суда, остатак казне издржавати у затвору, прецизирајући да је задатак организационе јединице за третман и алтернативне санкције, односно повереника, да о томе, као и у другим случајевима кршења забране од стране осуђеног, обавести суд, полицију и Управу. Забуну може изазвати веома лоше формулисана одредба КЗ (пре измена из 2012) коју је преузео и ЗИКС у овом члану да самовољно напуштање треба да буде ”једном у трајању до 12 часова или два пута у трајању до шест часова”, те би стога ову одредбу требало преформулисати у складу са новом одредбом у КЗ.

ЗИКС-ом су, дакле, уређена нека питања од значаја за нов начин извршења, али то ни изблиза нису сва питања која се у примени ове казне могу појавити. У том циљу је још пре измена и допуна ЗИКС-а, 2010. године, донет Правилник о начину извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује,³⁸ али су због нелогичности у ”редоследу потеза” (прво донет правилник, па затим измене у ЗИКС-у) настале бројне несагласности у одредбама ова два правна акта, које би *de lege ferenda* свакако требало исправити.³⁹

У току је рад на изради новог ЗИКС-а, чија је радна верзија тренутно на јавној расправи.⁴⁰ Међутим, према овој идеји, проблематика извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује, као и извршења других ванзаводских санкција и мера, неће бити регулисана ЗИКС-ом, већ посебним законом под називом Закон о пробацији у извршењу ванзаводских санкција и мера,⁴¹ чија се радна верзија такође налази на јавној расправи. Радна верзија овог закона садржи бројне одредбе (чл. 19-34) којима се релативно детаљно регулише извршење ове казне и надзор над поштовањем наметнутих обавеза. Међутим, чини се да поменутим нацртом нису отклоњени најзначајнији недостаци из сада важећег ЗИКС-а, нарочито они који се односе на случајеве када је могуће напуштање просторија у којима осуђени станује, јер је предложена одредба готово идентична са садашњом. Тако ће, уколико поменута Радна верзија буде усвојена без значајнијих измена, већина проблема о којима је горе било речи остати и даље без адекватног решења. Радна верзија такође предвиђа и могућност извршења казне кућног затвора без мера електронског надзора, прописујући да се у том случају сходно примењују одредбе закона којим се регулише извршење казне кућног затвора са применом мере електронског надзора, не објашњавајући на који се начин при таквом начину извршења врши контрола поштовања постављених обавеза од стране осуђеног лица. Приметно је такође да Радна верзија по први пут користи израз ”кућно затварање”, које КЗ и садашњи ЗИКС не користе.

³⁸ ”Службени гласник РС”, бр. 64/2010.

³⁹ О томе види: Илић А.: Кућни затвор - самостална санкција или нови модел извршења затворске казне, у публикацији ”Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012, стр. 445.

⁴⁰ <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, прегледано 15.8.2013.

⁴¹ <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, прегледано 15.8.2013.

Разлози за и против оваквог начина извршења казне затвора

Према садашњим законским решењима, кућно затварање је у нашем законодавству постављено само као нов модалитет извршења казне затвора, а не као нова казна. Међутим, тај друкчији начин извршења у потпуности мења карактер казне затвора и садржински је претвара у потпуно нову казну.⁴² Суштина казне затвора није само у ограничењу слободе кретања, већ и у одвајању осуђеног од средине у којој живи, свог окружења, породице, пријатеља, посла који је обављао и др. Свега тога, осим делимичног лишења слободе кретања (или контроле кретања тамо где је дозвољено), нема или не мора да буде код новог начина извршења казне затвора, те стога он може представљати знатно повољнију могућност за осуђено лице. Наравно да ова могућност долази у обзир само за лакша кривична дела и, претпоставка је, само за одређене категорије учинилаца (примарни делинквенти, случајни кривци, старија лица, болесна лица, и сл.).

Имајући у виду очигледне погодности које овај модалитет казне затвора има у односу на класични затвор, чини се да би било неопходно у КЗ одредити неке ближе услове под којима може доћи до примене оваквог начина извршења казне затвора.⁴³ Једини услов који КЗ предвиђа је да је изречена казна затвора у трајању до једне године, уколико се с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања. То значи да у питању може бити осуда за било које дело (казна од годину дана може бити изречена и на основу ублажавања казне, које у неким случајевима може бити и неограничено) и може се односити на било ког учиниоца (па чак, на пример, и на повратника), ако суд нађе да се и на тај начин може остварити сврха кажњавања. Изузетак се, као што је речено, односи на осуду за кривично дело против брака и породице, ако осуђени живи у породичном домаћинству са оштећеним.

Овако широко постављена могућност изрицања казне затвора са овим модалитетом извршења оставља превише простора суду и може довести до веома неуједначене политике изрицања ове санкције. Не треба губити из вида да овакво извршење казне затвора представља велику привилегију за осуђено лице коју би ипак требало везати за прецизније одређене услове.

Основни разлог који оправдава увођење кућног затварања у наше кривично законодавство, јесте околност да у нашем систему кривичних санкција недостаје нека санкција која би се по тежини налазила негде између условне осуде и безусловне казне затвора. Проблем је актуелизован чињеницом да но-

⁴² Мрвић-Петровић Н.: Алтернативне кривичне санкције, Београд, 2010, стр. 234

⁴³ Стојановић З.: Кривично право, општи део, Београд, 2011, стр. 260.

воуведене алтернативне санкције у нашем КЗ, чији је циљ углавном да замене краткотрајне казне затвора, до сада нису добиле неку значајнију примену.⁴⁴ Ово је сигурно један од начина како се то може учинити уз избегавање свих негативних ефеката краткотрајног затварања (контакт са криминалном средином, оштра стигматизација осуђеног и др.) и, како се често истиче, значајно смањење трошкова извршења.

Међутим, чини се да су проблеми око примене новог начина извршења казне затвора такви да ће још дуго времена онемогућавати његову масовнију примену.⁴⁵ Иако је законом предвиђена и друга могућност, овакав начин извршења практично је могућ готово искључиво уз тзв. електронски надзор над осуђеним лицем, без чега је веома тешко пратити испуњење постављених обавеза од стране осуђеног лица.⁴⁶ То захтева велике техничке припреме и знатна средства да би се уопште масовније приступило оваквом начину извршења, па се поставља питање да ли је оваква санкција уопште много јефтинија од извршења казне затвора у одговарајућим установама. Стиче се утисак да се у рачуницама око тога колико кошта један или други начин извршења, губе из вида велики трошкови праћења понашања осуђеног који нису само цена техничких уређаја (која није мала), већ и обезбеђење великог броја квалификованих лица која ту опрему треба да користе или да на други начин врше контролу понашања осуђеног. У прилог овоме иде и чињеница да су се за овакву форму извршења казне затвора у упоредном праву углавном опредељивале богатије земље.

Међутим, сигурно највећа дилема која постоји када је у питању ова санкција, јесте питање њене праведности. Једна од основних и општеприхваћених поставки везаних за казне, јесте да казна треба једнако да погађа сва осуђена лица без обзира на неке њихове карактеристике. Због тога се, кад је у питању новчана казна, изналазе веома различити системи њеног прописивања и изрицања, са циљем да она подједнако погоди осуђена лица различитог имовног стања.⁴⁷ Са оваквим начином извршења казне затвора то очигледно није случај. Он неупоредиво лакше погађа богатије, оне које живе у бољим стамбеним и другим условима, него сиромашне, оне који живе у јако лошим животним условима, оне који живе сами и сл.⁴⁸ И само ограничење слободне кретања, на шта се овакво извршење заправо своди, не пада подједнако тешко свим категоријама осуђених лица (млади, стари, здрави, болесни и сл.).

⁴⁴ Ђорђевић Ђ.: Алтернативне санкције у нашем Кривичном законнику и њихова примена, у публикацији "Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији", Београд, 2009, стр. 173.

⁴⁵ Ђирић Ј.: Кривични законик као инструмент превенције криминалитета, у публикацији "Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији", Београд, 2009, стр. 80.

⁴⁶ Види о томе: Мрвић-Петровић Н.: Алтернативне кривичне санкције, Београд, 2010, стр. 90.

⁴⁷ Стојановић З.: Кривично право, општи део, Београд, 2011, стр. 264.

⁴⁸ Ђирић Ј.: Кривични законик као инструмент превенције криминалитета, у публикацији "Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији", Београд, 2009, стр. 80.

Према неким лицима оваква санкција је практично и неприменљива. Тако, на пример, једног веома богатог човека, који живи у својој луксузној кући са својом породицом и са бројном послугом, коме још дозволите да се несметано бави својим послом (ако није у вези са извршеним кривичним делом), оваква санкција готово да и не погађа. Међутим, осуђеник који је јако сиромашан, без сталног посла, који живи сам у веома лошим условима, веома тешко ће поднети овакву санкцију, можда и теже него обичан затвор. Неко ће рећи да таквима ова санкција и неће бити изрицана и ту онда долазимо управо до најспорнијег питања: нисмо ли на овај начин на мала врата увели кривичну санкцију ”за елиту”? Претпоставка је да законодавцу то није била намера, али проблеми о којима је било речи могу да доведу до тога да кућно затварање управо то и постане. С друге стране, иако је кућно затварање неупоредиво повољнији начин извршења казне затвора, ипак има и одређених права загарантованих лицима осуђеним на казну затвора, која не могу или не морају увек бити обезбеђена осуђенима на кућно издржавање.⁴⁹

Међутим, чини се да је највећи недостатак кућног затварања у томе да се оваквим начином извршења не остварује, или бар не у потпуности, сврха кажњавања прокламована нашим КЗ.⁵⁰ Генералне превенције ту готово да и нема (јавно мњење овакву казну доживљава као велики уступак осуђеном лицу), специјална превенција је знатно ослабљена, а овакво извршење не спречава осуђеног у потпуности да настави са вршењем кривичних дела (бар кад су у питању нека кривична дела). Тако се стиче утисак да ретрибуција, мада веома блага, остаје једина сврха овако извршене казне затвора.

Закључак

За разлику од неких других алтернативних санкција уведених у наше кривично законодавство последњих година,⁵¹ кућно затварање као модалитет извршења казне затвора релативно брзо је нашло своју примену у пракси наших судова. По превазилажењу почетних, махом техничких и организационих проблема, судови су релативно брзо започели са изрицањем ове кривичне санкције. По подацима Управе за извршење кривичних санкција,⁵² у току 2011. године реализовано је 70 извршења казне затвора на овај начин, а у току 2012. године на издржавању овакве казне затвора налазило се око 140 особа. Овај број није нарочито велики ако се упореди са укупним бројем осуда на казну

⁴⁹ Види: Игњатовић Ђ.: Право извршења кривичних санкција, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2010, стр. 142.

⁵⁰ Види: Стојановић З.: Кривично право, општи део, Београд, 2011, стр. 252.

⁵¹ Ђорђевић Ђ.: Алтернативне санкције у нашем Кривичном законнику и њихова примена, у публикацији ”Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији”, Београд, 2009, стр. 173.

⁵² Објављено у дневном листу ”Политика” од 22.2.2012, стр. 9.

затвора у трајању до једне године (у коме трајању се казна затвора може издржавати на овај начин) који у последњих пет година износи у просеку око пет хиљада годишње, и представља само око 1-2% (види Табелу 1). Ипак, у односу на сасвим спорадично или готово потпуно непримењивање неких санкција које много дуже постоје у нашем законодавству, као што је то случај са условном осудом уз заштитни надзор, радом у јавном интересу (првих неколико година по увођењу), одузимањем возачке дозволе, новчаном казном на дане и појединим мерама безбедности,⁵³ кад је у питању ова новина у нашем КЗ приметно је настојање да се она примени и да не доживи судбину горе поменутих санкција. Разлог томе сигурно лежи у општепознатој чињеници да су наши затворски капацитети недовољни, да велики број лица осуђених на казну затвора чека на њено извршење, а да се зато од санкција којима се може заменити краткотрајна казна затвора примењује, и то у превеликом броју, само условна осуда. Стога се, без обзира на уочене недостатке од којих се неки могу релативно лако отклонити, увођење овог новог начина извршења казне затвора може оценити као корисна новина у нашем законодавству, којом је систем кривичних санкција значајно употпуњен.

⁵³ Ђорђевић Ђ.: Кривичне санкције као инструмент превенције криминалитета, у публикацији "Кривично законодавство и превенција криминалитета", Брчко, 2011, стр. 246.

Djordje Djordjevic, Ph.D.
Full Professor,
Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ENFORCEMENT OF IMPRISONMENT IN THE PREMISES IN WHICH THE CONVICTED PERSON RESIDES

Summary

The possibility of imprisonment imposed for a period of one year, to be enforced, by court decision, in the premises in which the convicted person resides, is provided by Law of Amendments to the Criminal Code of September 2009. This method of enforcement is by rule combined with the so-called electronic monitoring that controls the fulfillment of obligations imposed on a convicted person. The most common term for this measure is house detention.

This possibility is a novelty in our criminal legislation, but it is not unknown in comparative criminal law, particularly the Anglo-Saxon legal tradition, although it is still underdeveloped. Such as intended in our criminal law, it does not really represent a new type of penalty, but merely a new way of enforcement of the existing sentence. However, the different manner of enforcement completely changes the character and content of this penalty and converts it into a whole new penalty. Although it is without any doubt that it presents a benefit in a way to replace short prison sentences and reduce the prison population, it however seems to have problems in practical application and control. Therefore it is likely that application on larger scale will not happen in near future.

Key words: *house detention, alternative sanctions, imprisonment, enforcement of penalty, Criminal Code*

KAZNENOPРАВNA ZAŠTITA POLICIJSKIH SLUŽBENIKA U KAZNENOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Prof. dr Ljubinko Mitrović*

***Apstrakt:** Prema podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, Federalne uprave policije i Policije Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, u 2012. godini policijski službenici u Bosni i Hercegovini napadnuti su skoro 200 puta. Napadi na policijske službenike, kao isturene predstavnike države (uniformisane i neuniformisane pripadnike policije), iako se često puta percipiraju kao posredan napad na državu, odnosno cjelokupno društvo, danas predstavljaju ozbiljan problem za sve savremene demokratske države. U svim savremenim državama, kaznenopravna zaštita policijskih službenika ostvaruje se propisivanjem, izricanjem i izvršenjem krivičnih i prekršajnih sankcija fizičkim licima, učiniocima krivičnih djela i prekršaja koji na različite načine ugrožavaju život, odnosno tjelesni i moralni integritet policijskih službenika ili ih sprečavaju prilikom vršenja poslova bezbjednosti. U ovom radu, sa teorijskog i praktičnog aspekta, analiziraju se pojam, zatim osnovni elementi, i naravno karakteristike krivičnih djela kojima se štiti, prije svega, život policijskih službenika u obavljanju službene dužnosti (krivično djelo ubistva službenog lica pri vršenju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode), ali i tjelesni integritet, čast, ugled i dostojanstvo policijskog službenika, kao i sama službena dužnost koju ova kategorija državnih službenika obavlja.*

***Ključne riječi:** policijski službenik, službena dužnost, krivično djelo, prekršaj, odgovornost, kazna.*

UVODNA RAZMATRANJA

U svim krivičnopravnim sistemima danas, pa i u sistemu krivičnog prava Bosne i Hercegovine, odnosno Republike Srpske (krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti, čine četiri zasebna krivičnopravna sistema, i to: Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju četiri krivična zakona, i to: Krivičnog zakona Republike Srpske¹, koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine, Krivičnog

* Проф. др Љубинко Митровић, Факултет правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН у Бањој Луци, ljubinko58@gmail.com

akona Federacije Bosne i Hercegovine², koji je stupio na snagu 1. avgusta 2003. godine, Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine³, koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine i Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine⁴, koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine⁵), posebna pažnja se poklanja zaštiti i bezbjednosti službenih lica, a prije svega policijskih službenika. Stoga i ne čudi opredjeljenje zakonodavca da u kategoriji krivičnih djela protiv života i tijela (predviđenih u glavi šesnaestoj Krivičnog zakona Republike Srpske) kao poseban oblik teškog ubistva predvidi i krivično djelo ubistva službenog lica pri vršenju poslova bezbjednosti, čuvanja javnog reda i mira, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode. Dakle, ovo teško krivično djelo je predviđeno u odredbi člana 149 stav 1 tačka 7 Krivičnog zakona Republike Srpske, odnosno u odredbi člana 166 stav 2 tačka e) Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i člana 163 stav 2 tačka 5 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, iz čega prozilazi da ovo krivično djelo nije predviđeno Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine, jer u ovom zakonskom tekstu nisu predviđena krivična djela protiv života i tijela, pa samim tim ni krivično djelo ubistva⁶.

Pored ove inkriminacije, Krivični zakon Republike Srpske predviđa još tri krivična djela kojima se štiti položaj službenog lica, odnosno koja za objekt napada imaju policijske službenike, i to: a) Sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje – u članu 387; b) Napad na službeno lice u vršenju poslova bezbjednosti, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela – u članu 387a i c) Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti – u članu 388 Krivičnog zakona Republike

¹ “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 49/2003; 108/2004; 37/2006; 70/2006; 73/2010 i 1/2012.

² “Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, br. 36/2003; 37/2003; 21/2004; 69/2004; 15/2005; 42/2010 i 42/2011.

³ “Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine”, br. 10/2003; 6/2005; 21/2010; 47/2011 – Prečišćeni tekst i 52/2011 – ispravka.

⁴ “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 3/2003; 32/2003; 37/2003; 54/2004; 61/2004; 30/2005; 53/2006; 55/2006; 32/2007 i 8/2010.

⁵ Lj. Mitrović, *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2012. godine, str. 4.

⁶ Krivični zakonik Republike Srbije (“Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 85/2005; 88/2005; 107/2005 - ispravka; 72/2009; 111/2009 i 121/2012), u odredbi člana 114 predviđa krivično djelo teškog ubistva: Zatvorom najmanje deset godina ili zatvorom od trideset do četrdeset godina kazniće se: ...6) ko liši života službeno ili vojno lice pri vršenju službene dužnosti; 7) ko liši života sudiju, javnog tužioca, zamenika javnog tužioca ili policijskog službenika u vezi sa vršenjem službene dužnosti; 8) ko liši života lice koje obavlja poslove od javnog značaja u vezi sa poslovima koje to lice obavlja. Kazneni zakon Republike Hrvatske (“Narodne novine Republike Hrvatske”, broj 125/2011) koji je stupio na snagu 1. januara 2013. godine u odredbi članka 111 stav 1 tačka 6 predviđa krivično djelo teškog ubojstva: Kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora kaznit će se: ...6) tko ubije službenu osobu u vezi s njezinim obavljanjem službene dužnosti. Krivični zakonik Republike Crne Gore (“Službeni list Republike Crne Gore”, br. 70/2003; 13/2004; 47/2006; 40/2008; 25/2010 i 32/2011), u odredbi člana 144 stav 1 tačka 5 predviđa krivično djelo teškog ubistva: zatvorom najmanje deset godina ili kaznom zatvora od trideset godina kazniće se: ...5) ko liši života službeno ili vojno lice pri vršenju ili u vezi sa vršenjem službene dužnosti.

Srpske. Uz ova dva krivična djela, Krivičnim zakonom Republike Srpske predviđena su još dva krivična djela koja se odnose na onemogućavanje rada službenih lica (pa i policijskih službenika u koje ubrajamo policajce, odnosno uniformisane i neuniformisane pripadnike policije), i to su: a) Učestvovanje u skupini koja spriječi službeno lice u vršenju službene radnje – iz člana 389 i b) Organizovanje otpora - propisano u odredbi člana 391 Krivičnog zakona Republike Srpske. I na kraju, u glavi devetog Krivičnog zakona Republike Srpske koja nosi naziv: Krivična djela protiv privrede predviđena su takođe dva krivična djela koja se odnose na službena lica, ovaj put u pitanju su poreski službenici, i to: a) Sprečavanje poreskog službenika u obavljanju službene dužnosti – iz člana 290 i b) Napad na poreskog službenika u obavljanju službene dužnosti – u članu 291 Krivičnog zakona Republike Srpske,

Objekt zaštite kod ovih krivičnih djela jeste: a) policijski službenik (službeno lice) u vršenju službene djelatnosti, i b) službena dužnost, odnosno njeno zakonito, efikasno, cjelishodno i blagovremeno obavljanje⁷.

I Zakon o javnom redu i miru u Republici Srpskoj⁸ predviđa jedno prekršajno djelo koje se odnosi na rad državnih organa, ali i njihovih službenika. Naime, radi se o prekršaju iz člana 24 ovog zakona koji nosi naziv: Ometanje državnih organa u vršenju javnih funkcija. Prema zakonskom tekstu, onaj ko ometa ili sprečava djelovanje državnih organa, preduzeća i drugih pravnih lica koja vrše javna ovlašćenja ili njihove službenike da vrše svoje funkcije, ili ko ne postupi na licu mjesta po zakonitom zahtjevu ili naređenju njihovog službenog lica – kazniće se novčanom kaznom od 500 do 1.500 KM. Radnja izvršenja kod ovog prekršaja sastoji se u: a) ometanju djelovanja državnih organa, preduzeća i drugih pravnih lica koja vrše javna ovlašćenja, odnosno u sprečavanju njihovih službenika da vrše svoje službene funkcije, b) sprečavanju djelovanja državnih organa, preduzeća i drugih pravnih lica koja vrše javna ovlašćenja, odnosno u sprečavanju njihovih službenika da vrše svoje službene funkcije, i c) nepostupanju na licu mjesta po zakonitom zahtjevu ili naređenju službenih lica državnih organa, preduzeća i drugih pravnih lica koja vrše javna ovlašćenja.

⁷ Prema zvaničnim podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, tokom 2011. godine registrovano je 88 napada na pripadnike policije (u 2010. godini 82), od čega se 85 napada odnosi na uniformisane pripadnike, a tri na neuniformisane. Najviše napada registrovano je na policajce CJB Banja Luka - 28, a zatim CJB Trebinje – čak 19. U ovim napadima povrijeđena su 52 policajca, od toga tri teško. S druge strane, tokom 2011. godine, u Republici Srpskoj registrovano je 36 krivičnih djela sprečavanja službenog lica u vršenju službene radnje (u 2010. godini 30). I na kraju, u periodu januar-novembar 2012. godine izvršena su 64 napada na policijske službenike Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske i 21 slučaj sprečavanja službenog lica u vršenju službene radnje. Najviše napada se desilo prilikom uspostavljanja narušenog javnog reda i mira (14), šest puta su pripadnici policije napadnuti tokom kontrole i regulisanja saobraćaja, pet puta za vrijeme hapšenja i četiri puta zbog legitimisanja. U drugom BH entitetu, policajci su napadnuti 112 puta (najviše u Tuzlanskom kantonu – 24 i Kantonu Sarajevo – 23). U periodu od 2006. do 2010. godine u Republici Srbiji počinjeno je 8.426 krivičnih djela u kojima su žrtve bili čuvari reda, zbog čega su podnijete krivične prijave protiv 9.933 osumnjičenih. Izvor: *Večernje novosti, Česti napadi na policiju*, 10. jul 2011. godine.

⁸ “Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 20/2007.

Činjenjem ovog prekršaja ometa se rad i izvršenje službenih zadataka nadležnog državnog organa, odnosno službenih lica državnih organa, preduzeća i drugih pravnih lica koja vrše javna ovlaštenja. Učinilac ovog prekršaja može biti svako fizičko (odgovorno i vino) lice. Zaštitni objekt kod ovog prekršaja jeste javni red i mir građana. Ovaj prekršaj, prema visini propisane novčane kazne za njega, spada u kategoriju teških prekršaja⁹.

UBISTVO POLICIJSKOG SLUŽBENIKA

U kategoriji krivičnih djela protiv života i tijela, po svom značaju, prirodi, karakteru i posljedicama kao poseban oblik teškog ubistva izdvaja se krivično djelo ubistva sudije ili javnog tužioca u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke dužnosti, ili službenog ili vojnog lica pri vršenju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode (član 149 stav 1 tačka 7 Krivičnog zakona Republike Srpske). Ovo je najteže krivično djelo u krivičnom pravnom sistemu Republike Srpske kojim se štiti bezbjednost života, odnosno sam život određenih kategorija službenih lica (sudija, tužilaca, službenih i vojnih lica), odnosno i policijskih službenika, s jedne strane, odnosno djelo kojim se na specifičan način obezbjeđuje nesmetano, zakonito, kvalitetno i efikasno obavljanje poslova i zadataka ove veoma rizične i često puta izuzetno opasne profesije¹⁰. Inače, u najrizičnije "policijske" poslove, prilikom čijeg obavljanja najčešće dolazi do napada, odnosno povređivanja ili ugrožavanja policijskih službenika, spadaju sljedeći poslovi: 1) sprečavanje vršenja krivičnih djela, otkrivanje krivičnih djela, pronalaženje, te hvatanje i predaja izvršilaca krivičnih djela nadležnim organima, 2) održavanje javnog reda i mira i uspostavljanje narušenog javnog reda i mira, 3) zaštita određenih ličnosti i objekata, 4) kontrola i regulisanje javnog saobraćaja, 5) obezbjeđenje javnih skupova, manifestacija, kulturnih i sportskih priredbi i drugih dozvoljenih vidova masovnog okupljanja građana i 6) poslovi asistencije i pružanja

⁹ Lj. Mitrović, D. Jovašević, *Prekršaji protiv javnog reda i mira u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 2007. godine.

¹⁰ Evropska konfederacija policije (EuroCOP – krovna organizacija 34 policijska sindikata iz 26 evropskih zemalja) se zalaže za cjelovitiji pristup problemu napada na policijske službenike, pa u svojoj rezoluciji Zaustavimo nasilje prema policiji traže sljedeće (EuroCOP, 2010): 1. raspravu o uzrocima nasilja u društvu, 2. rad na smanjenju nasilja na svim nivoima u društvu, 3. poboljšanje zaštite policijskih službenika od nasilja, 4. pružanje najbolje moguće zaštite kroz adekvatnu opremu i adekvatan nivo službenika, 5. usvajanje aktivnog i sistemskog odgovora na pitanja zdravlja i bezbjednosti u policiji, 6. uključivanje osvještavanja rizika u policijsku obuku, 7. usvajanje struktura upravljanja za velike događaje radi prevencije povreda, 8. prepoznavanje da je pravna zaštita, medicinska briga i finansijska kompenzacija viktimiziranim policijskim službenicima dužnost države, 9. obezbjeđenje sveobuhvatne zaštite policijskih službenika i njihovih porodica u krivičnom pravu i brzom postupku, i 10. prijavljivanje i analiziranje svakog napada na policijske službenike bez obzira na posljedice (više u: I. Kovčo, Vukadin: *Napadi na policijske službenike: pregled aktualnih spoznaja*, Policija i sigurnost, broj 3/11, Zagreb, 2011. godine, str. 299).

pomoći drugim organima (prije svega organima uprave, sudovima ili zdravstvenim ustanovama)¹¹.

Krivično djelo teškog ubistva sudije ili javnog tužioca, odnosno službenog ili vojnog lica prema Krivičnom zakonu Republike Srpske karakterišu sljedeće kvalifikatorne okolnosti:

1) lično svojstvo pasivnog subjekta krivičnog djela – dakle činjenica da se radi o ubistvu sudije, javnog tužioca, službenog ili vojnog lica,

2) preduzimanje radnje izvršenja prema ovim licima pri vršenju, odnosno u vezi sa vršenjem njihove službene dužnosti. Naime, Krivični zakon Republike Srpske predviđa da se za postojanje ove inkriminacije pasivni subjekt – nosilac pravosudne funkcije, odnosno sudija ili javni tužilac, lišava života u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke dužnosti (tako će ovo krivično djelo postojati i u onim situacijama kada je sudija ili javni tužilac lišen života ne samo dok obavlja službenu dužnost, već i u neko drugo vrijeme, na odmoru ili slično), što svakako predstavlja širu formulaciju u odnosu na ubistvo službenog ili vojnog lica kada do lišavanja života dolazi isključivo pri vršenju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode,

3) preduzimanje radnje izvršenja prema ovim licima upravo u vezi poslova i zadataka koje oni vrše, i

4) pobude ili motivi kojima se rukovodio učinilac djela prilikom preduzimanja radnje izvršenja (visok stepen zločinačke volje izvršioca krivičnog djela, s obzirom da se ne radi samo o napadu na ličnost, već i na dužnost i funkciju koju službena lica vrše).

Prva kvalifikatorna okolnost kod krivičnog djela teškog ubistva službenog lica vezana je za lično svojstvo pasivnog subjekta krivičnog djela. Naime, lice prema kome se preduzima radnja lišavanja života se određuje na više načina, te tako to može biti sudija ili javni tužilac, odnosno službeno lice i vojno lice.¹² Ovim licima se upravo zbog toga što obavljaju određene službene dužnosti u korist svih članova društva pruža i naglašena, odnosno pojačana krivičnopravna zaštita, jer je životni i tjelesni integritet ovih lica ugrožen u velikoj mjeri prilikom preduzimanja odgovarajućih službenih radnji iz domena njihove nadležnosti. S druge strane, spremnost učinioca da napadne i liši života lice s takvim ličnim svojstvom ukazuje na njegovu pojačanu zločinačku volju, jer, simbolično, svojim krivičnim djelom učinilac napada pravni poredak¹³. Pojam službenog lica određen je odredbom člana 147 tačka 3 Krivičnog zakona Republike Srpske, s tim da pojam vojnog lica ovim zakonom nije definisan.

¹¹ Lj. Mitrović, *Policijsko pravo – pravo unutrašnjih poslova*, Banja Luka, 2008. godine, str. 5-6.

¹² D. Jovašević, T. Hašimbegović, *Krivičnopravna zaštita pripadnika policije*, Beograd, 2002. godine, str. 46.

¹³ N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo – Posebni dio*, Beograd, 2011. godine, str. 35-36.

Pored traženog ličnog svojstva pasivnog subjekta (koje predstavlja osnovnu kvalifikatornu okolnost kod ovog krivičnog djela), potrebno je svakako utvrditi da se radi o lišavanju života sudije ili javnog tužioca u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke dužnosti, odnosno o službenom ili vojnom licu koje je lišeno života prilikom vršenja poslova u okviru svoje službene dužnosti, odnosno poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica koje je lišeno slobode.

Treća kvalifikatorna okolnost kod krivičnog djela ubistva službenog lica (sudije ili javnog tužioca, odnosno službenog ili vojnog lica) tiče se preduzimanja radnje izvršenja prema navedenim službenim licima upravo u vezi poslova i zadataka koje ova lica obavljaju. Inače, lišavanje života sudije ili javnog tužioca u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke dužnosti kao kvalifikatorna okolnost ubistva uvedena je u krivično zakonodavstvo Republike Srpske 2000. godine, kao izraz potrebe društva za pojačanom krivičnopравnom zaštitom ove kategorije službenih lica koja su često napadana upravo iz razloga koji se tiču njihove funkcije i poslova koje obavljaju. Za primjenu ove inkriminacije nije dovoljno da se radi o pasivnom subjektu – sudiji ili javnom tužiocu, već je neophodno da je lišavanje života izvršeno u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke funkcije. S druge strane, ovaj oblik ubistva postoji i u slučaju lišavanja života službenog ili vojnog lica pri vršenju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode. U ovom slučaju, radnja lišavanja života pasivnog subjekta (službenog ili vojnog lica) upravo se preduzima prilikom vršenja poslova bezbjednosti, dakle u neposrednom obavljanju službene dužnosti, ali ne uopšte, već samo onih dužnosti koje je zakon izričito naveo u sklopu poslova bezbjednosti, dakle, za vrijeme dok preduzima radnje, mjere i aktivnosti u obavljanju određenih zakonom izričito navedenih poslova i zadataka¹⁴. Ubistvo službenog ili vojnog lica pri vršenju poslova bezbjednosti ima dvojako određeni smisao. Njime se označava povezanost između

¹⁴ Radnja lišavanja života mora se preduzeti prema službenom ili vojnom licu koje obavlja poslove bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode (kako to izričito stoji u zakonu). To znači da samo ono lice koje u konkretnom slučaju obavlja navedene poslove i za vrijeme dok ih obavlja može biti lišeno života i to upravo u vezi i povodom obavljanja tih poslova da bi se takve djelatnosti učinioca mogle kvalifikovati kao teško ubistvo. Tako, se službeno ili vojno lice koje obavlja poslove održavanja javnog reda može javiti u svojstvu pasivnog subjekta ovog krivičnog djela. Pod javnim redom i mirom se podrazumijeva održavanje svakodnevnog reda i mira, tj. neometano odvijanje života i rada građana, službi i drugih poslova. S druge strane, u okviru poslova koji se odnose na otkrivanje krivičnih djela i hvatanje njihovih učinilaca od posebnog su i prioritnog značaja one aktivnosti koje preduzimaju organi policije na osnovu ovlaštenja utvrđenih zakonom. Broj i obim ovih radnji, način i postupak njihovog preduzimanja kao i ovlaštenja organa policije su precizno utvrđeni zakonom, ali i nizom podzakonskih propisa. I konačno, posljednja vrsta poslova i zadataka pri čijem obavljanju određena lica mogu biti lišena života, a da bi se djelo kvalifikovalo kao oblik teškog ubistva jesu poslovi koji se odnose na čuvanje lica lišenog slobode. Pod čuvanjem lica lišenog slobode podrazumijeva se preduzimanje različitih aktivnosti usmjerenih na vršenje nadzora nad licima osuđenim na kaznu zatvora ili maloljetničkog zatvora dok izdržavaju ovu kaznu, licima koja izvršavaju neku od mjera bezbjednosti institucionalnog karaktera ili vaspitnu mjeru upućivanja u vaspitno-popravni dom, licima koja se nalaze u pritvoru i dr.

izvršenja ubistva i vršenja ovih poslova i zadataka koji imaju poseban značaj za stanje ukupne bezbjednosti u zemlji, a takođe se naglašava da se radnja izvršenja ovog krivičnog djela upravo i preduzima u vrijeme dok je i kada je pasivni subjekt preduzima poslove bezbjednosti. To znači da svako lišavanje pasivnog subjekta koje je izvršeno pod navedenim objektivnim okolnostima pri postojanju specifičnog odnosa učinioca prema ostvarenom djelu ukazuje na postojanje ovog krivičnog djela.

Za postojanje ovog oblika teškog ubistva bitno je da je djelo preduzeto "pri vršenju" ili "u vezi sa vršenjem" navedenih poslova i zadataka što znači da je radnja izvršenja preduzeta u vrijeme kada je pasivni subjekt i vršio, dakle obavljao ove poslove.¹⁵ Ovu činjenicu objektivne prirode sud mora da utvrdi u svakom konkretnom slučaju. Kada je pasivni subjekt obavljao povjerene poslove i zadatke za vrijeme čijeg obavljanja je i lišen života, uvijek predstavlja faktičko pitanje koje su utvrđuje na osnovu svih objektivnih i subjektivnih okolnosti izvršenog djela i ličnosti učinioca. No, sud mora u svakom konkretnom slučaju da ima u vidu da vrijeme izvršenja ovog djela nije samo ono vrijeme za koje traje konkretna aktivnost, djelovanje službenog lica u procesu obavljanja poslova bezbjednosti i drugih zakonom navedenih poslova i zadataka. Naime, kao vrijeme obavljanja ovih poslova uzima se znatno duži vremenski period koji obuhvata i vrijeme pripremanja i organizovanja te aktivnosti, dakle vrijeme koje prethodi konkretnoj aktivnosti kao i cijelo vrijeme trajanja te akcije, odnosno cijelo vrijeme trajanja izvršavanja određenih bezbjednosnih zadataka, pa čak i vrijeme između više akcija koje teku kontinuirano i predstavljaju jedan slijed i tok više planiranih djelatnosti nadležnih organa i službi bezbjednosti.¹⁶ Bitno je, dakle, da postoji neposredna veza između preduzete radnje lišavanja života i poslova, dužnosti ili zadataka koje to lice obavlja u tom trenutku, pri čemu se zahtijeva da je učinilac djela svjestan da svojom djelatnošću lišava života upravo lice sa određenim ličnim svojstvom koje pri tome obavlja određene dužnosti ili poslove zakonom izričito navedene.¹⁷

Pobude ili motivi kojima se rukovodio učinilac krivičnog djela ubistva prilikom preduzimanja radnje izvršenja predstavljaju četvrtu, posljednju kvalifikatornu okolnost koja karakteriše ovo krivično djelo. Naime, odluka učinioca djela (svijest, htijenje ili pristanak) da liši života neko lice (službeno lice) rezultat je posebnog karaktera njegovih pobuda ili motiva, a one se odnose na: 1) svojstvo pasivnog subjekta i 2) na specifičnost obavljanja poslova i zadataka lica lišenog života. To praktično znači da učinilac preduzima svoje djelo motivisan bilo kojom okolnošću koja je u vezi sa vršenjem ovih poslova i upravo prema licu koje obavlja te i takve poslove (najčešće se radi o sprečavanju ili ometanju službenog ili vojnog lica u nekim njihovim aktivnostima prilikom izvršavanja povjerenih poslova i zadataka). S druge

¹⁵ A. Milutinović, *Teška (kvalifikovana) ubistva s obzirom na posebna svojstva pasivnog subjekta*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 2/1999. godine, str. 35.

¹⁶ Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd, 1995. godine, str. 141.

¹⁷ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore*, Cetinje, 2004. godine, str. 356-357.

strane, to znači da lišavanje života koje nije motivisano okolnostima koje se nalaze u vezi sa vršenjem poslova bezbjednosti i drugih zakonom pobrojanih poslova, ne predstavlja obilježja bića ovog krivičnog djela. Isto tako, ukoliko je kod učinioca djela postojalo više različitih motiva koji su ga pokrenuli na aktivnost lišavanja života drugog lica, a među tim motivima se nalazi bar jedan koji je u vezi sa vršenjem poslova bezbjednosti, tada se aktivnost učinioca takođe mora kvalifikovati kao teško ubistvo s obzirom na svojstvo pasivnog subjekta bez obzira na postojanje drugih motiva.

Subjektivnu stranu ovog krivičnog djela čini umišljaj, direktni ili eventualni, s tim da svakako treba ukazati i na njegovu specifičnu sadržinu. Sa aspekta posmatrane problematike, posebno je važna sadržina svijesti kod učinioca krivičnog djela. Naime, svijest učinioca krivičnog djela, pored svih stvarnih okolnosti obilježja bića krivičnog djela, mora da naročito sadrži svijest o svojstvu pasivnog subjekta, zatim svijest o tome da svoju radnju preuzima upravo pri vršenju određenih poslova i zadataka iz oblasti bezbjednosti i drugih sličnih poslova od strane pasivnog subjekta i upravo u vezi sa tim poslovima pri čemu se učinilac upravo rukovodio određenom motivacijom u tom smislu.¹⁸

Za ovo krivično djelo propisana je kazna zatvora u trajanju od najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora.

SPREČAVANJE SLUŽBENOG LICA U VRŠENJU SLUŽBENE RADNJE

U glavi tridesetog Krivičnog zakona Republike Srpske predviđena su krivična djela protiv javnog reda i mira od kojih su za predmet ovog referata posebno interesantna tri, a prvo o njih svakako jeste krivično djelo pod nazivom: Sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje predviđeno u odredbi člana 387 ovog zakona¹⁹. Ovo krivično djelo se sastoji u sprečavanju službenog lica u institucijama Republike Srpske u vršenju službene radnje koju je preduzelo u okviru svojih ovlašćenja silom ili prijetnjom da će neposredno upotrijebiti silu ili u prinuđivanju službenog lica na vršenje službene radnje silom ili prijetnjom da će neposredno upotrijebiti silu.

Objekt zaštite kod ovog krivičnog djela jeste služba (dužnost), odnosno njeno nesmetano obavljanje i samostalnost službenog lica u vršenju službene radnje. Izvršilac ovog krivičnog djela može da bude svako deliktno sposobno lice (*delicta communia*), a u pogledu vinosti potreban je direktan umišljaj. Objekt radnje krivičnog

¹⁸ D. Jovašević, *Ubistvo službenog ili vojnog lica pri obavljanju poslova bezbjednosti kao poseban oblik teškog ubistva*, Pravni život, Beograd, broj 9/2001. godine, str. 55-71.

¹⁹ Krivični zakonik Republike Srbije, u odredbi člana 322 predviđa krivično djelo pod nazivom: Sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje. I Kazneni zakon Republike Hrvatske, u odredbi članka 314 predviđa krivično djelo pod nazivom: Prisila prema službenoj osobi. Krivični zakonik Republike Crne Gore, u odredbi člana 375 predviđa krivično djelo koje nosi naziv: Sprječavanje službenog lica u vršenju službene radnje.

djela, odnosno pasivni subjekt jeste službeno lice čiji je pojam određen u odredbi člana 147 tačka 3 Krivičnog zakona Republike Srpske.

Radnja izvršenja ovog krivičnog djela je alternativno propisana, i to kao:

a) sprečavanje službenog lica u institucijama Republike Srpske u vršenju službene radnje koju je preduzelo u okviru svojih ovlašćenja silom ili prijetnjom da će neposredno upotrijebiti silu, i

b) prinuđavanje službenog lica u institucijama Republike Srpske na vršenje službene radnje koju je preduzelo u okviru svojih ovlašćenja silom ili prijetnjom da će neposredno upotrijebiti silu²⁰.

Radnja izvršenja kod prvog oblika ispoljavanja ovog krivičnog djela jeste sprečavanje službenog lica, a kod drugog, prinuđavanje službenog lica na službenu radnju koju je preduzelo u okviru svojih ovlašćenja. Sprečavanje službenog lica, odnosno njegovo prinuđavanje na službenu radnju ostvaruje se primjenom sile ili prijetnjom da će se neposredno upotrijebiti sila.

Za ovaj oblik krivičnog djela propisana je kazna zatvora do tri godine.

Pored osnovnog oblika djela, ovo krivično djela ima i dva teža oblika. Prvi teži oblik ovog krivičnog djela propisan je u stavu 2 člana 387, u slučaju da je pri likom izvršenja krivičnog djela iz stava 1 ovog člana: a) službeno lice zlostavljano od strane učinioca djela (nanošenjem fizičkih ili psihičkih patnji ili bolova manjeg intenziteta), ili b) su službenom licu nanesene lakše tjelesne povrede od strane učinioca, c) ili je učinilac krivično djelo učinio prijetnjom upotrebe oružja (prijetnja se sastoji u stavljanju u izgled upotrebe oružja). Za ovaj oblik krivičnog djela propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.

Drugi teži oblik ovog krivičnog djela čini onaj ko krivično djelo iz st. 1 i 2 ovog člana učini prema službenom licu prilikom vršenja poslova bezbjednosti Republike Srpske, lišenja slobode učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica koje je lišeno slobode. Predviđena kazna za ovaj oblik krivičnog djela jeste kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina.

Prema stavu 4 učinilac krivičnog djela iz st. 1, 2 i 3 ovog člana, koji je bio iza zvan protivzakonitim ili grubim postupanjem službenog lica, može se (ali ne mora) iz kriminalno-političkih razloga osloboditi od propisane kazne. U ovom slučaju go vorimo o posebnom osnovu za fakultativno oslobođenje od kazne²¹.

²⁰ D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd, 2003. godine, str. 429.

²¹ I Krivični zakon Bosne i Hercegovine, u glavi dvadesetoj koja se odnosi na krivična djela protiv pravosuđa, predviđa u odredbi člana 241a krivično djelo pod nazivom: Sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje.

NAPAD NA SLUŽBENO LICE U VRŠENJU POSLOVA BEZBJEDNOSTI, OTKRIVANJU ILI LIŠENJU SLOBODE UČINILACA KRIVIČNIH DJELA

Ovo krivično djelo se sastoji u napadu ili ozbiljnoj prijetnji napadom na službeno lice u institucijama Republike Srpske ili lice koje mu pomaže u vršenju poslova bezbjednosti Republike Srpske, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela ili čuvanju lica koje je lišeno slobode.

Objekt zaštite kod ovog krivičnog djela dvojako je određen: s jedne strane, to je služba (ili službena dužnost), odnosno njeno nesmetano obavljanje, a s druge strane, to je život i tjelesni integritet službenog lica ili lica koje službenom licu pomaže u vršenju poslova bezbjednosti Republike Srpske, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela ili čuvanju lica koje je lišeno slobode²².

Radnja izvršenja je dvojako alternativno određena i sastoji se u:

a) napadu na službeno lice u institucijama Republike Srpske ili lice koje službenom licu pomaže u vršenju poslova bezbjednosti Republike Srpske, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela ili čuvanju lica koje je lišeno slobode (napad predstavlja djelatnost kojom se neposredno i stvarno ugrožava život i tjelesni integritet službenog lica ili lica koje pomaže službenom licu), i

b) ozbiljnoj prijetnji napadom na službeno lice u institucijama Republike Srpske ili lice koje mu pomaže u vršenju poslova bezbjednosti Republike Srpske, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela ili čuvanju lica koje je lišeno slobode (najava napada, izjava volje, ozbiljna prijetnja). Iz prednjeg je sasvim jasno da se u ulozi pasivnog subjekta može naći službeno lice, odnosno lice koje pomaže službenom licu u vršenju poslova bezbjednosti Republike Srpske, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela ili čuvanju lica koje je lišeno slobode²³.

Izvršilac ovog krivičnog djela može biti svako deliktno sposobno lice, a u pogledu oblika vinosti neophodan je umišljaj²⁴.

Za ovaj oblik krivičnog djela propisana je kazna zatvora do tri godine.

I ovo krivično djelo ima dva teža oblika. Prvi teži oblik za koji je predviđena kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina postoji u onim situacijama kada je

²² Veoma često napadi na policijske službenike izazivaju različite komentare, poput onih koji glase: "kako će čuvati građane kada nisu u stanju čuvati ni sebe", jasno stavljajući do znanja da su ovi napadi očigledan primjer nesposobnosti policije. S druge strane, nasilje, a posebno napadi na policijske službenike, sastavni su dio policijskog posla za koji su policijski službenici plaćeni, a pored uvećane plate u odnosu na druge državne službenike, policijski službenici imaju i beneficirani radni staž i niz drugih pogodnosti. I na kraju, zlonamjerni će istaći i poseban paradoks prema kojem oni koji trebaju štiti građane od različitih viktimizacija, nerijetko bivaju i sami viktimizirani, često puta zbog nedovoljnog znanja i sposobnosti za rješavanje problema u situacijama fizičkog napada, ali i netaktičkog postupanja.

²³ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, u glavi dvadesetoj koja se odnosi na krivična djela protiv pravosuđa predviđa u odredbi člana 241b krivično djelo pod nazivom: Napad na službeno lice u vršenju poslova bezbjednosti, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela.

²⁴ D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo – Posebni deo*, Banja Luka, 2012. godine, str. 292.

krivičnim djelom iz stava 1 ovog člana službeno lice ili lice koje mu pomaže lakše tjelesno povrijeđeno ili je krivično djelo iz stava 1 ovog člana učinjeno uz prijetnju upotrebe oružja.

Drugi teži oblik krivičnog djela za koji je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina postoji ukoliko je prilikom izvršenja krivičnog djela iz stava 1 ovog člana službeno lice ili lice koje mu pomaže teško tjelesno povrijeđeno od strane učinioca ovog krivičnog djela. U svakom slučaju, neophodno je da je teška tjelesna povreda rezultat primijenjene sile ili upotrebe oružja.

Lakši oblik krivičnog djela za koji se učinilac krivičnog djela može u potpunosti osloboditi od propisane kazne postoji ako je učinilac krivičnog djela iz st. 1, 2 i 3 ovog člana bio izazvan nezakonitim ili grubim postupanjem službenog lica ili lica koje mu pomaže. U ovom slučaju, prethodno nezakonito ili grubo postupanje službenog lica ili lica koje pomaže službenom licu predstavljalo je provokaciju za učinioca ovog krivičnog djela.

NAPAD NA SLUŽBENO LICE U VRŠENJU SLUŽBENE DUŽNOSTI²⁵

Treće iz kategorije krivičnih djela protiv javnog reda i mira predviđeno Krivičnim zakonom Republike Srpske jeste krivično djelo pod nazivom: Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti. Osnovni oblik ovog krivičnog djela postoji kada učinilac djela napadne ili ozbiljno prijeti da će napasti službeno lice ili lice za koje zna da mu pomaže u vršenju službene dužnosti.

Objekt zaštite kod ovog krivičnog djela dvojako je određen kao: a) službena dužnost službenog lica, odnosno njeno zakonito, efikasno i kvalitetno obavljanje i b) život i tjelesni integritet službenog lica ili drugog lica koje mu pomaže u vršenju službene dužnosti. Pasivni subjekat ili objekt radnje ovog djela jeste službeno lice ili lice za koje se zna da mu pomaže u vršenju službene dužnosti.

Radnja izvršenja i ovog krivičnog djela je dvojako alternativno određena i sastoji se u:

a) napadu na službeno lice ili lice koje službenom licu pomaže u vršenju službene dužnosti (napad predstavlja svaku djelatnost, odnosno radnju učinioca djela kojom se neposredno i stvarno ugrožava život i tjelesni integritet službenog lica ili lica koje pomaže službenom licu), i

b) ozbiljnoj prijetnji da će se napasti na službeno lice ili lice koje mu pomaže u vršenju službene djelatnosti (najava napada, izjava volje, ozbiljna prijetnja kojom se pasivnom subjektu stavlja u izgled da će biti napadnuto).

²⁵ Krivični zakonik Republike Srbije, u odredbi člana 323 predviđa krivično djelo pod nazivom: Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti. Kazneni zakon Republike Hrvatske, u odredbi članka 315 predviđa krivično djelo koje nosi naziv: Napad na službenu osobu. Krivični zakonik Republike Crne Gore, u odredbi člana 376 predviđa krivično djelo pod nazivom: Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti.

Za osnovni oblik krivičnog djela predviđena je kazna zatvora u trajanju do tri godine.

Izvršilac ovog djela može da bude svako deliktno sposobno lice, a subjektivnu stranu djela čini umišljaj.

Krivični zakon Republike Srpske predviđa i dva teža oblika ovog krivičnog djela. Naime, ako učinilac prilikom izvršenja djela iz stava 1 ovog člana, službeno lice ili lice za koje zna da mu pomaže, zlostavi, tjelesno povrijedi ili mu prijeti upotrebom oružja, postoji prvi teži oblik ovog djela za koji će se učinilac kazniti zatvorom od tri mjeseca do tri godine. Kvalifikatornu okolnost u ovom slučaju predstavlja zlostavljanje pasivnog subjekta, njegovo tjelesno povređivanje ili prijetnja upotrebom oružja prema pasivnom subjektu.

Drugi teži oblik djela postoji ako je djelo iz stava 1 i 2 ovog člana učinjeno prema sudiji ili javnom tužiocu u vezi sa vršenjem njihove sudijske, odnosno tužilačke dužnosti ili službenom licu u vršenju poslova bezbjednosti. Kvalifikatornu okolnost djela predstavlja i činjenica da je napad izvršen prema službenom licu u vršenju poslova bezbjednosti (sprečavanje vršenja krivičnih djela, otkrivanje krivičnih djela, pronalaženje, hvatanje i predaja izvršilaca krivičnih djela nadležnim organima, održavanje javnog reda i mira i uspostavljanje narušenog javnog reda i mira, zaštita određenih ličnosti i objekata, kontrola i regulisanje javnog saobraćaja, obezbjeđenje javnih skupova i dr.). Subjektivnu stranu djela čini umišljaj. Za izvršeni ovaj oblik krivičnog djela učinilac će se kazniti zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

I na kraju, privilegovani oblik djela postoji ako je učinilac nekog od prethodno navedenih oblika djela bio izazvan nezakonitim ili grubim postupanjem službenog lica ili lica koje mu pomaže. U ovom slučaju, sud ima mogućnost da učinioca djela oslobodi od propisane kazne.

ZAKLJUČAK

Efikasna zaštita bezbjednosti pripadnika policije, odnosno zaštita njihovog života i tjelesnog integriteta, predstavlja važan zadatak za sve savremene države danas. U tom smislu poseban značaj ima odgovarajuća pojačana krivičnopravna zaštita (uz predviđanje težih kazni za učinioce ovih krivičnih djela) ove kategorije službenih lica (koja se zbog njihovog značaja, karaktera i prirode izdvajaju u posebne vrijednosti ili dobra koja sa stanovišta opšt društvenih interesa treba posebno i pojačano zaštititi) koja proizilazi iz povećane opasnosti kojoj su izložena ova lica prilikom obavljanja svojih svakodnevnih poslova i zadataka.

S druge strane, imperativ je svake iole savremene i demokratske države ostvarenje efikasne i potpune kaznene politike, pa i politike kažnjavanja učinilaca ove kategorije teških krivičnih djela. Međutim, nije dovoljno kreirati kvalitetnu i efikasnu zakonsku kaznenu politiku (kreiraju je zakonodavni organi), jer u svakom slučaju treba obezbijediti i adekvatnu sudsku kaznenu politiku za što su odgovorni

sudovi (prema stavu najvećeg broja pravnih stručnjaka, problem kod ove kategorije krivičnih djela jeste u izuzetno blagoj kaznenoj politici sudova, jer sudovi u više od 90% slučajeva izriču uslovne osude, ali i u dugom, odnosno neefikasnom krivičnom postupku).

Pored toga, s ciljem poboljšanja bezbjednosti policijskih službenika treba preduzeti i niz organizacionih promjena, poput kvalitetnije osnovne obuke policijskih službenika, dodatnog i specijalističkog osposobljavanja policijskih službenika svakako s ciljem poboljšanja njihove vlastite bezbjednosti, osposobljavanja u pogledu adekvatne i efikasne reakcije policijskog službenika u potencijalno nasilnim situacijama (tzv. *peer support* programi psihosocijalne pomoći), različitih oblika treninga koji imaju za cilj efikasno rješavanje i najtežih konfliktnih situacija, definisanje i usvajanje jasnih procedura postupanja u pojedinim konfliktnim situacijama²⁶, nabavke bolje, odnosno kvalitetnije zaštitne opreme za policijske službenike, povećanja broja policijskih službenika u onim sredinama i u određenim situacijama kada je to neophodno, obavezno prijavljivanje i analiziranje svakog napada na policijske službenike i dr.

Bez stabilnog stanja bezbjednosti u cjelini ili pojedinih njenih vidova, kao i bez stabilnog javnog poretka čiju osnovu čini pravni poredak odnosno države, kao i bez nesmetanog funkcionisanja javnog reda i mira, nema ni osnove za normalno i redovno, svakodnevno funkcionisanje i ostalih društvenih poslova, pa ni uobičajenog života i rada građana. Da bi se poslovi iz okvira nadležnosti postupanja policije mogli nesmetano, kvalitetno, zakonito, blagovremeno, potpuno i efikasno obavljati, potrebno je obezbijediti solidnu osnovu za to.

U krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske, pored toga što je predviđen poseban oblik teškog ubistva - ubistvo službenog ili vojnog lica u obavljanju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode, propisano je i nekoliko krivičnih djela koja za objekt napada imaju službeno lice, odnosno policijskog službenika, i to: a) Sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje, b) Napad na službeno lice u vršenju poslova bezbjednosti, otkrivanju ili lišenju slobode učinilaca krivičnih djela, c) Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti, d) Učestvovanje u skupini koja spriječi službeno lice u vršenju službene radnje i e) Organizovanje otpora.

²⁶ Posebnu važnost imaju psihofizička sposobnost policijskog službenika i njegovo poznavanje određenih vještina – verbalna komunikacija, samoodbrana, zahvati za privođenje, vještina korišćenja službene palice, lisica i vatrenog oružja.

LITERATURA:

- Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd, 1995;
- Jovašević, D., *Ubistvo službenog ili vojnog lica pri obavljanju poslova bezbednosti kao poseban oblik teškog ubistva*, Pravni život, Beograd, broj 9/2001;
- Jovašević D., Hašimbegović T., *Krivičnopravna zaštita pripadnika policije*, Beograd, 2002;
- Jovašević, D., *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd, 2003;
- Jovašević, D., Ikanović, V., *Krivično pravo – Posebni deo*, Banja Luka, 2012;
- Kovčo-Vukadin, I., *Napadi na policijske službenike: pregled aktualnih spoznaja*, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 3/2011;
- Lazarević Lj., Vučković B., Vučković V., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore*, Cetinje, 2004;
- Milutinović, A., *Teška (kvalifikovana) ubistva s obzirom na posebna svojstva pasivnog subjekta*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 2/1999;
- Mitrović, Lj., *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Nišu, 2012;
- Mitrović, Lj., Jovašević, D., *Prekršaji protiv javnog reda i mira u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 2007;
- Mitrović, Lj., *Policijsko pravo – pravo unutrašnjih poslova*, Banja Luka, 2008;
- Mrvić-Petrović, N., *Krivično pravo – Posebni dio*, Beograd, 2011.

Ljubinko Mitrović, PhD

Faculty of Law

Pan-European University APEIRON in Banja Luka

CRIMINAL PROTECTION OF POLICE OFFICERS IN THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

***Abstract:** According to the data of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Srpska, the Federal Police Administration and the Police of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, the police officers in Bosnia and Herzegovina were attacked almost 200 times in 2012. Attacks on police officers as protruding representatives of the state (members of the police in uniform or not) are often perceived as indirect attacks on the state and society as a whole, and today they represent a serious problem for all contemporary democratic states. In all contemporary states, criminal protection of the police officers is realized by regulation, imposition and enforcement of criminal sanctions to individuals, the offenders, who in different ways endanger the life, i.e. physical and moral integrity of police officers, or hinder them in the performance of their operations. In this paper, we will analyze from the theoretical and practical aspect the concept, the basic elements and characteristics of criminal offenses that protect, above all, the life of police officers in the performance of official duties (criminal offense of murder of an officer performing activities of security or maintaining public order, catching an offender, or guarding a person deprived of liberty), but also their physical integrity, honor, dignity and reputation of a police officer, and the very official duty performed by this category of civil servants.*

***Keywords:** police officers, official duties, criminal act, criminal offense, liability, sanction.*

ЗАМЈЕНА ИЗРЕЧЕНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА НОВЧАНОМ КАЗНОМ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Доц. др Вељко Икановић*

Апстракт: Замјена изречене краткотрајне казне затвора новчаном казном на захтјев осуђеног, у Босни и Херцеговини је прво уведена у Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине из 1998. године, а нешто касније и у Кривични законик Републике Српске из 2000. године. Касније, реформом кривичног законодавства у Босни и Херцеговини 2003. године, овај институт прихватили су сви кривични закони, тако да је постао дио позитивног кривичног законодавства. Ово рјешење води поријекло из њемачког Кривичног законика и израз је савремених тенденција да се умјесто краткотрајних затворских казни више примјењују алтернативне санкције, укључујући и новчану казну. Аутор у раду анализира садржину овог института, његову недоследну и различиту практичну примјену, те указује на одређене слабости и могућности њиховог отклањања.

Кључне ријечи: казна, затвор, краткотрајна, замјена, новчана.

Увод

У домаћем законодавству замјена изречене казне затвора новчаном казном први пут се јавља у Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине¹ (КЗ ФБиХ) из 1998. године. Овај институт је имао одређене сличности са рјешењем у њемачком Кривичном законнику, чијим је одребама очигледно био и инспирисан. Закон је прописивао да се изречена казна затвора од три мјесеца може истовремено одлуком суда уз пристанак осуђеног замијенити новчаном казном, а изузетно и радом за опште добро на слободи (чл. 37 ст. 3). Суд је казну замјењивао истовремено, значи приликом изрицања казне затвора, па је мало нејасно зашто се користио израз осуђени, а не оптужени, јер та пресуда још није постала правноснажна. Услови за замјену су да је већ изречена казна затвора од три мјесеца или блажа и да осуђени на то пристаје.

* Судија Врховног суда Републике Српске и доцент Факултета правних наука у Бањој Луци

¹ "Службене новине Федерације БиХ", бр. 43/98.

У кривично законодавство Републике Српске овај институт је уведен 22. јуна 2000. године, када је Народна скупштина Републике Српске донијела нови Кривични законик Републике Српске², који је ступио на снагу 01. октобра исте године. Законик је рађен у духу наше правне традиције, са прихватањем једног броја нових рјешења која су била позната и провјерена у упоредном законодавству. Једно од њих је и споменути институт замјене изречене краткотрајне казне затвора новчаном казном.

У касније спроведеној свеобухватној законодавној реформи 2003. године, извршена је хармонизација кривичног законодавства у Босни и Херцеговини и овај институт је уграђен у све кривичне законе. Данашња рјешења у Кривичним законима Босне и Херцеговине³ (КЗБиХ), Федерације Босне и Херцеговине⁴ (КЗ ФБиХ) и Брчко Дистрикта БиХ⁵ (КЗ БДБиХ) су идентична и разликују се од рјешења садржаног у Кривичном закону Републике Српске⁶ (КЗ РС) по дужини изречене казне која се може замијенити и условима за замјену. У даљем раду ћемо као основ користити КЗ РС, а по потреби указати на одређене разлике у другим кривичним законима.

Од самог почетка овај институт у теорији и пракси изазива бројне расправе око његове природе и начина примјене кроз процесно и извршно законодавство. Постављају се питања да ли је то нова казна или само замјена раније изречене казне у поступку извршења, да ли суд мора казну на захтјев осуђеног увијек замијенити, како се одређују износи новчане казне, а да се не девалвира сама казна, ко је функционално надлежан за измјену одлуке и у којој се форми она доноси и још много тога. Још једном се показало да нове идеје у области материјалног законодавства морају бити пажљиво проучене прије него што се уграде у закон, да је изворни облик неког института често боље потпуно прихватити, него га модификовати, и да норме процесног и извршног кривичног законодавства морају слиједити измјене материјалног. Са намјером да дамо одговоре на нека од ових питања и укажемо на могуће правце рјешавања постојећих потешкоћа, покушаћемо да проникнемо у суштину овог проблема, полазећи од његовог развоја, преко садржине, уочених недостатака и анализе одлука судова, дајући своје виђење и конкретне приједлоге.

² Кривични законик Републике Српске, "Службени гласник Републике Српске", бр. 22/00.

³ "Службени гласник Босне и Херцеговине", бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 и 8/10.

⁴ "Службене новине Федерације Босне и Херцеговине", бр. 36/03, 37/03, 21/04, 18/05 и 42/10.

⁵ "Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ", бр. 47/11.

⁶ "Службени гласник Републике Српске", бр. 49/03, 108/04, 37/06, 7 0/06, 73/10 и 1/12.

1. Кривичне санкције

Да би лакше схватили институт замјене казне затвора новчаном казном, његово мјесто и улогу у спровођењу казнене политике, укратко ћемо се осврнути на појам, сврху и систем кривичних санкција. Познато је да се друштво још од најстаријих времена покушава заштитити од разних облика и видова криминалитета појединачно и група различитим мјерама.

Као принудне, мјере које држава као представник друштва примјењује према учиниоцу кривичног дјела, управо због извршеног дјела кривичне санкције, у суштини представљају реакцију против учиниоца због извршења кривичног дјела којим се наноси штета друштву. Ова реакција има за циљ да спријечи тог учиниоца да убудуће врши кривична дјела, као и да утиче на друге грађане (потенцијалне учиниоце) да се уздрже од вршења таквих дјела⁷.

Савремено кривично право познаје више врста кривичних санкција које су различите по садржини, природи и карактеру дејства. Овај систем санкција се изграђује на два принципа: а) што мањег задирања у основна права човека и грађанина (као учиниоца кривичног дјела) и б) што хуманијих санкција по садржини и карактеру, односно начину примјене.⁸ Скуп свих кривичних санкција које предвиђа позитивно кривично законодавство чини систем кривичних санкција. Какав ће бити систем кривичних санкција, тј. које и какве ће санкције постојати у једном друштву, зависи од: динамике и структуре криминалитета, политике сузбијања криминалитета (криминалне политике), односа који владају у одређеном друштву, степена демократског развоја друштва, историјских схватања, правне традиције и слично.⁹

Пошто систем кривичних санкција¹⁰ произилази из структуре и динамике криминалитета, односно друштвених потреба да се он сузбије, то је подложен честим промјенама, па се сматра најдинамичнијом области кривичног права¹¹. Управо у систему кривичних санкција и начину њихове примјене, било је толико измјена да се може рећи да је историја кривичног права, заправо историја кривичних санкција.¹² Кривично право данас познаје више врста кривичних санкција: а) казне, б) мјере упозорења, ц) мјере безбједности, д) васпитне мјере и е) парапеналне санкције, супститути казне (плуралистички систем кривичних санкција).

⁷ Д. Јовашевић, „Улога кривичних санкција у успостављању и заштити владавине права и правне државе“, *Теме*, Ниш, број 3/2009. године, стр. 761 – 781.

⁸ Н. Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2007, стр. 132.

⁹ Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске – Општи део*, Бања Лука, 2012, стр. 258 – 260.

¹⁰ П. Новоселец, *Опћи дио казног права*, Загреб, 2004, стр. 328 – 330.

¹¹ Ж. Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 2003, стр. 148 – 152.

¹² В. Грозданић, М. Шкорић, *Увод у казно право, Опћи дио*, Ријека, 2009, стр. 170.

2. Краткотрајна казна затвора

С обзиром на значај и заступљеност казне затвора у укупном броју изречених кривичних санкција, релативно касно се почело размишљати о штетном утицају који краткотрајне казне затвора имају на осуђена лица. Осим на самог учиниоца кривичног дјела, штетни утицај се испољавао и на његову породицу, али и на саму државу због трошкова извршења казне који нису били сразмјерни очекиваним ефектима преваспитавања. Кратки боравак у затвору није могао обезбиједити адекватан третман преваспитавања, доводио је до губитка запослења и тиме се штетно одражавао на самог делинквента, али и на његову породицу.

Савремена криминална политика се налази у стању великог преиспитивања система кривичних санкција, тражења одговарајућих замјена за казну затвора, путева и излаза из тешког стања у коме се налази казна затвора и установе за њено извршење. Како би се отклониле негативне посљедице лишења слободе, многе европске земље у посљедњих тридесет година проводе процес форсираног увођења алтернативне кривичноправне реакције.¹³

Ради тога се почело трагати за рјешењима којима би се избјегло изрицање краткотрајних казни затвора или омогућила њихова замјена алтернативним (парапепалним) санкцијама. Једно од рјешења пронађено је у замјени ових казни друштвено корисним радом или радом за опште добро заједнице у којој учинилац кривичног дјела живи, као супститутом казне. Друго рјешење је да се умјесто краткотрајних казни затвора у замјену изричу новчане казне. У нашем законодавству се то настоји остварити на један начин који одудара од сличних рјешења у упоредном праву. Законодавац не ограничава изрицање краткотрајних казни затвора, али омогућава њихову ограничену замјену новчаном казном, по захтјеву осуђеног. Стиче се утисак да законодавац нема храбрости да једну идеју спроведе у дјело на одговарајућим начин због недовољне подршке или става јавности.

3. Замјена изречене казне затвора новчаном казном de lege lata

Законом је прописано да се изречена казна затвора која не прелази шест мјесеци (у осталим законима у БиХ годину дана), може на захтјев осуђеног замијенити новчаном казном сходно одредбама о замјени неплаћене новчане казне (чл. 33 ст. 2). Суду је дато овлашћење да једну тежу казну може на

¹³ М. Бабић, *Кривични законик Републике Српске са кратким коментаром, објашњењима и регистром појмова*, Бања Лука, 2000, стр. 120.

захтјев осуђеног замијенити другом по врсти блажом казном. Тако се новчана казна јавља као алтернативна санкција за већ изречену краткотрајну казну затвора, дакле алтернатива казни је друга блажа казна. Ово је вишеструко корисно, јер смањује трошкове извршења краткотрајних затворских казни, на учионице има често и већи утицај него кратко задржавање у затвору, поготово ако се ради о млађим лицима која су тамо изложена штетном утицају затворске популације, не доводи до губитка запослења и слично. Међутим, изабрани начин прописивања је по нашем мишљењу потпуно погрешан, јер доводи до значајне деформације суштине института и производи проблеме у пракси.

3.1. Правна природа нове казне

Ради бољег разумијевања овог института и његове правилније примјене у пракси, потребно је прво одговорити каква је правна природа новоизречене казне. О правној природи нове казне, да ли се ради о осуди на нову казну или само о замјени постојеће у поступку њеног извршења, почело се расправљати индиректно кад је требало одговорити на питање временског важења закона, обавезе замјене, околности за оцјену оправданости захтјева, форме одлуке у којој се доноси, надлежности суда и казнене евиденције.

Свестраним сагледавањем овог института у оквиру комплетног кривичног законодавства, може се доћи до јединог исправног закључка да се овдје ради о осуди на потпуно нову казну из сљедећих разлога: а) замјена казне и начин на који се она врши прописани су само у кривичном закону, а не и у закону о извршењу кривичних санкција, б) за замјену казне неопходан је захтјев осуђеног, в) замјена није обавезна, па суд мора да цијени околности које то оправдавају. То је, у ствари, ново, ограничено одмјеравање казне, јер суд може изабрати или не изабрати једну од двије законом прописане казне у износу и на начин како закон прописује, г) замјена се врши након правноснажности, чиме се једна одлука о казни замјењује другом одлуком, д) да би се донијела одлука о замјени мора се провести одговарајући поступак, њ) у новој одлуци се мора одредити да се у случају неплаћања замијењене новчане казне врши њена замјена казном затвора по одредбама о замјени новчане казне (чл. 36 ст. 2 и 3), е) замијењена казна се извршава по правилима о извршавању новчане казне и на њу се примјењују одредбе Закона о извршењу кривичних санкција.

Потврду оваквог размишљања можемо наћи и у Правном схватању Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине о примјени члана 43а Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине, усвојеног на сједници Кривичног одјељења Врховног суда ФБиХ од 01.11.2011. године. Према овом схватању, суд након одржаног рочишта пресудом замјењује ранију казну затвора новчаном казном. Овим се тој казни даје карактер нове самосталне казне и тиме одређује њена природа, што утиче и на друге посљедице које су прописане законом.

Постоји и схватање да се у овом случају не ради о новој казни, већ о замјени казне затвора у поступку извршења. Овдје се само врши инверзија поступка извршења новчане казне на казну затвора и тиме покушава објаснити суштина проблема. Ово је поједностављено тумачење које олакшава саму примјену, али не даје одговор на питање правне природе нове казне, зашто се замјена уопште врши, зашто се не врши обавезно, зашто се морају цијенити одређене околности и зашто материја није прописана и у Закону о извршењу кривичних санкција. То је занатски приступ примјени овог института, који је фокусиран на технику, а не на садржину, јер не прати све друге резултате које та замјена производи.

Судска пракса у Републици Српској није заузела став о природи овог института, већ се приклонила прагматичном поступању које је најближе замјени изречене казне у поступку извршења. Међутим, устаљена пракса да о замјени одлучује ванрасправно вијеће, кореспондира са схватањем да је то нова казна, о чему ће бити више говора.

3.2. Услови за замјену

У КЗ РС, осим дужине изречене казне затвора која се може замијенити и постојања захтјева осуђеног, законом нису прописани други, ближи услови који ће руководити суд да ли ће изречену казну и замијенити. У осталим кривичним законима у БиХ, одређено је да се казна плаћа у једнократном износу у року од тридесет дана. То је другачије од новчане казне која је изречена у редовном поступку и чије се плаћање може одобрити у оброцима и дужим роковима. Овим се прави разлика између исте врсте казне, што је супротно самој њеној природи, али и изворној сврси саме замјене. Очигледно законодавац замјену на извјестан начин види као привилегију и жели да је поменути ограничењима построжи. Ово је погрешно, јер се искључује њено прилагођавање имовинским приликама осуђеног лица, као једног од услова прописаних општим правилима о одмјеравању казне.

Суд који суди изводи доказе, цијени све чињенице и околности од утицаја на избор кривичне санкције, врсту и висину казне и ако се одлучи за изрицање казне затвора, није јасно зашто би је мијењао последице правноснажности пресуде. Да ли због промијењених околности? Да ли само јер то осуђени захтијева? У пракси се поставило питање да ли се захтјеву осуђеног мора удовољити и замјена казне извршити. Мада постоје и другачија мишљења, правилним тумачењем се може само закључити да суд може, али да казну не мора замијенити. Чињеница је како треба прописати одређене услове и одредити околности које ће суд цијенити приликом доношења одлуке да ли ће захтјев прихватити или одбити. То би обезбиједило већу правну сигурност, једнакост и законитост.

Оваква одредба даје судовима могућност прешироког тумачења и да практично у свим случајевима, када осуђени захтијева замјену, томе захтјеву и удовоље. Нисмо склони да прихватамо примјену ове одредбе код почи-нилаца који су повратници, за кривична дјела против полног интегритета и слично, док би се могла примијенити, нпр. код кривичних дјела угрожавања јавног саобраћаја почињених из нехата, ако је оштећени незаинтересован за кривично гоњење, а окривљени га је обештетио. Очигледно суд не треба да замијени ову казну ако према природи кривичног дјела, околностима под којима је оно почињено, личности учиниоца и осталим околностима, нађе да се сврха кажњавања не би могла остварити новчаном казном. Судови у Репу-блици Српској правилно схватају да замјена није обавеза, већ могућност, и у том правцу доносе одлуке након оцјене околности које то оправдавају.¹⁴ Све то указује да је неопходно прописати шта ће суд цијенити при доношењу одлуке, а слично као што је прописано код условне осуде и судске опомене.¹⁵

Са изнијетим се подудара поменуто Правно схватање Врховног суда ФБиХ, да ће суд при одлучивању о замјени казне затвора новчаном казном водити рачуна о свим релевантним околностима које се односе на личност осуђеног и учињено кривично дјело, као о сврси кажњавања и сврси извршења казне затвора. Оно је изражено у рјешењу тог суда број: 07 0 К 004228 11 Кж 2 од 28.01.2011. године, гдје се каже: ”Суд ће одбити захтјев осуђеног за замјену новчаном казном казне затвора ако нађе да се у конкретном случају сврха кривичноправних санкција и извршења казне затвора не би могла остварити замјеном изречене казне затвора новчаном казном.”

Супротно схватање заузима Апелационо одјељење Суда БиХ у рјешењу којим је уважио жалбу браниоца осуђеног против првостепеног рјешења истог суда о одбијању замјене казне затвора и казну замијенило новчаном казном. Првостепени суд је одбио захтјев осуђеног са образложењем да “дневни износ, који је осуђени предложио у свом захтјеву, у висини од 13,56 КМ по дану, није адекватан, реалан, нити сразмјеран, како кривичном дјелу за које је исти правноснажно осуђен, тако и самој сврси кажњавања. Наиме, И.Ч. је правноснажно осуђен због кривичног дјела неовлашћеног промета опојним дрогама из члана 195 став 2, а у вези са ставом 1. КЗ БиХ, те је суд приликом одлучивања о предметном захтјеву осуђеног имао у виду врсту, тежину и заштитни објект овог кривичног дјела, те нашао да се, како је то и напријед наведено, сама сврха кажњавања осуђеног не би могла постићи уколико би се удовољило захтјеву осуђеног, те му се одобрило да умјесто 1 (једне) године затвора, на колико је осуђен, плати износ од 4.569,72 КМ, како он предлаже.”¹⁶ Уважавајући жалбу и преиначавајући првостепено рјешење, Апелационо одјељење је у образложењу

¹⁴ Види пресуду Окружног суда у Добоју број: 13 0 К 002221 12 Кв од 28.12.2013. године.

¹⁵ В. Икановић, „Замјена изречене казне затвора новчаном казном и радом за опште добро на слободи“, *Гласник правде*, бр. 10–11, Бања Лука, 2003.

¹⁶ Рјешење Суда БиХ, број: С 12 К 006662 11 К, од 24.01.2012. године.

навело да “иако се према језичком тумачењу може извести закључак да је примјена ове одредбе факултативна, односно да њена примјена зависи од оцјене самог суда, ово вијеће налази да из њене природе (отклањање штетних посљедица краткотрајних затворских казни и растерећење затворских установа – што је и једна од препорука Европске комисије), произилази да се ради о о таквој одредби чија промјена не подлијеже накнадној оцјени оправданости замјене правноснажно изречене казне затвора до једне године новчаном казном, што се основано истиче у жалби осуђеног И.Ч. Да је законодавац мислио остављати могућност да суд у примјени института замјене казне затвора новчаном казном (поново) цијени природу и тежину дјела, сразмјерност тако добијене казне са тим дјелом и могућност постизања сврхе кажњавања, онда би он за ту сврху предвидио и посебну врсту поступка, јер се заправо ради о преиспитивању правноснажне пресуде, што је у неким другим правним ситуацијама предвиђено, као што је жалбени поступак или понављање поступка - право и неправо.”¹⁷

Због свега раније реченог, не можемо се сложити са оваквим схватањем, али и због јасноће саме норме којој, по нашем мишљењу, није потребно језичко тумачење. Сматрамо да се из непостојања процесних одредби не може изводити овакав закључак. Наиме, процесне одребе се у многим другим дијеловима понашају аутономно, не прате материјални закон (код преговарања о кривици, признања кривице, пресуде за неурачунљивог) и нису са њим усклађене, што говори само о лошим и мањкавим процесним рјешењима која никако не могу бити основ за правилну оцјену материјалне норме. С друге стране материјалне одредбе представљају суштину материје, а процесне алат за спровођење, па није прихватљиво да оне врше тумачење материјалне норме. Осим тога, ни Закон Босне и Херцеговине о извршењу кривичних санкција, притвора и других мјера – пречишћени текст¹⁸, не садржи одредбе о замјени, што је већ раније споменути аргумент који оповргава овакво схватање.

Кад би постојала сумња у значење законског израза ”може”, а по нашем мишљењу ње нема, онда би било исправно поћи од тумачења поријекла и изворне садржине овог института у њемачком Кривичном закону. Чак ни у њему, гдје се умјесто казне затвора, која је мања од шест мјесеци, увијек изриче новчана, постоје изузеци када суд није обавезан да то учини под одређеним условима.

3.3. Рок за подношење захтјева, надлежност суда и врста одлуке

Сам поступак замјене казне није прописан, иако је то требало учинити кроз одговарајуће измјене Закона о кривичном поступку Републике Српске

¹⁷ Рјешење Суда БиХ, број: С 12 К 006662 12 Кж од 29.02.2012.

¹⁸ ”Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 12/10.

(ЗКП) и Закона о извршењу кривичних санкција. Стварна и функционална надлежност суда за замјену казне није одређена. Поставља се питање који суд и у ком саставу може казну замијенити, да ли суд који је судио или суд који извршава казну, исто вијеће, ванрасправно вијеће, предсједник вијећа. Из законског текста произилази да се захтјев може поднијети тек по правноснажности пресуде, јер се наводи да га може поднијети осуђени, а према Закону о кривичном поступку осуђени је лице за које је правоснажном пресудом утврђено да је кривично одговорно за одређено кривично дјело.

Без обзира којим законом или законима неопходно је било да се одреди до када осуђени може поднијети захтјев, а у циљу ефикасности и избјегавања злоупотребе процесних права. По важећем рјешењу захтјев би се могао поднијети све до ступања на издржавање казне, што је нерационално и неефикасно. Уколико осуђени поднесе захтјев за замјену у току упућивања на извршење казне затвора, поставља се питање ко ће донијети одлуку о замјени, суд извршења или суд који је донио првостепену одлуку. Сматрамо да се захтјев мора доставити Вијећу првостепеног суда на одлуку, а са упућивањем застати.¹⁹

Пошто се овдје врши измјена пресуде у одлуци о врсти изречене казне, било би исправно да се та замјена изврши новом пресудом. То би се могло сматрати неправим понављањем кривичног поступка, што би било неопходно прописати одредбама ЗКП РС, које то сада не садрже. Одлуку о замјени треба да донесе ванрасправно вијеће првостепеног суда, који је и донио пресуду и изрекао казну чија се замјена тражи. Слично је и раније спомињано правно схватање ВС ФБиХ по коме се замјена врши пресудом након одржаног рочишта, а захтјев одбија рјешењем. Било би неприхватљиво да замјену може извршити предсједник вијећа првостепеног суда рјешењем, аналогно замјени неплаћене новчане казне казном затвора. Ово из разлога што се новчана казна која се није могла ни принудно наплатити обавезно замјењује казном затвора, а казна затвора се може само изузетно, а не мора замијенити новчаном казном. У овом дијелу цитирано правно схватање ВС ФБиХ није досљедно, јер по њему пресуду доноси ванрасправно вијеће, а судија појединац за дјела из његове надлежности. Ово није прихватљиво, јер, према садашњим процесним законима, одлуке ван главног претреса доноси ванрасправно вијеће.²⁰ Судови у Републици Српској замјену врше у форми рјешења, које доносе у вијећу. Код одсуства законом прописаног поступка, ово је прихватљиво рјешење за оживотворење једне материјалне норме, које не производи штетне посљедице по осуђеног и правни поредак.

Независно од тога у којој форми се доноси одлука о замјени, жалбу против ње могу изјавити овлашћени тужилац и осуђени. Овим се продужава само трајање кривичног поступка, поготово ако првостепена одлука буде укинута.

¹⁹ В. Икановић, *Ibid.*

²⁰ Чл. 23 ст. 6 ЗКП ФБиХ.

То би се могло избјећи ако би се суду дало право да сам, при изрицању првостепене пресуде одреди замјену изречене казне по својој одлуци, цијенећи све чињенице и околности, са пристанком или без пристанка осуђеног, а не на његов захтјев,²¹ као што је то било прописано у КЗ ФБиХ из 1998. године. Оваквим или сличним рјешењем, избјегле би се наведене нејасноће у практичној примјени и сама одредба ускладила са осталим одредбама Закона, а без потребе да се мијењају и одредбе ЗКП РС.

3.4. Начин замјене

У КЗ РС постоји упућујућа одредба да се замјена казне затвора врши сходно одредбама замјени новчане казне која није плаћена суплеторним затвором. Дакле, сходно тим одредбама, дан затвора се замјењује једним дневним износом (по правилу изрицање новчане казне) или у одређеном износу (ако није могуће у дневном износу). Према садашњем стању, то је један дневни износ или 100 КМ. У осталим кривичним законима у БиХ идентично је прописано у члану који говори о замјени казне затвора. Пошто је дневни износ правило, а одређени износ се примјењује супсидијарно, логично је да суд замјену врши у дневним износима. Међутим, у пракси се правило претворило у изузетак, јер се казне изричу у одређеним износима. О разлозима зашто је то тако, нећемо се бавити у овом раду. Међутим, када суд изврши замјену казне затвора у дневним износима, који заиста могу да буду непримјерено ниски у односу на дужину замијењене затворске казне, тада долази до негативне реакције јавности.²² Она је разумљива, јер се критикује замјена године дана затвора новчаном казном од 4.750 КМ, али није резултат погрешне примјене закона од стране суда, већ нереалног законског рјешења о увођењу дневних износа у кривично законодавство земље која за то није зрела. Осим тога, сматрамо да је дужина казне од годину дана, чија се замјена омогућава, правелика и да се требала задржати на висини казне од шест мјесеци. Ово и из разлога што се казна затвора од годину дана не може ни по једном критеријуму сматрати краткотрајном казном.

Висину новчане казне према дужини затворске казне која се замјењује није уопште тешко утврдити и одмјерити, јер је то скоро математичка операција, која је јасно законом прописана. Међутим, проблем се јавља када од времене осуде до одлучивања о захтјеву дође до промјене закона, јер се поставља питање по ком закону се замјена врши. Овдје се нужно намеће питање забране ретроактивне примјене закона, односно примјене блажег закона. Пошто је нова казна самостална кривична санкција, ово начело би се морало поштовати и казна изрицати према закону који је био на снази у вријеме извршења кривичног

²¹ В. Икановић, *Ibid.*

²² Види "Уместо годину дана затвора 4.750 марака!" на www.pressrs.ba/sr/vesti/vesti_dana_story/26334/Uмест+godinu+dana+zatvora, приступљено 26.02.213. године.

дјела и који је примијењен код изрицања казне затвора. Ако би нови закон био блажи, он се ни тада не би могао примијенити, јер се, према схватању које смо изнијели, ради о самосталној казни коју суд треба да одмјери према околностима које је утврдио у вријеме суђења. Ако посматрамо да замјена одговара поступању као по ванредном правном лијеку, тада оваква измјена закона не утиче на санкцију у том поступку.

Међутим, судови у томе различито поступају, а до чега доводи управо одсуство рока у коме се захтјев за замјену може поднијети. Ако осуђени не поднесе захтјев одмах по правноснажности пресуде, већ то учини прије истека рока застарелости извршења (три године), он на тај начин очигледно обезвређује новчану казну која би му се изрекла. Када се закон у међувремену измијенио у дијелу који се односи на новчану казну, и то на строже у погледу минимума те казне и рокова плаћања или начина замјене (што се десило у 2010. години новелама свих кривичних закона), поставило се питање да ли треба његовом примјеном спријечити ову злоупотребу. Ради тога се приступа и замјени казне по новом закону, чиме се на одређен начин исправља искривљена законска норма. Међутим, овдје се ипак улази у зону надлежности законодавца што је супротно начелу законитости. Овдје се ипак не може говорити о примјени блажег или строжег закона, већ о томе да промјена закона зависи од закона који је примијењен приликом изрицања казне затвора. Дакле, ванредно се неправим понављањем мијења дио раније пресуде који се односи на казну, тако да је промјена закона ирелевантна.

Са овим је тијесно повезано и питање на који начин се новчана казна замјењује казном затвора ако осуђени ту казну у остављеном року не плати. Пошто се ради о самосталној новчаној казни, суд је дужан да, сходно одредбама чл. 299 став 2 ЗКП РС²³, у одлуци о замјени и изрицању новчане казне, умјесто казне затвора одреди рок плаћања те казне и начин замјене новчане казне у случају да се новчана казна не плати. Погрешно је само навести да ће се у случају неплаћања новчане казне извршити ранија казна затвора, као што су то судови у неким случајевима чинили, јер такву могућност закон не прописује. Овим се на једнак начин и по истом закону врши замјена казне затвора у новчану и обрнуто, чиме се остварује примјена једног закона на једног учиниоца за исто кривично дјело. До оваквих одлука судова у Републици Српској је очигледно дошло по угледу на ФБиХ, гдје је закон то другачије прописао.

У осталим КЗ у БиХ прописано је да, ако се новчана казна не плати у законском року (фиксном), суд ће донијети одлуку о извршењу казне затвора, а ако се плати дјелимично извршиће се казна сразмјерно износу који није плаћен. Ово рјешење је супротно самосталној природи те казне, не прате га ни одредбе процесних и извршних закона, а не кореспондира ни са усвојеним Правним схватањем ВС ФБиХ. Сматрамо да је потпуно погрешно и да га треба

²³ ”Службени гласник Републике Српске”, бр. 53/12.

напустити и вратити се изворном начелу замјене новчане казне из разлога које смо раније изнијели.

3.5. Правне посљедице осуде, застарјелост и казнена евиденција

Питање правне природе новчане казне може да се испољи код законске рехабилитације, застарјелости извршења казне и казнене евиденције. Законска рехабилитација за казну затвора до једне године и новчану казну, као и застарјелост извршења настаје по протеклу истог времена. С обзиром да се могу замијенити казне затвора од шест мјесеци, односно годину дана, проблем се за сада не појављује. Он би се могао испољити ако би законодавац помјерио границу замјене на више или другачије одредио ове рокове. Тада би се примјењивали на нову казну, јер старе више нема, она је замјеном нестала. У погледу казнене евиденције, стање је исто и у њој треба да се евидентира новчана казна, јер ранија више не постоји. Било би неприхватљиво да се евидентира казна затвора, а да се замијењена казна само изврши без евидентирања у казненој евиденцији, јер то не би одговарало стварном стању.

4. Замјена изречене казне затвора новчаном казном de lege ferenda

У досадашњем тексту приказали смо увођење и развој института замјене краткотрајне казне затвора новчаном казном у кривично законодавство у БиХ. Указали смо на одређене контроверзе схватања самог појма, природе нове казне, законодавног и практичног раскорака који несумњиво производи одређене проблеме, са не баш малим посљедицама. У уводном дијелу само смо споменули да је овај институт инспирисан одређеним рјешењем у њемачком Кривичном закону без представљања садржине те одредбе. С обзиром да наш законодавац није имао воље или храбрости да ту норму примијени у изворном облику, он ју је искривио и осиромашео на такав начин да је постала супротна сама себи, јер доводи до одређене правне несигурности из разлога о којима смо говорили.

Зато, иако би очекивано било да то учинимо у уводу рада, извор домаћег рјешења из упоредног права представљамо у овом дијелу, јер садржина те норме илустративно објашњава зашто садашње рјешење није добро и да га треба мијењати. Истовремено, она указује на који начин законодавац треба да врши измјену овог института ради остварења свих добрих страна које он има. Њемачки законодавац овај институт сврстава у параграф под насловом § 47, "Изузетно изрицање кратких казни лишења слободе", чиме наглашава његову садржину и да су краткотрајне казне изузетак. Краћу казну лишења слободе од

шест мјесеци суд може изрећи само ако посебне околности дјела или учиниоца показују да је ради утицаја на учиниоца и ради заштите правног поретка, неопходно изрећи казну лишења слободе. Када законом није прописана новчана казна, а казна лишења слободе од шест мјесеци или већа долази у обзир, суд ће изрећи новчану казну, уколико у смислу наведеног није неопходно да изрекне казну лишења слободе.²⁴ Видимо да је суд овлашћен да у првом случају цијени да ли ће примијенити казну затвора, а у другом случају да ли ће изрећи новчану казну. Овим се даје и одговор на створену дилему у нашој судској пракси да суд није обавезан да казну затвора увијек замијени на захтјев осуђеног.

Сматрамо да се наш законодавац треба определијелити да у наредним измјенама овај институт прихвати у изворном облику, а не да непотребним модификацијама које кваре његову суштину производи негативне ефекте и проблеме у судској пракси. Тиме се отклањају све дилеме о садржини казне, закону који треба примијенити, саставу суда и слично, а потпуно искључује потреба прилагођавања процесних одредби овом институту. За то је потребна јасно дефинисана воља да се изрицање краткотрајних казни затвора учини иззетком, а не да се њихова замјена сматра привилегијом или средством пуњења буџета.

У том смислу желимо указати да ово није усамљено размишљање, јер се и хрватски законодавац определијелио да га инкорпорише у свој нови Казнени закон.²⁵

Закључак

Увођење института замјене краткотрајне казне затвора новчаном казном у кривично законодавство, у суштини је добро и корисно рјешење. Оно пати од одређених недоречености које изазивају дилеме и стварају тешкоће у практичној примјени. Законодавац те недостатке још увијек није отклонио, како би законску норму учинио јаснијом и олакшао њену примјену. Овдје првенствено мислимо на поступак замјене, као процесни дио, у коме се рефлектују и материјални садржаји, а што се може урадити на два начина.

Први начин је усклађивање материјалног и кривичног законодавства и јасно дефинисање појма и садржине самог института на начин како смо сугерисали. Други начин је да се сам институт дефинише слично као у њемачком Кривичном законнику, што сматрамо бољим рјешењем, јер не тражи промјену процесног закона, нити захтјев осуђеног. За ово друго је неопходна воља законодавца, која зависи од схватања репресије, казнене политике и потребе замјене краткотрајних затворских казни другим санкцијама.

²⁴ Кривични законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за Кривични законик и Војно кривичним законом, Београд, 1998. године.

²⁵ 'Казнени закон, члан 45, *Народне новине*, бр. 125/11 и 144/12.

До тада судови требају више пажње да посвете примјени овог института, јер је то неопходно, с обзиром на велики број краткотрајних казни затвора и учешће условне осуде у изреченим санкцијама, које се често оправдано критикује.

Veljko Ikanović, Ph.D.

**Judge, Supreme Court of Republika Srpska and
Assistant Professor, Faculty of Law in Banja Luka**

**SUBSTITUTION OF SHORT-TERM IMPRISONMENT SENTENCE
IMPOSED INTO FINE IN CRIMINAL LEGISLATION IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA**

Summary

Implementation of the institute, substitution of short-term imprisonment sentence imposed into fine in criminal legislation is essentially good and useful solution. It has certain doubts that are causing dilemma and creating difficulties in the practical application. Still, the legislator did not eliminate deficiencies that are causing dilemma and creating difficulties in the practical application. The legislator did not eliminate these deficiencies in order to make the norm of the law clearer and to facilitate application of the norm. First of all, we are thinking to the substitution procedure, as a procedural part in which materials and contents are reflected, and which can be done in two ways. First way is harmonising material and criminal legislation and giving the clear definition of the term and content of this institute in a way that we have already suggested.

Another way is to define institute similar like in the German Criminal Code, which we consider as a better solution because it does not require change of procedural law, nor the request of the convicted. For this other solution, will of the legislator is necessary and it depends on the understanding of repression, sentencing policy and legislator's need to substitute short-term imprisonment with other sanctions.

Until then, the courts should pay more attention to the implementation of this institute because it is, considering a great number of short-term imprisonments and the participation of conditional sentences in the sanctions imposed which is often justifiably criticized, is necessary.

КОРПОРАТИВНИ КРИМИНАЛИТЕТ И ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Доц. др Миле Шикман*
Мр Милимир Говедарица**

***Апстракт:** Корпоративни криминалитет није никаква нова врста криминалитета. Његова генеза може се посматрати кроз постојање и дјеловање правних лица које је усмјерено ка нелегалним активностима, у оквиру легалног пословања, а ради стицања противправне имовинске користи (прије свега профита). Као такав, овај криминални феномен појављује се у свим земљама, (како у развијеним, слабије развијеним, земљама у транзицији, тако и у неразвијеним земљама), он има изузетну способност да користи повољне услове за своје инфилтрирање и да се вјешито прилагођава конкретной друштвеној, политичкој, економској и другој ситуацији, не само унутар једне земље, него и на међународном плану, при чему су његове посљедице далекосежне управо по економску и политичку стабилност земље. Међутим, различито друштвено-економско и политичко уређење на националном нивоу утиче и на перцепцију корпоративног криминалитета, али и условљава манифестовање различитих форми корпоративног криминалитета. Управо због тога присутна су и различита схватања корпоративног криминалитета, по којима одређене друштвено негативне појаве у једној земљи представљају корпоративни криминалитет, док такве криминалне активности у другој земљи немају ту квалификацију. Такође, битно је навести да дефинисање корпоративног криминалитета отежавају различити судски и тужилачки системи у појединим државама, али и различити приступи истражним методама и активностима које се предузимају у циљу откривања и истраге кривичних дјела корпоративног криминалитета, те његова снажна повезаност са криминалитетом бијелог оковратника, организованим и привредним криминалтиетом. Исто тако, неке карактеристике корпоративног криминалитета указују и на*

* Доц. др Миле Шикман, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, nacelnik@education.muprs.org

**Мр Милимир Говедарица, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, gmilimi@gmail.com

немогућност да се реално сагледају стање, структура и кретање кривичних дјела корпоративног криминалитета искључиво по основу званичних статистичких података, јер постојеће теškoће у откривању ових кривичних дјела и у обезбјеђивању доказа доводе до појаве тамне бројке овог криминалитета која није занемарљива. У том контексту кључно питање јесте откривање, разјашњавање и доказивање ових кривичних дјела. Мисли се прије свега на уређивање услова за одговорност корпорација (правних лица) за кривична дјела, кривичне санкције које се могу изрећи корпорацијама (правним лицима), као и поступак у којем се одлучује о одговорности корпорација (правних лица) и изрицању кривичних санкција, као и друга питања од значаја за контролу овог криминалног феномена. У Републици Српској и Босни и Херцеговини одговорност правних лица за кривична дјела регулисана је у оквиру Кривичног закона (посебном главом закона). Ипак, многа питања одговорности правних лица за кривична дјела нису у потпуности јасна, одређене инкриминације нису прецизне, те тумачење наведених одредби може да доведе до непотребних дилема. Због тога се намећу оправданим размисљања о уређивању овог посебног предмета на квалитетнији начин, при чему би се систематизовале одредбе материјалног, процесног и извршног кривичног права које се тичу одговорности правних лица за кривична дјела.

Кључне ријечи: корпоративни криминалитет, криминалитет бијелог оковратника, организовани криминалитет, привредни криминалитет, кривично дјело, одговорност правних лица за кривична дјела.

КОРПОРАТИВНИ КРИМИНАЛИТЕТ КАО КРИМИНАЛНИ ФЕНОМЕН

Корпоративни криминалитет, најједноставније речено, јесте криминалитет корпорација. Корпорација као правно лице има слична права као и физичко лице: да посједује имовину, задужује се, тужи или буде тужена. Њена сврха је сједињавање, груписање пословних интереса и она представља најчешћи облик пословног удруживања. То је привредни субјекат који послује у складу са привредним правним оквирима.¹ Дакле, криминалитет корпорација био би

¹ **Корпорација** (*lat. corpus – tijelo, engl. corporation*), “тијело сачињено од људи”, јесте правно лице које чини организована група, а која је самосталан правни субјект различит од чланова корпорације. Корпорација представља најразвијенији облик друштва капитала. Корпоративно управљање је систем надзорних механизма помоћу којих сви добављачи пресудних ресурса осигуравају поврате на своја улагања у корпорацију, с пажњом да не угрозе дугорочни просперитет и опстанак пословног система, односно корпорације. Велике корпорације, с обзиром на сложеност своје структуре, приступају процесима **дивизионализације организацијске структуре и децентрализације руковођења**, те формирању релативно аутономних јединица по дјелатностима, профитним центрима и стратешким пословним јединицама, како би избјегле њихову велику тромост и подстицале прилагођавање захтјевима околине у којој дјелују. Корпорације имају, посебно оне највеће, на стотине, па и више локалних компанија (предузећа) широм свијета. Све се те локалне компаније обједињавају у мањи или већи број пословних

укупност друштвено негативних појава које настају активностима корпорације, односно међусобно повезане групе људи у одређен систем (корпорацију) ради вршења кривичних дјела у одређеном периоду.² Наравно, ако се овом етимолошком одређењу појма „корпоративног криминалитета” додају одређене карактеристике савременог корпоративног криминалитета, као што су област у којој се врши (сфера пословања, осигурања, банкарства, берзе), статус преступника (припадници највиших социјалних слојева) и заштићеност учинилаца од прогона и кажњавања с обзиром на утицај који учиниоци имају захваљујући свом друштвеном положају, може се ближе одредити појам корпоративног криминалитета.³

Највећа криминолошка истраживања о корпоративном криминалитету вршена су у Сјеверној Амјерици, док је мањи број ових истраживања рађен у Великој Британији и Аустралији, при чему се може говорити и о одређеном теоријском концепту. Полазна основа у њиховом приступу јесте Сатерландово учење о криминалитету бијелог оковратника.⁴ У том контексту *Крамјер корпоративни криминалитет* сматра подврстом криминалитета бијелог оковратника који је резултат доношења одлука оних који заузимају позиције у организацији као корпоративни извршиоци или менаџери.⁵ У познатом криминолошком рјечнику корпоративни криминалитет дефинишу се као нелегална понашања и пропусти кажњиви према управном, грађанском или казненом законодавству, који су резултат свјесног доношења одлука или кажњивог немара (*culpable negligence*) у оквиру легитимне формалне организације. Те радње или пропусти засновани су у легитимним и формалним пословним организацијама, реализовани у складу са нормативним циљевима, стандардним оперативним про-

подручја, односно програма. Једно пословно подручје, односно програм, може објединити већи број творница из различитих земаља које по сродности спадају у одређено пословно подручје.

² Šikman, M. (2013). *Corporate Crime - New Approaches and Future Challenges*. Ed. Čaleta, D., Vršec, M. *Management of Corporate Security – New Approaches and Future Challenges*. Ljubljana: Institut of Corporate Security.

³ Поред наведеног, могуће је навести још неколико напомена. Прво, термин корпорација се може схватити у најширем смислу, тако да обухвата корпорације различитог нивоа, од најмањих са ограниченом одговорношћу до највећих мултинационалних компанија. Друго, иако се овим схватањем могу искључити неке друге врсте организација које су укључене у незаконитости, попут јавног сектора, које обављају функције у име државе, ипак у мјери у којој су ове организације укључене у комерцијалне активности, могу се сматрати дијелом корпоративног криминала. Треће, корпоративни криминал је у великој међуповезаности са сличним облицима криминала, као што су криминалитет бијелог оковратника, привредни криминалитет и организовани криминалитет.

⁴ Gobert, J., Punch, M. (2003). *Rethinking Corporate Crime*. London: Butterworths

⁵ Ове одлуке су организационо засноване на правилима пословања (најчешће усмјерена ка стицању профита), стандардној оперативној процедури и културним нормама организације и усмјерене ка остваривању добити корпорације. Дакле, за разлику од криминалитета бијелог оковратника, гдје преовлађују користољубиве побуде, корист од дјела корпоративног криминалитета иде и компанији, а не само извршиоцу. У. Kramjer, R. (1984). *Corporate Criminality: The Development of an Idea*. In. Hochstetler Ellen (ed.). *Corporations as Criminals*. Beverly Hills, CA: Sage Publications.

цедурама и/или културалним нормама организације с циљем профита за саму организацију.⁶ Многи аутори се не слажу са овако широким одређењем корпоративног криминалитета, будући да под криминалитетом подразумијевају само она понашања која су као таква одређена кривичним законом. Тако Шегел дефинише корпоративни криминалитет који обухвата само “кривична дјела прописана кривичним законом”⁷. Исто тако, Клинард и Цегер под корпоративним криминалитетом подразумијевају само оне деликте који су инкриминисани кривичним законом као кривична дјела.⁸ Хантер и Данткер говоре о криминалитету у оквиру занимања (*occupational crime*), који дефинишу као криминалитет учињен у оквиру нечијег запослења (радног мјеста). Као посебну категорију криминалитета наводе и корпоративни криминалитет (*corporate crime*), за који кажу да је то криминалитет који је најтеже процесуирати. Корпоративни криминалитет су криминалне активности учињене у обављању посла или које резултирају из неприкладних пословних пракса.⁹ Има и оних аутора који корпоративни криминалитет схватају као облик организованог криминалитета. Ови аутори корпоративном криминалитету додају обиљежја организованог криминалитета, те на тај начин дефинишу и сам корпоративни криминалитет. Ови аутори једину разлику виде у томе што се код корпоративног криминалитета ради о противправној дјелатности појединаца и институција који су у бизнис ушли да би стицали профит легитимним пословањем, док организовани криминалитет садржи нелегалне активности субјеката чији је циљ од почетка био добит прибављана на нелегитиман начин.

Подручја у којима се врше криминалне радње корпорација су хетерогена, при чему се корпоративни криминалитет обично испољава у области финансија и привредног пословања, као утаја пореза, проневјера, фалсификовање новца, злоупотребе стечаја, банкарске преваре, фалсификовање пословних књига, прање новца, итд.¹⁰ Суштина корпоративног криминалитета огледа се у планираним незаконитим дјелатностима, у оквиру легалног пословања, у намјери увећања профита директним или индиректним кршењем закона. Такве околности одговорна лица у корпорацији или менаџери вјешто користе, што доводи до тога да многе незаконите радње није могуће подвести под постојеће инкриминације, при чему учиниоци користе свој статус за избјегавање одговорности. Заправо, овај вид криминалитета може се сматрати пригодним криминалитетом, с обзиром на то да криминална активност корпорација није

⁶ McLaughlin, E. & Muncie, J. (2006). *The SAGE Dictionary of Criminology*. London: Sage Publications Ltd.

⁷ Schlegel, K. (1990). *Just Deserts for Corporate Criminals*. Boston: Northeastern University Press.

⁸ Clinard, B. M., Yeager, P.C. (2006). *Corporate Crime*. New Jersey: Transaction Publishers.

⁹ Разлику између тих двију категорија виде у томе што криминалитет у оквиру занимања чине лица или групе ради личне користи, док корпоративни криминалитет чине особе или групе ради користи компаније или организације. U: Hunter, R. D. & Dantzker, M. L. (2002): *Crime and criminality: causes and consequences*. New Jersey: Prentice Hall.

¹⁰ Berg, L. B. (2008). *Criminal Investigation*. New York: McGraw Hill.

њихова основна дјелатност, већ пословни субјекти који иначе законито послују, када им се укаже одговарајућа прилика, заједнички и плански врше одређени вид криминалне дјелатности коју можемо сматрати корпоративним криминалитетом.¹¹ Поред наведеног, неки аутори, сматрају да се корпоративни криминалитет може испољавати и као корпоративно насиље: пријетња по здравље и безбједност људи.¹² Корпоративно насиље је мање видљиво у односу на друге облике насиља, због чега се и зове “тихо насиље”,¹³ а односи се на дјеловање корпорација које узрокује повреде, болести, па чак и смрт људи, које наступају као посљедице дјеловања усмјерених на стицање профита и добити, уз безобзирно занемаривање здравља, безбједности и живота запослених, потрошача, али и опште јавности.¹⁴ Као такво, корпоративно насиље може се подијелити на насиље усмјерено према запосленима (несигурна и небезбједна радна мјеста), потрошачима (несигурни и небезбједни производи) и угрожавање животне средине.¹⁵

КОРПОРАТИВНИ КРИМИНАЛИТЕТ, КРИМИНАЛИТЕТ БИЈЕЛОГ ОКОВРАТНИКА, ПРИВРЕДНИ И ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ

Корпоративни криминалитет није изолован криминални феномен, већ напротив, у директној повезаности са криминалитетом бијелог оковратника, привредним криминалитетом и организованим криминалитетом. Заправо, врло често су у улози извршиоца (унутар корпорације) лица са највишим друштвеним статусом (криминалитет бијелог оковратника), која обично врше кривична дјела у привредно-финансијском пословању (привредни криминалитет), а неријетко на организован начин, у дужем временском периоду, усмјерен ка стицању профита и моћи (организовани криминалитет). Наравно, кључна разлика између ових криминалних феномена јесте у чињеници да се код корпоративног криминалитета као субјект кривичног дјела појављује корпорација као правно лице, а не појединци као физичко лице (што је својствено наве-

¹¹ Ђурђевић, З. (2003). Казнена одговорност и казнени поступак према правним особама у Републици Хрватској, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, (Загреб), Вол. 10, бр. 2.

¹² Barakan, S. (2006). *Criminology: a sociological understanding*, 3rd. New Jersey: Pearson, Prentice Hall.

¹³ Frank, N., Lynch, M. (1992). *Corporate Crime, Corporate Violence: A Primer*. New York: Harrow and Heston.

¹⁴ Mokhiber, R. (1988). *Corporate Crime and Violence: Big Business Power and the Abuse of Public Trust*. San Francisco: Siera Club Books.

¹⁵ Несигурна и небезбједна радна мјеста доводе до тога да сваке године многи радници доживе тешке повреде или чак смрт, која је узрокована условима рада. Исто тако, потрошачи могу бити оштећени несигурним и небезбједним производима корпорација, који се посебно могу манифестовати у ауто-индустрији, фармацеутској индустрији и прозводњи хране и прехранбених производа. Види опширније: Barakan, S. (2006). *Criminology: a sociological understanding*, 3rd. New Jersey: Pearson, Prentice Hall.

деним облицима криминалитета). Ипак, полазећи од корелације, повезаности и међусобног утицаја, нужно је сагледати однос између ових облика криминалитета, а посебно са аспекта одговорности за учињене деликте и гоњење учинилаца кривичних дјела.

Полазећи од схватања криминалитета бијелог оковратника¹⁶ може се сагледати однос са корпоративним криминалитетом. Има оправдања за поистовјеђивање термина криминалитет бијелог оковратника и криминалитет корпорација, јер се и једна и друга дјела врше у истим областима, на сродан начин, жртве су или сви грађани или организација која запошљава преступника, или друга, конкурентска, фирма. Врше их иста лица, при чему је код криминалитета „бијелог оковратника“, схваћеног у ужем смислу, само јаче изражен лични користољубиви мотив. Овде треба истаћи и фактички имунитет учинилаца који они уживају због друштвеног угледа који имају, и чињеницу да се поједина понашања тешко могу подвести под постојеће инкриминације.¹⁷ Неки аутори сматрају да и нема неке разлике и оба вида криминалне дјелатности сврставају у исту групу – у организовани криминалитет којег карактерише вођење илегалног бизниса. Ови аутори једину разлику виде у томе што се код криминалитета бијелог оковратника и корпоративног криминалитета ради о противправној дјелатности појединаца и институција који су у бизнис ушли да би стицали профит легитимним пословањем, док организовани криминалитет садржи нелегалне активности субјеката чији је циљ од почетка био добит прибављања на нелегитиман начин. Дакле, криминалитет бијелог оковратника и корпоративни

¹⁶ Амерички криминолог Едвин Сатерленд (*Edwin Sutherland*) први пут је употребио израз „криминалитет бијелог оковратника“ у говору 1939. године на заједничком састанку Америчког социолошког друштва, а 1949. године и дефинисао га као кривична дјела извршена од лица са високим и престижним статусом у оквиру занимања које обављају. Дакле, као извршиоци криминалитета бијелог оковратника јесу људи који имају посебан друштвени статус, власт, моћ и утицај. Сатерлендово проучавање криминалитета бијелог оковратника донринијело је схватање да је криминологија погрешно усмјерена на социјалне и економске детерминанте криминалитета, као што су породичне прилике и ниво богатства (сиромаштва). Према Сатерлендовом мишљењу, злочин је почињен на свим нивоима друштва и од стране лица веома различитог друштвено-економског статуса. Конкретно, према Сатерленду, криминалне радње често врше лица која послују кроз велике и моћне организације, те уколико хоћемо да установимо зашто долази до извршења кривичних дјела, утолико је потребно да проучавамо не само она лица која су процесуирана и осуђена, већ и криминалце на високим положајима који крше прописе којима је уређено њихово занимање. Дакле, криминалитет бијелог оковратника је врста професионалног криминалитета, који врше припадници виших друштвених слојева, тзв. криминалне елите или криминалне аристократије, користећи свој друштвени положај или утицај. Види опширније: Sutherland, E. (1949). *White Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart and Winston.

¹⁷ Поред наведеног, и следеће чињенице иду у прилог мишљења оних аутора који и за корпоративни криминалитет користе термин криминалитет „бијелог оковратника“: корпоративним криминалитетом крше се правила којима је регулисано пословање корпорација; овај вид криминалитета врши се у истим или сличним областима као и криминалитет „бијелог оковратника“; врши се на сличан или идентичан начин; учиниоци су лица са истим статусом по чему је иначе препознатљив криминалитет „бијелог оковратника“. Према: Игњатовић, Ђ. (2007) *Криминологија*, Београд: Номос.

криминалитет, по својим битним обиљежјима, имају одређених сличности са организованим криминалитетом, у смислу да се у оквиру ових видова криминалитета извршавају поједина корупцијска кривична дјела и да се разни облици корупције користе за успостављање и проширивање криминалних веза, учвршћивање статуса носилаца ове криминалне дјелатности и њиховог угледа, што и условљава адекватнију заштиту учиниоцима криминалитета бијелог оковратника и корпоративног криминалитета.¹⁸ Јасно је да је тешко навести разлику између ова два криминала феномена. Ипак она постоји. Као што смо већ навели огледа су у субјекту кривичног дјела. У случају криминала бијелог оковратника, субјект кривичног дјела може бити само физичко лице, док код корпоративног криминалитета одговорност за извршење кривичног дјела је, прије свега, на правном лицу.

Слично наведеном, може се сагледати и однос корпоративног криминалитета са привредним и организованим криминалитетом. Тако, у најопштијем смислу, привредни криминалитет подразумијевао би укупност противзаконитих активности које се испољавају у привредној дјелатности, за које су предвиђене одговарајуће кривичне санкције.¹⁹ Одбор министара Савјета Европе донио је препоруку No. R (81) 12 о привредном криминалитету²⁰ којег дефинише као сљедеће деликте: 1. картелна кривична дјела, 2. преварне праксе и злоупотреба економске ситуације од стране мултинационалних компанија, 3. преварно прибављање или злоупотреба донација државних или међународних

¹⁸ Игњатовић, Ћ. (2007) Криминологија, Београд: Номос.

¹⁹ Многи аутори сматрају да је привредни криминалитет тешко дефинисати, јер је сложен, динамичан и веома промјенљив. Корсел је привредни криминалитет дефинисано као злочине профита који се одвијају у оквиру комерцијалне дјелатности. Са становишта актуелних промјена, савремену дефиницију даје проф. др Божидар Бановић, према којој привредни криминалитет чине сва деликтна понашања и чињења и нечињења, која настају у економским односима и у вези са тим односима од стране правних, као и физичких лица која, као субјекти тих односа, располажу одговарајућим овлашћењима према имовини на којој се ти односи заснивају, а којим се деликтним понашањима непосредно наноси штета тој имовини и повређују или угрожавају привредни односи. Други аутори, као нпр. професор Мићо Бошковић, сматрају да је овај приступ преширок, с обзиром на кривична дјела против привреде и службене дужности која су предвиђена у кривичним законима и која као таква дјела спадају у област привредног криминалитета, док кривични закони не садрже привредне преступе и прекршаје као посебну врсту деликата за које, поред физичких, могу да одговарају и правна лица, с тим да је присутна тенденција да се регулише и кривична одговорност правних лица, што није ништа друго него замјена за привредне преступе, јер се против правних лица не може изрећи казна затвора. Види детаљније: Korsell, L. (2002). *Economic crime, Crime Trends in Sweden 1998–2000*. Stockholm: National Council for Crime Prevention; Бановић, Б. (2002). Обезбеђење доказа у криминалистичкој обради кривичних дела привредног криминалитета, Земун: Виша школа унутрашњих послова, стр. 28; Бошковић, М. (2009). Привредна криминалистика. Бања Лука: Факултет за безбједност и заштиту.

²⁰ Recommendation No. R (81) 12 Of The Committee Of Ministers To Member States On Economic Crime, (Adopted by the Committee of Ministers on 25 June 1981 at the 335th meeting of the Ministers' Deputies). Dostupno putem interneta: https://wcd.coe.int/com_instranet.InstraServlet?command=com_instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=600157&SecMode=1&DocId=672338&Usage=2 Pristupljeno: 30. januara, 2013.

организација, 4. компјутерски криминалитет (нпр. крађа података, кршење тајности података, манипулација компјутерским подацима), 5. лажне фирме, 6. лажирање извјештаја о билансном стању компаније или рачуноводствени деликти, 7. превара с обзиром на економску ситуацију и корпоративни капитал компаније, 8. кршење стандарда безбједности и здравља запослених, 9. превара на штету кредитора (нпр. банкрот, кршење интелектуалних или индустријских власничких права), 10. преваре потрошача (посебно кривотворење декларација на производима, деликти против јавног здравља, злоупотреба потрошачеве слабости или неискуства), 11. непоштено надметање (укључујући подмићивање запослених супарничке компаније) и оглашивање које доводи у заблуду (*misleading advertising*), 12. фискални деликти и избјегавање социјалних трошкова од стране предузећа, 13. царински деликти (нпр. избјегавање царинских обавеза, прекорачење рестрикцијских квота), 14. деликти према регулацији новца и валута, 15. деликти на берзи вриједносних папира и банкарски деликти (нпр. преварне манипулације вриједносним папирима и злоупотреба неискуства јавности), и 16. деликти на штету околине. Веза између привредног криминалитета и корпорацијског криминалитета је јасна. Нема дилеме да се корпорацијски криминалитет првенствено испољава у привредној области и то у домену пословања корпорација. Управо у овој области, поред легалне дјелатности, корпорације врло често чине и илегалне дјелатности, с циљем стицања и увећања профита. Тако, у вршењу незаконитости, корпорације, као правна лица, могу одговорати за појединачна кривична дјела привредног криминалитета.

Исто тако, а полазећи од схватања и карактеристика организованог криминалитета²¹, може се сагледати његова повезаност са корпоративним криминалитетом. Већ смо навели одређене додирне тачке организованог, корпоративног и криминалитета бијелог оковратника. Поред тога, чест је случај да

²¹ Организовани криминалитет је глобални феномен, који привлачи пажњу не само стручне и научне јавности, већ и шире заједнице. Цеј Албанезе на основу дугогодишње анализе организованог криминалитета, исти дефинише као трајни криминални подухват који рационално дјелује ради остваривања профита путем нелегалних активности, док његово непрестано постојање одржава коришћењем силе, пријетње, контролом монопола и корупцијом јавних службеника, при чему се издвајају четири примарна елемента организованог криминалитета: 1. постојање трајне криминалне организације, 2. рационално криминално дјеловање, 3. стицање профита као крајњи циљ криминалног дјеловања и 4. коришћење силе или пријетњи и прибјегавање корупцији ради реализације циљева и очувања имунитета од примјене права. Уз могућност да не буду наведене све карактеристике организованог криминалитета, анализа кривичних дјела организованог криминалитета омогућава да се идентификују следеће четири битне (основне) карактеристике организованог криминалитета: прва, организованост у формалном смислу, друга, организованост у садржајном смислу, трећа, стицање и увећање профита, монопола и моћи и четврта, остваривање утицаја на државне органе, појединце и друге субјекте социјалне контроле. Види опширније: Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Anderson Publishing Co, Cincinnati; Fijnaut, C., Paoli, L. (2004). *Organised Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht; Шикман, М. (2011). Организовани криминалитет. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.

организоване криминалне групе оснивају правна лица која се привидно баве легалним пословима, а у суштини обављају криминалне активности. Организовани криминалитет често продире у правна лица која регуларно послују, што има за последицу да правно лице, услед великог увећања профита, почиње да трајно подржава криминални уплив. Ипак, ако се посматра њихов међусобни однос с аспекта њихове узајамне повезаности и међусобног утицаја, може се закључити да је организовани криминалитет најшири појам који може да обухвата корупцију, криминалитет бијелог оковратника и корпоративни криминалитет, уколико ови облици криминалитета садрже све оне елементе који карактеришу организовани криминалитет. То значи, да се криминалитет бијелог оковратника и криминалитет корпорација могу испољити у виду кривичних дјела организованог криминалитета, али и да могу бити извршена на начин који им неће давати обиљежја организованог криминалитета. Оно је што је заједничко јесте да је корупција присутна у извршењу организованог криминалитета, али и криминалитета бијелог оковратника и корпоративног криминалитета, без обзира на то да ли је он извршен са обележјима организованог криминалитета. Дакле, основно заједничко обиљежје ових криминалних феномена јесте „масовно” коришћење корупције, као *modus operandi*. Из претходног се може закључити да криминалитет бијелог оковратника и корпоративни криминалитет, по својим битним обиљежјима, имају одређених сличности са организованим криминалитетом, али да се у оквиру оба вида криминалитета извршавају поједина корупцијска кривична дјела и да се разни облици корупције користе за успостављање и проширивање криминалних веза, учвршћивање статуса носилаца ове криминалне дјелатности и њиховог угледа, што и условљава адекватнију заштиту учиниоцима криминалитета бијелог оковратника и корпоративног криминалитета.

ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Одговорност корпорација за извршење кривичних дјела је кључни концепт ради спречавања и сузбијања овог вида криминалитета. Дакле, ради се о одговорности правних лица, с обзиром да су корпорације и *de jure*, и *de facto* правна лица. Због тога се у правним системима европских и сјеверноамеричких држава појавила потреба за увођењем кривичне одговорности правних лица.²²

²² Раније је у правној науци био присутан став да правно лице не може бити субјект кривичног дјела, прије свега због постојања начела субјективне индивидуалне одговорности (*nulla poena sine culpa*) и неприхватљивости колективног кажњавања. У теорији постоје три става о кривичној одговорности правних лица. Први је да не постоји, не само кривична, већ и свака друга одговорност правног лица. Други став је да не постоји кривична одговорност правног лица, али да постоје други облици казнене одговорности (одговорност за прекршаје или привредне преступе). Према трећем ставу, кривична одговорност правног лица је оправдана и неопходна Игњатовић, Ђ. (2007) Криминологија, Београд: Номос.

Уобичајено је схватање да се кривична, тј. казнена одговорност правних лица, везује за питање његовог правног субјективитета. Ту се јављају двије главне теорије: теорија фикције и теорија реалности. Међутим, и без теорија о правном субјективитету правних лица, јасно је да она посједује реалну, материјалну подлогу која је битно другачија од оне код физичког лица. Што се права и обавеза правног лица тиче, она не постоје сама по себи, уколико нису правом конституисана. Из тога би слиједило схватање правног субјективитета правног лица које није на линији ни једне ни друге теорије, а то је да је правно лице правни појам до којег се дошло апстраховањем и герерализацијом реалних и материјалних елемената. Правно лице је правни појам, који се међутим заснива на реалности и има двије компоненте: прву, појмовно-концептуалну, и другу, реалну. Прва компонента призилази и изводи се из друге. Стога, правно лице није ни реалност само по себи, а ни фикција, него правни појам који се чврсто заснива на реалности и из ње призилази, што је довољан основ да се може расправљати о казненој одговорности правног лица.²³

Наиме, током година, у Европи се повећао број корпорација које учествују у привредном и економском животу. Иако су обављајући своју дјелатност неке од корпорација извршавале поједина кривична дјела, кривична одговорност правних лица дуго није била предвиђена националним законима европских земаља из којих су потицале те корпорације. Упоредо с тим, 1988. године од стране Комитета министара усвојена је Препорука Савјета Европе број Р (88) 1810²⁴. У циљу превенције, сузбијања и контроле кривичних дјела извршених од стране корпорација препорука Савјета Европе била је да државе чланице чији кривични закони не предвиђају кривичну одговорност правних лица изврше ревизију својих закона.²⁵ Француска је у том циљу извршила озбиљне

²³ Види опширније: Стојановић, З., Коларић, Д. (2010). Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета, Београд: Правни факултет у Београду, стр. 26.

²⁴ Recommendation no. R (88) 18 of the committee of ministers to member states concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities. Dostupno putem interneta: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=233230&SecMode=1&DocId=698704&Usage>. Pristupljeno: 30. januara, 2013.

²⁵ Поред наведеног, и други међународни документи препоручују увођење одговорности правних лица за кривична дјела. Тако, увођење одговорности правних особа за кривична дјела сугерише и Препорука Р(96) 8 од 5.9.1996. године о криминалној политици у Европи у времену промјена. Конвенција о заштити околине путем кривичног права из 1998. године обавезује државе чланице да усвоје потребне одговарајуће мјере, које ће омогућити изрицање кривичних или административних санкција или мјера правним лицима у чије име је неко од кривичних дјела, учињено од стране њених органа, његових чланова или другог представника. Исто тако, Кривичноправна конвенција о корупцији из 1999. године обавезује чланице на усвајање таквог законодавства и других потребних мјера којима ће се осигурати да се правна лица могу сматрати одговорнима за кривична дјела давања мита, трговања утицајем и прања новца, предвиђена Конвенцијом, учињена у њихову корист од стране било којег физичког лица, поступајући било индивидуално било у саставу органа правног лица, која има водећу позицију унутар правног лица, базирајући се на овлаштењу представљања правног лица или на овлаштењу да доноси одлуке у име правног лица или на овлаштењу да врши контролу. И на

ревизије свог Кривичног законика, а 1994. године, донијет је нови Кривични законик Француске који је један од први кривичних законика земаља континенталног система предвидио санкције и принципе одговорности правног лица за кривична дјела. Даље, Белгија је 1999. године измјенама и допунама белгијског кривичног законика први пут у своје право увела институт кривичне одговорности правних лица. Холандија је концепт кривичне одговорности правног лица прихватила чак много раније 1976. године, као и Норвешка 1991. године. Данска је 2002. године измијенила свој Кривични законик и предвидјела да правно лице може бити субјект кривичне одговорности. Швајцарска је 2003. године чланом 100 ставом 1 Федералног кривичног законика предвидјела супсидијарну одговорност правног лица. То значи да ће правно лице бити кривично одговорно само уколико се не може утврдити идентитет физичког лица, које је непосредни извршилац кривичног дјела. Значи секундарна одговорност правног лица постоји у оним случајевима када је кривично дјело учињено у оквиру пословног дјелокурга правног лица, тј. корпорације, а кривично дјело се не може приписати запосленим због унутрашње организације. Аустрија је међу посљедњим европским земљама, крајем 2006. године, увела одговорност правних лица за кривична дјела. За разлику од наведених земаља, у Њемачкој и даље преовладава став да је неоправдано и непотребно усвојити концепт кривичне одговорности правних лица. Италија, Португалија и Грчка слиједи њемачки модел и не уводе концепт кривичне одговорности правних лица. У Енглеској правној науци правна лица сматрају се фикцијом, која нема душу и разум, и из тог разлога не могу бити одговорна за кривична дела, али запослени у њима то могу.²⁶ У земљама региона, Словенија (1999. године), Хрватска (2003. године), Црна Гора (2007. година) и Србија (2008. године) одговорност правних лица за извршена кривична дјела регулисан је доношењем посебних закона о кривичној одговорности правних лица, док је Босна и Херцеговина ово питање регулисала унутар постојећег кривичног закона (у оквиру посебне главе). Дакле, без обзира на став појединих земаља и стару максиму *societas delinquere non potest*, многе земље на директан или посредан начин прихватају одговорност правног лица.

Увођење одговорности правног лица за кривична дјела заиста има смисла. Многе дјелатности које се предузимају у име и за рачун правног лица су противправне; њима се крше забране садржане у одговарајућим прописима или се не поступа по обавезама које из њих произилазе и на тај начин за друштво се проузрокују многе штетне посљедице, прије свега материјалне природе, које су често опасније за друштво од оних које настају извршењем кривичног

крају, Конвенција о високотехнолошком криминалу из 2001. године, на готово идентичан начин као и Кривичноправна конвенција против корупције захтијева увођење одговорности правних лица за кривична дјела на која се она односи. Види детаљније: *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*. (2005). Сарајево: Европска комисија, стр. 462-463.

²⁶ Шупут, Ј. (2009). „Одговорност правног лица за кривична дела“. Страни правни живот, 1/2009, Београд: Институт за упоредно право.

дјела. Због тога би требало консититуисати неки облик кривичне одговорности, прилагођен специфичној природи правног лица, као субјекта кривичног дјела. По једном схватању одговорност правног лица везивала би се за кривичну одговорност физичког лица које је дјеловало у име и рачун правног лица (тзв. изведена одговорност), док је по другом схватању одговорност правног лица за кривична дјела аутономна, самостална и не може се изједанчити са субјективном одговорношћу. Према првом схватању ради се о тзв. изведеној одговорности, односно о акцесорној природи кривичне одговорности правног лица, док се у другом случају не траже никакви облици кривице у субјективном смислу, тако да би се више радило о објективној кривичној одговорности, чију основу, па и кривицу, чине пропусти у понашању правног лица.²⁷ Први модел је доминантан у упоредном законодавству, мада се у посљедње вријеме све више разматрају могућности примјене другог модела, односно заснивања аутономне одговорности правних лица за кривична дјела.²⁸ Поред наведеног, може се говорити и о субјективној или објективној одговорности, као и супсидијарној или кумулативној одговорности правних лица за кривична дјела. Код објективне кривичне одговорности утврђује се само радња извршења (*actus reus*), док се код субјективне одговорности правних лица утврђује субјективни однос учиниоца према дјелу.²⁹ Супсидијарни карактер одговорности правног лица за кривична дјела подразумијева искључење одговорности физичког лица за исто кривично дјело, док код кумулатног модела кривичне одговорности правног лица за исто кривично дјело одговарају и правно и физичко лице. Такође, питање које се поставља код прописивања одговорности правних лица за кривична дјела, јесте и сам начин прописивања: генералним кривичним законима или посебним кривичним законима, при чему је однос *lex generalis* и *lex specialis* одредби потпуно јасан. Наравно, сви наведени модели и начини уређења одговорности правних лица за кривична дјела зависе прије свега од правног система земље,

²⁷ Вучковић, Б., Вучковић, В. (2011). „Одговорност правних лица за кривична дјела“. Правна ријеч, бр. 29/2011. Бања Лука: Удружење правника, стр. 386-387.

²⁸ Као основни аргумент за увођење аутономне одговорности често се наводи сама структура и организација корпорације, као правног лица. Наиме, корпорације су организоване на начин да је обично извршена подјела рада, функционлна децентрализација и диференцијација овлашћена у одлучивању, тако да традиционални концепт одговорног лица, као лица у коме су ситуирана главна овлашћења за управљање правним лицем, не може бити примјењен у овим случајевима.

²⁹ Код утврђивања субјективне одговорности правних лица за кривична дјела, до изражаја посебно долази тзв. концепт културе корпорација (*corporate culture*). Култура корпорација се одређује као скуп вриједности, обичаја, традиција и значења која чине компанију јединственом. Она се често назива “карактером организације”, будући да представља отјеловљење визије оснивача компаније. Вриједности корпоративне културе утичу на етичке стандарде у оквиру корпорације и на понашање менаџера. Истраживања о организационим потребама као мотивационом фактору за вршење криминалних радњи и перцепцији потреба организације од стране руководиоца указују на снажну везу између црта корпоративне културе и криминалитета корпорација. У: Кековић, З., Милошевић, М. (2011). Криминалитет корпорација – криминолошки и културолошки аспекти. *Социолошки преглед*, вол. XLV, no. 1, стр. 19–44.

њене кривичноправне традиције, као и утицаја међународних стандарда у овој области.

ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЈЕЛА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Одговорност правних лица за кривична дјела у Републици Српској регулисана је у оквиру Кривичног закона³⁰, у глави XIV истоименог назива. Одредбама ове главе регулише се кривичноправна одговорност правног лица, а не неки други облик њене одговорности за кривична дјела (административна или грађанскоправна). Осим тога што се овдје ради о одговорности за кривична дјела прописаној кривичним законом, на такав закључак јасно упућује и то што закон говори о кривичноправним санкцијама које се изричу правном лицу одговорном за кривично дјело и да се против правног лица води кривични поступак по одредбама Закона о кривичном поступку Републике Српске.³¹ Као предмет регулисања одредаба садржаних у XIV глави Кривичног закона, одређено је да је то одговорност правног лица за кривично дјело, казне и друге кривичноправне санкције које се могу изрећи правном лицу, те правне посљедице осуде правног лица за кривично дјело. На овај начин Република Српска и Босна и Херцеговина су, фактички од 2003. године, у групи земаља које уређују одговорност правних лица за кривична дјела.

Када је ријеч о основу за одговорност правног лица за кривично дјело, може се закључити да Кривични закон Републике Српске усваја модел тзв. изведене одговорности правног лица за кривично дјело. Одговорност правног лица за кривично дјело изводи се из противправног остварења обиљежја одређеног кривичног дјела у име, за рачун или у корист правног лица од стране физичког лица. Али, како закон одговорност правног лица за кривично дјело везује за дјело физичког лица учињено у име, за рачун или у корист правног лица, а не и за њену кривичну одговорност, може се рећи да Кривични закон Републике Српске усваја лимитирану изведену одговорност правног лица особе за кривично дјело.³² Правно лице је, у смислу овог закона, Република Српска, град, општина, мјесна заједница, сваки организациони облик привредног друштва и сви облици повезивања привредних друштава, установа, институције за вршење кредитних и других банкарских послова, за обезбјеђење имовине и лица, као и друге финансијске институције, фонд, политичке организације и удружења грађана и други облици удруживања који могу да стичу средства и да

³⁰ Кривични закон Републике Српске, „Службени гласник РС”, број: 49/03, измене и допуне: 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12.

³¹ Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске”, број: 53/12.

³² Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини. (2005). Сарајево: Европска комисија, стр. 462-463

их користе на исти начин као и свака друга институција или орган који остварује и користи средства и којем је законом признато својство правног лица. Поред тога, законом је остављена могућност да се, под условима прописаним законом (дакле, не само овим законом), за одређена правна лица искључи или ограничи примјена појединих казни или других кривичноправних санкција које се могу изрећи правним лицима. Надаље, регулисано је тзв. просторно важење одредаба Кривичног закона Републике Српске о одговорности правних лица за кривична дјела. Из одредбе произилази да је као основно правило за примјену одредаба овог закона о одговорности правних особа за кривична дјела према мјесту извршења кривичног дјела, као и у погледу осталих одредаба овог закона, прихваћен, тзв. територијални принцип. Такође, утврђен је принцип пасивног персоналитета, по којем се одредбе ове главе овог закона, као и остале одредбе овог закона, примјењују и када је кривично дјело учињено изван Републике Српске, ако је кривично дјело учињено против Републике Српске, њених држављана или домаћих правних лица.³³

Основ одговорности правног лица за кривично дјело је повезаност правног лица с учињеним кривичним дјелом. У Кривичном закону се одређују критерији на основу којих се утврђује та повезаност а, самим тим и одговорност правног лица за кривично дјело. Из текста одредбе видљиво је да закон поставља два услова који морају кумулативно бити испуњени да би се успоставила одговорност правног лица за кривично дјело. Први услов односи се на дјеловање извршиоца кривичног дјела, на карактеристике тог дјеловања, а други на дјеловање руководећих и надзорних органа правног лица.³⁴ Тако је правно лице одговорно за кривично дјело које је учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица када обиљежје учињеног кривичног дјела произилази из закључка, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица. Овај допринос састоји се у доношењу одлука (закључка или налога) руководећих или надзорних органа које имају обавезан усмјеравајући правац за дјеловање учиниоца односно у доношењу одлуке (одобрења) којом

³³ Основ који оправдава важење овог кривичног закона и у оваквим случајевима јесте потреба да се заштите правна добра Републике Српске, њених држављана или домаћих правних лица и у случају њихове повреде или угрожавања кривичним дјелима учињеним изван Републике Српске.

³⁴ Први услов за успостављање одговорности правног лица за кривично дјело јесте да је учинилац кривично дјело учинио у име, за рачун или у корист правног лица. Тражи се установљење основа по коме се радња учиниоца и њени ефекти могу приписати одређеној правном лицу. Неопходно је да постоји околност која учињено кривично дјело учиниоца везују уз конкретну правно лице и то тако да се ефекти радњи учиниоца правно приписују правном лицу. Та околност је овлашћење учиниоца да дјелује у име, за рачун или у корист правног лица. Други услов за одговорност правног лица за кривично дјело је допринос њених руководећих и надзорних органа чињењу кривичног дјела. Руководећи или надзорни органи правног лица, који, по свом саставу, могу бити индивидуални или колективни, су органи који су овлаштени за представљање правног лица, за доношење одлука у име правног лица и за вршење контроле или надзора унутар правног лица. У: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини. (2005). Сарајево: Европска комисија, стр. 462-463.

се руководећи или надзорни органи правног лица саглашавају са одређеним, већ започетим или намјераваним дјеловањем учиниоца, а које су по својој садржини такве да њихова реализација имплицира чињење кривичног дјела. **Поред тога, правно лице** је одговорно за кривично дјело које је учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица када су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на учиниоца или му омогућили да учини кривично дјело. Исто тако, правно лице је одговорно за кривично дјело које је учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица, када правно лице располаже са противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним дјелом. И напосљету, правно лице је одговорно и када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника. Када је ријеч о границама одговорности правног лица за кривично дјело, може се рећи да КЗ Републике Српске усваја модел лимитиране изведене одговорности правног лица за кривично дјело. Уколико постоји неки од основа искључења кривичне одговорности учиниоца кривичног дјела учињеног у име, за рачун или у корист правног лица (нпр. неурачунљивост или стварна заблуда), то није препрека за успостављање одговорности правног лица за учињено кривично дјело ако су испуњени услови прописани одредбом истог закона. Поред тога, законом су регулисана и нека специфична питања одговорности правних лица за кривична дјела при промјени статуса правног лица (стечај правног лица и престанак правног лица). Исто тако, законом је регулисана и одговорност правног лица за покушај, продужено кривично дјело и саучесништво правних лица.

Одредбама Кривичног закона одређене су врсте казни које се могу изрећи правним лицима које су оглашене одговорним за кривично дјело. Систем казни намијењених правним лицима чине три врсте казни: новчана казна, казна одузимања имовине и казна престанка правног лица. Њихов редослијед у овој законској одредби одражава њихову тежину. За разлику од новчане казне, која је законом предвиђена као казна и за физичка лица учиниоце кривичних дјела, казна одузимања имовине и казна престанка правне особе су казне које се могу изрећи само правним лицима одговорним за кривична дјела. По својој природи, односно учинцима које производе, прве двије врсте казни су имовинског карактера. Казна престанка правног лица је статусног карактера, али и њено изрицање има имовинске импликације. За разлику од новчане казне која се изриче физичким лицима, учиниоцима кривичних дјела, за коју закон одређује да се изриче у дневним износима, а, само ако то није могуће, да се може изрећи у одређеном износу, правним лицима се новчана казна увијек изриче у одређеном износу. Казна одузимања имовине може се изрећи само за тежа кривична дјела. Она се може изрећи правном лицу који је оглашен одговорним за кривично дјело с прописаном казном затвора од пет година или тежом казном. Поред тога, одређено је да се ова казна може изрећи у три облика: одузимање половине имовине, одузимање већег дијела имовине или одузимање цјелокупне имо-

вине правне особе.³⁵ Закон не дозвољава изрицање ове казне у обиму који не достиже половину имовине правног лица. Најтежа законом предвиђена казна за правна лица је казна престанка правног лица. Њено изрицање није условљено тежином кривичних дјела за које је правно лице оглашено одговорним, него утврђењем суда да је дјелатност правног лица у цијелости или у претежној мјери кориштена за чињење кривичних дјела. Овако одређен услов за изрицање ове казне претпоставља утврђење суда да је незаконито дјеловање правног лица опредјељење њених руководећих или надзорних органа и да правно лице у ствари не дјелује у правцу остварења циљева ради којих је основано и за које је регистровано. Такође, предвиђено је да се уз казну престанка правног лица може изрећи казна одузимања имовине. Кумулативним изрицањем ових двију казни отклања се могућност да по окончању ликвидационог поступка, до којег је дошло због изрицања казне престанка правног лица, у случају када након измирења повјериоца правног лица преостане још нека имовинска вриједност, чланови правног лица, чија је дјелатност у цијелости или у претежној мјери кориштена за чињење кривичних дјела, намире се из преостале имовине. Исто тако, законом је прописано да ће уз казну престанка правног лица, суд предложити отварање поступка ликвидације тог правног лица. Поред наведеног законом је прописано и одмјеравање казне правном лицу, изрицање условне осуде правном лицу, мјере безбједности за правна лица, забрана обављања одређење привредне дјелатности, одузимање имовинске користи од правног лица, правне посљедице осуде правног лица и застарјелост кривичног гоњења и извршење кривичних санкција изречених правним лицима.

ПРИЈЕДЛОГ *DE LEGA FERENDA* ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ОВЕ ОБЛАСТИ

Иако регулисање одговорности правних лица за кривична дјела на наведени начин представља значајан допринос ипак, прихватимо ставове оних аутора који сматрају да овакво уређивање одговорности правних лица за кривична дјела није најбоље рјешење.³⁶ Због бројних специфичности правног лица као субјекта кривичног дјела, ову материју је требало регулисати изван кривичног законодавства у ужем смислу. Ово није само због разлога правне догматике, већ због чињенице да се изузеци увођења објективне одговорности у кривично право, колективног кажњавања и сличних института, носе одређену опасност да се ти изузеци примијене и на друге сличне ситуације. Поред наведеног, посебна

³⁵ С обзиром на законом прописане облике казне одузимања имовине, да би се ова казна изрекла неопходно је утврдити шта чини имовину правног лица и вриједност те имовине. То ће суд утврдити на основу података из пословних књига правног лица и из регистра у којем су уписана конкретна правна лица. Под имовином правног лица подразумијевају се новчана средства, ствари (покретне и непокретне), права, као и правни акти или документи којима се доказује власништво или право на имовини.

³⁶ Тако: Икановић, В. (2010). Одговорност правних лица за кривична дјела – докторска дисертација, Ниш: Универзитет у Нишу, Правни факултет.

глава о одговорности правних лица не чини са осталим дијеловима јасно повезану и чврсту цјелину. Она више дјелује издвојено, скоро као и да не припада том закону. С тим у вези, а узимајући у обзир чињенице о корпоративном криминалитету (прије свега друштвену опасност и штетност), усвојеним међународним стандардима, те полазећи од тога да све више европских земаља, као и земаља региона посебно регулише одговорност правних лица за кривична дјела, а ради усклађивања кривичног законодавства, намеће се потреба уређивања ове области (одговорност правних лица за кривична дјела) на систематичнији начин. Прије свега, мисли се на доношење посебног законског прописа (*lex specialis*) којим би се прописали услови и границе кривичне одговорности правних лица за кривична дјела, уредио поступак утврђивања кривичне одговорности, те прописале кривичне санкције које би се примјењивале према правним лицима. Дакле, аутори се залажу за систематизацију одредаба материјалног, процесног и извршног карактера којима би се уредила недостајућа, или боље речено недовољно уређена, област одговорности правних лица за кривична дјела. На овај начин заокружио би се систем казнене одговорности правних лица за кривична дјела.

У наведеном смислу, приједлог Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, обухватао би сљедеће: основ одговорности правног лица за кривична дјела, границе одговорности правног лица за кривична дјела, кривичне санкције које се примјењују према правним лицима и кривични поступак у коме се санкције изричу. Постојеће рјешење у Кривичном закону Републике Српске о одговорности правних лица за кривична дјела, могао би да послужи као добра основа посебном законском пропису који би регулисао одговорност правних лица за кривична дјела. Поред тога, нужно би било унијети и додатне измјене постојећих рјешења, како би се она учинила прецизнијим, јаснијим те примјењивијим у кривичним поступцима против правних лица одговорних за кривична дјела. У том смислу износимо три групе приједлога. Као прво, основ одговорности правног лица *de lege ferenda* би требао да се заснива на кривици и то сопственој (аутономној) кривици правног лица, а не, како је то сада предвиђено, на тзв. изведеној одговорности правног лица. Наиме, у упоредном праву, као и у иностраној теорији, све више је залагања за увођење аутономне одговорности правног лица, чија је основа да правно лице може и мора аутономно кривично да одговара за учињена кривична дјела. Друго, када је ријеч о кривичним дјелима, наш законодавац се определијелио за одређивање кривичних дјела која могу учинити правна лица водећи рачуна да кривично дјело може да буде извршено у име, за рачун или у корист правног лица. У том смислу најважнија примједба се односи на недоследност законодавца у избору кривичних дјела за која може одговорати правно лице.³⁷ Због тога сматрамо

³⁷ О недостацима овог модела рјечито свједоче искуства земаља које су га изворно прихватиле, да би га касније замијениле системом генералне клаузуле. Тако се у француском праву од 31. децембра 2005. године, умјесто начела специјалитета (*le principe de spécialité*) које се заснива на таксативном навођењу кривичних дјела, примјењује одредба која дозвољава прогон правних

примјењивији систем генералне клаузуле који предвиђа одговорност правних лица за сва кривична дјела која му, с обзиром на њихову природу или врсту прописане санкције, могу бити стављена на терет. Тако би требало прописати да правна лица могу одговарати за кривична дјела из посебног дјела Кривичног закона и других закона, ако су испуњени законом прописани услови за одговорност правног лица. Први дио наведене законске одредбе је начелног карактера и представља основ за одговорност правног лица за било које кривично дјело прописано у Кривичном закону или споредном кривичном законодавству, док би завршни дио одредби био од кључног значаја за могућност „приписивања“ одређеног кривичног дјела правном лицу, јер су у питању посебни услови који су неопходни за примјену законских одредаба о одговорности правног лица за кривична дјела. Поред тога, умјесто прешироко постављеног, неодређеног и не-прецизног основа да правно лице одговара за кривично дјело сваког учиниоца потребно је прописати да је оно одговорно за кривично дјело одговорног лица. На овај начин би ову формулацију ускладили са осталим одредбама, с обзиром да оне и суштински упућују на одговорно лице. Треће, захтјев да дјелатност правног лица буде у цјелини или у знатној мјери у функцији вршења кривичних дјела јесте основна претпоставка за изрицање казне престанка правног лица, као најтеже казне, што је донекле спорно, јер се поставља питање како треба разумјети појам дјелатност правног лица. Прихватимо ставове аутора који сматрају да је потребно да дјелатност правног лица буде у цјелини или у знатној мјери у функцији обављања криминалних активности. Дјелатност која је у цјелини усмјерена на вршење кривичних дјела представља неопходан услов криминалне дјелатности. Поред тога, могућност изрицања казне престанка правног лица постоји и ако је дјелатност правног лица у знатној мјери у функцији вршења кривичних дјела, што је *questio facti* које би требало процјењивати према околностима датог случаја.³⁸

Наравно, и поред реченог, свјесни смо чињенице да регулисање одговорности правних лица за кривична дјела на напријед наведени начин неће бити без дилема. Томе ће сигурно допринијети и недостатак судске праксе по овом питању. Ипак, искуства многих европских земаља, али и земаља из региона, могу бити од велике помоћи, како би се неке од дилема на вријеме отклониле, а неке предупредиле, те створили што повољнији услови за што ефикаснију примјену прописа којима се регулише одговорност правних лица за кривична дјела.

лица за сва кривична дјела, изузев оних из области штампе и аудиовизуелних комуникација. Према: Cartier, E. M. (2005): Казненоправна одговорност правних особа у француском праву, Хрватски летопис за казнено право и праксу, вол. 12, бр. 2, Загреб, стр. 285, 286. У: Илић, Г. (2010). Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Crimena*, (1) 2/2010, стр. 246–256

³⁸ Илић, Г. (2010). Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Crimena*, (1) 2/2010, стр. 246–256

ЗАКЉУЧАК

Корпорације, као правна лица, формирана ради учешћа у правном и пословном животу, су реалност. Исто тако, реалност је и чињеница да корпорације у свом дјелању могу вршити кривична дјела, односно кршити позитивноправне прописе, ради стицања и увећања профита. Поред тога, корпорације, као правна лица, могу чинити и одређене незаконитости које се могу манифестовати кроз њихову организацију која није усклађена са одговарајући правним прописима, пропуштање вршења дужног надзора над радом одговорних лица, непредузимање потребних превентивних мјера, и многе друге радње. У прилог наведеном указују и многи судски поступци који се воде против водећих свјетских корпорација, при чему се посљедице огледају у вишемиллионским, па чак и милијардама евра штете. Због тога је врло важно адекватно уређивање питања одговорности корпорација за извршена кривична дјела. Утврђивањем основа и граница одговорности правних лица за кривична дјела, кривичних санкција и кривичног поступка, у посебном законском тексту би се додатно систематизовале одредбе материјалног, процесног и извршног кривичног права, те унаприједила и њихова примјена.

Неспорно је залагање аутора ка систематском уређењу одговорности правних лица за кривична дјела. Ипак, много важније од тога јесте питање примјене прописа. Заправо и актуелним кривичним законом регулисано је ово питање, али његова примјена није на задовољавајућем нивоу. Због тога је неопходно, не само систематски уредити овај посебан предмет, већ почети и озбиљније примјењивати постојеће инкриминације, чиме се може дати значајан допринос у супротстављању корпоративном криминалитету, укључујући наравно и кривична дјела са елементима корупције будући да се ова кривична дјела често врше користећи постојеће структуре правних лица.

ЛИТЕРАТУРА

- Albanese, J. (2004). *Organized Crime in Our Times*, Anderson Publishing Co, Cincinnati
- Barakan, S. (2006). *Criminology: a sociological understanding*, 3^{ed}. New Jersey: Pearson, Prentice Hall.
- Banović, B. (2002). *Obezbeđenje dokaza u kriminalističkoj obradi krivičnih dela privrednog kriminaliteta*, Zemun: Viša škola unutrašnjih poslova,
- Berg, L. B. (2008). *Criminal Investigation*. New York: McGraw Hill.
- Bošković, M. (2009). *Privredna kriminalistika*. Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu.

- Vučković, B., Vučković, V. (2011). Odgovornost pravnih lica za krivična djela. *Pravna riječ*, br. 29/2011. Banja Luka: Udruženje pravника.
- Gobert, J. & Punch, M. (2003). *Rethinking Corporate Crime*. London: Butterworths
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 53/12
- Durđević, Z. (2003). Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (Zagreb), Vol. 10, br. 2.
- Frank, N., Lynch, M. (1992). *Corporate Crime, Corporate Violence: A Primer*. New York: Harrow and Heston.
- Fijnaut, C., Paoli, L. (2004). *Organised Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht.
- Ikanović, V. (2010). Odgovornost pravnih lica za krivična djela – doktorska disertacija, Niš: Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet.
- Ilić, G. (2010). Marginalije uz Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, *Crimena*, (I) 2/2010.
- Ignjatović, Đ. (2007) *Kriminologija*, Beograd: Nomos.
- Keковић, Z., Милошевић, М. (2011). Криминалитет корпорација – криминолошки и културолошки аспекти. *Социолошки преглед*, vol. XLV, no. 1.
- Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 43/03 izmene i dopune: 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12.
- Kramjer, R. (1984). Corporate Criminality: The Developmetn of an Idea. In. Hochstidler Ellen (ed.). *Corporations as Criminals*. Beverly Hills, CA: Sage Publications.
- Korsell, L. (2002). Economic crime, *Crime Trends in Sweden 1998–2000*. Stockholm: National Council for Crime Prevention;
- McLaughlin, E. & Muncie, J. (2006). *The SAGE Dictionary of Criminology*. London: Sage Publications Ltd.
- Mokhiber, R. (1988). *Corporate Crime and Violence: Big Business Power and the Abuse of Public Trust*. San Francisco: Siera Club Books.
- Recommendation No. R (81) 12 Of The Committee Of Ministers To Member States On Economic Crime, (Adopted by the Committee of Ministers on 25 June 1981 at the 335th meeting of the Ministers’ Deputies). Dostupno putem interneta: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=600157&SecMode=1&DocId=672338&Usage=2> Pristupljeno: 30. januara, 2013.
- Recommendation no. R (88) 18 of the committee of ministers to member states concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities. Dostupno putem interneta: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.Cm>

- dBlobGet&IntranetImage=233230&SecMode=1&DocId=698704&Usage.
Pristupljeno: 30. januara, 2013.
- Hunter, R. D. & Dantzker, M. L. (2002): *Crime and criminality: causes and consequences*. New Jersey: Prentice Hall.
- Schlegel, K. (1990). *Just Deserts for Corporate Criminals*. Boston: Northeastern University Press.
- Stojanović, Z., Kolarić, D. (2010). *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Sutherland, E. (1949). *White Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Clinard, B. M. & Yeager, P.C. (2006). *Corporate Crime*. New Jersey: Transaction Publishers.
- Šikman, M. (2011). *Organizovani kriminalitet*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.
- Šikman, M. (2013). Corporate Crime - New Approaches and Future Challenges. Ed. Čaleta, D., Vršec, M. *Management of Corporate Security – New Approaches and Future Challenges*. Ljubljana: Institut of Corporate Security.
- Šuput, J. (2009). Odgovornost pravnog lica za krivična dela. *Strani pravni život*, 1/2009, Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini. (2005). Sarajevo: Evropska komisija.

CORPORATE CRIME AND LIABILITY OF LEGAL ENTITIES FOR CRIMINAL OFFENCES

Summary

Corporate crime does not represent a new type of crime. Its genesis can be observed in the existence and activities of legal entities that result in illegality within the legal business with the aim to provide illegally obtained gains (primarily profit). As such, this criminal phenomenon occurs in all countries (the developed, the less developed, countries in transition, as well as undeveloped countries), and it has a remarkable ability to use the favorable conditions to be infiltrated in and skillfully adapted to the specific social, political, and economic situation, not only within the country but also on the international scene, which makes its consequences far-reaching in terms of economic and political stability of the country. Thus, corporate crime has not “bypassed” this region, too. However, different socio-economic and political systems at the national level also affect the perception of corporate crime, but also cause different forms of corporate crime to be manifested. That is why there are different views of corporate crime, whereas certain negative social phenomenon in one country are classified as corporate crime, while such criminal activities in other countries hold no such qualification. Taking into consideration this fact, some theorists who deal with this problem, exclusively associate it with the country of its origin. It is also important to note that the definition of corporate crime is aggravated by the various judicial and prosecutorial systems in different countries, but also different approaches to investigating methods and activities which are undertaken in order to detect and investigate criminal acts of corporate crime, as well as its strong association with white-collar, organized and economic crime. In addition, some of the characteristics of corporate crime indicate the inability to create, solely on the basis of official statistics, a realistic image of the situation, structure and movement of the corporate crimes and “white-collar” crimes, since the current difficulties in the detection of these crimes and providing evidence lead to the emergence of the “dark figure” of crime which is not negligible. In this context, a key issue is to discover, clarify and prove these crimes. This primarily refers to the settling of the conditions to enable the liability of corporations (legal entities) for criminal offenses, imposture of criminal sanctions to corporations (legal entities), as well as the procedure where these two and other issues of importance for the control of this criminal phenomenon can be executed. In the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina, the liability of legal persons for criminal offenses is regulated in the Code of Criminal Procedure, making us the only country in the region that does not have a separate piece of legislation that would regulate this area. Therefore, it seems reasonable to consider the regulation of this important segment in a better way.

Keywords: *corporate crime, white-collar crime, organized crime, economic crime, criminal offence, the liability of legal persons for criminal offenses.*

ALTERNATIVNE SANKCIJE I PROBACIJSKI SISTEM U SRBIJI

Dr Zoran M. Stevanović*

Jasmina Igrački, MA**

Apstrakt: U radu se analizira korišćenje alternativnih krivičnih sankcija u kaznenom sistemu Srbije, vrste alternativnih sankcija i problemi u praksi, kao i organizacija službi za sprovođenje, tj. realizaciju takvih aktivnosti. Alternativne sankcije su uvedene u naš krivični sistem 2006, odnosno 2009. godine, donošenjem Krivičnog zakonika¹ i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija². Pod alternativnim sankcijama smatraju se nove sankcije ili mere (vaspitno-obrazovne, medicinsko-terapijske, radno-okupacione i sl.) koje se primenjuju u zajednici u cilju izbegavanja negativnih zatvorskih efekata i stigmatizacije prestupnika. Istovremeno, ove sankcije stvaraju povoljnije uslove za uspešniji proces integracije prestupnika u društvo. Ministarstvo pravde Republike Srbije potpisalo je ugovor sa 141 privatnom firmom, preduzećima u državnom sektoru, ustanovama kulture i centrima za socijalni rad, u kojima se izvršavaju vaninstitucionalne sankcije. U Srbiji je u 2012. godini na alternativnu kaznu osuđeno 820 lica, a u prvoj polovini 2013. godine izrečeno je 410 vanzatvorskih sankcija.

Za efikasno izvršenje alternativnih zatvorskih sankcija neophodan je visok stepen organizacije praćenja i kontrole lica kojima je izrečena neka od sankcija i mera. U tom cilju u razvijenim kaznenim sistemima postoje posebne službe – probacijska služba, koja u potpunosti kontroliše izvršenje ovih sankcija i o svim detaljima u postupku izvršenja obaveštava nadležne organe (nadležan sud, tužilaštvo, ministarstvo pravde, upravu za izvršenje krivičnih sankcija i druge državne organe). U Srbiji probacijska služba je u početnoj fazi razvoja³, a sada te poslove obavlja Uprava za izvršenje krivičnih sankcija – odeljenje za tretman i alternativne sankcije, preko poverenika koji rade na terenu.

Ključne reči: Alternativne sankcije, sankcije u zajednici, probacijska služba, poverenik, odeljenje za tretman i alternativne sankcije, međunarodni standardi.

* Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд

** Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд

¹ “Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005, ispr., 107/2005, ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

² “Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011).

³ Sačinjen je Predlog zakona o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera u Srbiji.

Uvodno razmatranje

Savremenu politiku kažnjavanja karakteriše, pored ostalog, sve prisutnija tendencija proširenja obima i vrste krivičnih sankcija, a posebno uvođenje različitih parapenalnih sankcija i mera. To su krivične sankcije koje su alternativa ili supstituti kazne zatvora, posebno u kratkom trajanju. Kao alternativne, smatraju se mere koje se preduzimaju u cilju rešavanja krivične stvari pre pokretanja ili u toku krivičnog postupka, ali bez izricanja zakonom propisane krivične sankcije. Uvođenje alternativnih sankcija u krivičnopravni sistem pojedinih zemalja predstavlja rezultat donošenja niza međunarodnopravnih akata koji imaju za cilj da ublaže ili umanje retributivni karakter kazni. Među tim dokumentima posebno se izdvajaju: (1) Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili iz zatvora uslovno puštenim osuđenima, iz 1964. godine, (2) Rezolucija Saveta Evrope o uslovnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvoru, iz 1965. godine, (3) Rezolucija Saveta Evrope broj 10 o nekim penalnim merama alternativnim zatvoru, iz 1976. godine, i (4) Preporuka Saveta Evrope broj 16 o društvenim sankcijama i merama, iz 1992. godine.⁴

Efekti kazne zatvora pokazuju skromne rezultate u procesu menjanja kriminalnog obrasca ponašanja kod delinkvenata, recidivizam se iz godine u godinu sve više povećava, posledice koje zatvor ostavlja na zatvorenika su sve izraženije na mentalno i fizičko stanje, a pooštavanje kaznene politike dovelo je do prenatrpanosti zatvora i pojačane kriminalne infekcije. U takvim okolnostima nastala je ideja o potrebi proširenja lepeze krivičnih sankcija i mera kako bi se mogla adekvatnije i „finije“ odmeravati sankcija prema individualnim svojstvima svakog prestupnika. Sve te okolnosti su uticale na promovisanje sankcija koje treba da budu alternativa kazni zatvora. Sledeći tu ideju, Ujedinjene nacije su još 1990. godine donele Standardna minimalna pravila za vaninstitucionalne sankcije, na osnovu kojih je donesen niz dokumenata kojima se promovišu, uređuju i izvršavaju alternativne sankcije, tj. sankcije koje se realizuju u zajednici.

U Evropi se o ovom pitanju intenzivno raspravlja počev od 60-ih godina XX veka, kada se shvatilo da je kazna zatvora postala dominantna sankcija, a da nema očekivanih efekata na prevenciju kriminaliteta. Već tada se pojavila ideja da raspon krivičnih sankcija treba proširiti i uključiti socijalnu sredinu – zajednicu. Taj vid kažnjavanja prestupnika podrazumevao je iznalaženje vaninstitucionalnih kazni za prestupnike koji su učinili lakša krivična dela. Ta ideja je dobijala na svojoj aktuelnosti i zato što je kazna zatvora postala jako skupa, kriminalna infekcija sve izraženija, efekti kazne zatvora sve skromniji, recidivizam sve veći, stigmatizacija prestupnika ostavljala je ozbiljne posledice i sl. Iz tih razloga, pored ostalog, u politici kažnjavanja sve je prisutnija tendencija za primenom različitih parapenalnih sank-

⁴ Jovašević, D. & Stevanović, Z. (2011), Kazne kao oblik društvene reakcije na kriminal, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 55-60.

cija i mera. Kao alternativne, smatraju se mere koje se preduzimaju u cilju rešavanja krivične stvari pre pokretanja ili u toku krivičnog postupka, ali bez izricanja zakonom propisane krivične sankcije. Uvođenje alternativnih sankcija u krivičnopravni sistem pojedinih zemalja predstavlja rezultat donošenja niza međunarodnopravnih akata koji imaju za cilj da ublaže ili umanje retributivni karakter kazni.⁵ Savet Evrope je još 70-ih godina XX veka usvojio nekoliko preporuka i rezolucija kojima preporučuje svojim članicama da se u krivičnim zakonodavstvima smelije uvode alternativne krivične sankcije. Godine 1976. doneta je rezolucija o određenju alternativnih kaznenih mera za zamenu zatvora⁶, a 1992. godine Savet je izdao preporuke⁷ o evropskim pravilima o sankcijama i merama, koje po prvi put predviđaju sveobuhvatnost pravila o primeni i sprovođenju sankcija. Posebne preporuke se bave uslovnim otpustom.⁸ U 2000. godini usvojena je dopuna preporuka iz 1992. godine, usmerena na poboljšanje Primene evropskih pravila o alternativnim sankcijama i merama u zajednici.⁹ Savet Evrope je 1999. godine doneo Preporuke o prenatrpanosti zatvora i zatvorske populacije¹⁰, gde ponavlja svoj stav da bi zatvorske kazne trebalo da budu poslednje sredstvo i da bi alternativne sankcije trebale da budu izborne kazne, osim u slučaju da težina zločina isključuje svaku kaznu, osim kazne zatvora.

Činjenica da značajan broj prestupnika neće ponovo vršiti krivična dela, učvrstio je stav o potrebi dvosmerne kaznene politike – jedne retributivne sa strogim zatvorskim kaznama za teške kriminalce, i druge, kaznene politike za prestupnike koji su učinili lakša i društveno manje opasna krivična dela i koji nisu strukturirani kao kriminalne osobe. Za njih su alternativne krivične sankcije i mere dovoljne da se ostvari svrha kažnjavanja. Kaznu zatvora treba izricati prestupnicima koji su u ozbiljnim kriminalnim vodama, kojima je potrebna dugotrajna izolacija i poseban tretman i gde je veći rizik za recidivizam.

Alternativne sankcije i probacijske službe - pozitivna međunarodna iskustva

U dodatku Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope¹¹ o konzistentnosti pri kažnjavanju, usvojene 19. oktobra 1992¹², ukazuje se na potrebu da krivična zakonodavstva zemalja članica razmotre mogućnost zamene vremenski kratkih zatvorskih kazni alternativnim vidovima kazni za određena krivična dela. Okvirna odluka

⁵ Jovašević, D., Stevanović, Z. (2011), Kazna kao oblik društvene reakcije na kriminalitet, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

⁶ Rezolucija (76,10).

⁷ Preporuka (Rec. R (1992) 16).

⁸ Preporuka (Rec. R (2003) 22).

⁹ Preporuka (Rec. R (2000) 22).

¹⁰ Preporuka (Rec. R (1999) 22).

¹¹ Br. R (92) 17.

¹² <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=574891&SecMode=1&DocId=605184&Usage=2>

Saveta¹³ o primeni principa uzajamnog priznavanja presuda i uslovnih osuda u pogledu nadzora mera uslovne slobode i alternativnih sankcija¹⁴ uticala je na uzajamno usklađivanje krivičnih zakonodavstava država članica EU u pogledu uvođenja alternativnih kazni za krivična dela, odnosno kazni koje se mogu služiti van zatvora.¹⁵ U parapenalne mere, najčešće, ubrajaju se: naknada štete, ambulanti tretman, upućivanje na obuku, društveno korisni rad, vikend zatvaranje, kućni zatvor, elektronski nadzor i sl. Evropska unija je još 1986. godine dala izveštaj u kome se navode mere koje su alternativa kazni zatvora, a koje se primenjuju u zemljama članicama. Tako, postoje modifikovane institucionalne sankcije u koje spadaju: poluzatvaranje, upućivanje na posao, zatvaranje vikendom, kućni pritvor, izdržavanje kazne u drugoj instituciji (bolnica, centar za odvikavanje od zavisnosti). Druga grupa alternativnih sankcija su vaninstitucionalne sankcije u koje spadaju: novčane kazne, sankcije koje ograničavaju ili oduzimaju neka prava (oduzimanje vozačke dozvole, konfiskacija, restitucija, zabrana obavljanja poziva), vaspitne mere, moralne sankcije (sudska opomena, posebne obaveze), supervizija. Posebnu grupu alternativnih sankcija čine mere probacije, kao i neplaćeni rad u zajednici. U mere koje se odnose na odlaganje izvršenja kazne spadaju: odlaganje izvršenja institucionalne kazne, odlaganje izricanja presude i neizricanje sankcije. Često se u pojedinim zemljama koriste alternativne sankcije, kao što su: medijacija, tj. pomirenje žrtve i učinioca dela, često praćena restitucijom; restitucija ili kompenzacija, koja se ispoljava kroz plaćanje štete, popravljavanje uništenog objekta, rad za žrtvu kao popravljavanje. Postoje i drugi modaliteti alternativnih sankcija, kao što su: dnevne novčane kazne, rad u zajednici (neplaćeni rad u zajednici kao reparacija žrtvi ili zajednici, izražava se u satima rada u određenom razdoblju), upućivanje u dnevne centre i povećanja supervizije, elektronski nadzor (elektronska narukvica ili telefonski pozivi), intenzivni programi supervizije, vojnički kampovi (*boot camps*): dizajnirani za mlade punoletne prvoosudene učinioce krivičnih dela – “šok-terapija” sa vojničkim strogim režimom.¹⁶

Zemlje Evropske unije, takođe, imaju problem sa prenatrpanošću zatvora, što donosi ozbiljne probleme po pitanju ljudskih prava zatvorenika, organizacije izvršenja kazne, očuvanju bezbednosti i sl. Penalni populizam utiče na izricanje kazne lišenja slobode i u slučajevima kada za to nema razloga, jer se u takvom ambijentu često zaboravlja da je kazna zatvora krajnja mera, a ne prioritet, u izricanju krivičnih sankcija. Kazna zatvora se, uglavnom, izriče za učinioce teških krivičnih dela, za recidiviste i za one počinioce krivičnih dela koji moraju biti izolovani iz

¹³ EU 2008/947/JHA od 27. novembra 2008.

¹⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33282_en.htm

¹⁵ Ovo istraživanje je uradila Biblioteka Narodne skupštine za potrebe rada narodnih poslanika i službe Narodne skupštine. Za više informacija molimo da nas kontaktirate putem telefona 3026-532 i elektronske pošte istrazivanja@parlament.rs. Istraživanja koja priprema Biblioteka Narodne skupštine ne odražavaju zvanični stav Narodne skupštine Republike Srbije.

¹⁶ Stevanović, Z., Igrački, J. (2011), “Efekti kazne zatvora i institucionalnog tretmana u prevenciji kriminaliteta”, *Pravna riječ*, br. 2, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, str. 321.

društva, jer predstavljaju opasnost za zajednicu. Samo mali broj zemalja uspeva da odoli penalnom populizmu, odnosno da sačuva imunitet u odnosu na njega. Pratt (2007), navodi da mali broj zemalja, u svojoj politici kažnjavanja, odoleva penalnom populizmu i on posebno navodi Kanadu, Nemačku i Finsku.

Vaninstitucionalne sankcije pokazale su se znatno efikasnijim od institucionalnih (i nezanemarivo jeftinijim), jer bolje reintegrišu prestupnika u društvo, više su izdiferencirane pa se njima bolje zahvataju specifične potrebe i kriminogena područja prestupnika, čuvaju povezanost s porodicom i socijalnim okruženjem i ne donose različite posledice zatvaranja. Sve su to razlozi koji su uticali na razvijanje ideje o primeni široke lepeze krivičnih sankcija koje se sprovode u zajednici. Države Evrope danas raspolažu brojnim sankcijama i merama koje su usmerene na “rasterećenje” krivičnih procesa i zatvorskih sistema, s jedne strane, i bolju reintegraciju učinioca krivičnih dela, s druge strane. Takva orijentacija u politici kažnjavanja dovela je do potrebe za formiranje i razvoj posebnih organizacionih institucija u smislu sprovođenja sankcija i mera u zajednici. Tako je nastao termin „*probacija*“, koji označava jednu sankciju (superviziju i kontrolu osobe s uslovnom kaznom zatvora) i postepeno je “prerasla” svoje prvo značenje i danas predstavlja sve probacijske aktivnosti u različitim stadijima kaznenog postupka i izvršenju sankcija.¹⁷

U velikom broju pravosudnih sistema Evrope postoje brojne sankcije i mere koje se koriste kao zamena za kaznu zatvora. Postoji razlika između zemalja u pogledu toga koliko široko i na koji način se ove sankcije primenjuju. Ponekad se čini da se koriste kao zamena za kaznu zatvora, ali u većini slučajeva one se koriste kao alternative novčanoj kazni. Iskustva u primeni alternativnih sankcija u zemljama članicama Evropske unije ukazuju da se, u većini država u Evropi, ali i van Evrope, sve učestalije izriču prestupnicima. Na to ukazuje i podatak da trenutno u Evropi ima oko 2 miliona zatvorenika, a da je oko 3,5 miliona ljudi obuhvaćeno nekim od oblika alternativnih sankcija.¹⁸ U Nemačkoj je, u 2008. godini, vanzatsvorskim sankcijama bilo obuhvaćeno oko 225.000 prestupnika, a u zatvoru se nalazilo oko 73.000 lica.¹⁹ Takođe, u Engleskoj i Velsu, u 2010. godini, merama u zajednici obuhvaćeno je 241.500 lica, a u zatvorima je bilo oko 84.000 lica lišenih slobode.²⁰ Praksa Evropskih zemalja u primeni vanzatsvorskih mera značajno se razlikuje od zemlje do zemlje, što ukazuje da se preporuke i rezolucije Saveta Evrope, u pojedinim zemljama, nepotpuno primenjuju, pa tako imamo da se alternativne sankcije najčešće primenjuju u Finskoj, Engleskoj, Velsu i Danskoj, a najmanje u Italiji i Španiji. Prema podacima iz poslednjih godina, godišnje se u proseku, na 100.000

¹⁷ Stevanović, Z. (2012), “Ostvarivanje ideje o izgradnji probacijskog sistema u Srbiji”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3. Beograd, str. 89-90.

¹⁸ Durnescu, I (2008) ‘An exploration of the purposes and outcomes of probation in European jurisdictions’ *Probation Journal*, 55, 273-81.

¹⁹ Prema podacima federalnog statističkog zavoda.

²⁰ Prema izveštaju Ministarstva pravde Engleske i Velsa iz 2010. godine.

stanovnika, u Finskoj izriče 3885 alternativnih sankcija, u Engleskoj i Velsu 2806, Danskoj 2630, Švedskoj 1268, Nemačkoj 1067, Francuskoj 848, Italiji 370 i Španiji 298. Ovi podaci pokazuju da pojedine članice Evropske unije imaju razvijen sistem alternativnih mera koje se u značajnom obimu izriču prestupnicima i da je intencija o vaninstitucionalnom izricanju sankcija u potpunosti zaživela u praksi. Tu, svakako, prednjače Finska, Engleska i Danska, a, neočekivano, u malom obimu ove mere se koriste u Španiji, Italiji i Francuskoj, koje imaju dosta razvijen socijalni program prevencije kriminala.²¹

Hamai i sar. (1995) objavili su značajnu publikaciju *Probacija u svetu*, u kojoj konstatuju nepostojanje jasne definicije probacije u različitim kaznenopravnim sistemima i uzimaju radnu definiciju prema kojoj je probacijski sistem ako zadovoljava sledeće kriterije:

- *da je posebna organizacija* (administracija probacijskog sustava treba biti samostalna u okviru kaznenopravnog sustava),
- *da je sudska funkcija* (probacija treba da ima sudsku funkciju u kaznenopravnom sistemu i određivanje probacije osobi mora biti rezultat sudske odluke),
- *da ima zakonsku osnovu* (probacija treba da se zasniva na zakonskoj osnovi),
- *da ima ulogu supervizije* (probacija treba da obezbedi superviziju nad prestupnikom),
- *da se ostvaruje u zajednici* (probacija ne treba samo da kontroliše prestupnika, već mu treba i pomoći da se prilagodi u zajednici)²².

U gotovo svim evropskim državama legislativa vezana za probacijske aktivnosti propisana je kaznenim zakonom (Criminal Code – Belgija, Estonija, Češka, Francuska, Mađarska, Litvanija, Moldavija, Holandija, Norveška, Švedska, Švajcarska, Rumunija) ili zakonima o kaznenom pravosuđu (Criminal justice act – Irska, Engleska i Vels). U najvećem broju zemalja pozicija probacijske službe je unutar kaznenopravnog sustava i njezina konkretna uloga opisana je u zakonu o kaznenom postupku. Funkcionalni i organizacijski aspekti probacijskih sistema regulisani su različitim aktima, poput izvršnog - procesnog zakona (enforcement law – Bugarska, Danska, Litvanija, Norveška i Španija) i specijalnim probacijskim zakonima ili uredbama (probation laws or decrees – Češka, Španija (Katalonija), Austrija, Estonija, Francuska, Litvanija, Rumunija, Engleska i Vels i dr.). S obzirom na nadležnost prema uzrastu prestupnika, situacija je različita – neke probacijske službe nadležne su i za maloletnike i punoletna lica, a neke isključivo za punoletna lica. Većina zemalja ima drukčije postupanje prema maloletnicima, tako da unutar probacijske službe postoje ili posebna odeljenja (Irska, Italija) ili postoji specijalizirano

²¹ Stevanović, Z. & Igrački, J. (2013). Usklađenost primene alternativnih krivičnih sankcija u Srbiji sa Evropskim standardima, Kriminalitet, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 301-303.

²² Stevanović, Z. (2012). “Ostvarivanje ideje o izgradnji probacijskog sistema u Srbiji”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3. Beograd, str. 90-91.

osoblje koje se bavi probacijskim poslovima s maloljetnicima. Osim supervizije uslovno osuđenih, u nekim zemljama probacijske službe rade i s uslovno otpuštenim prestupnicima (Austrija, Estonija, Finska, Litvanija, Letonija, Moldavija, Holandija, Portugal, Škotska, Engleska i Vels), te sa zatvorenicima (Francuska, Luksemburg, Moldavija). Probacijske službe sve se više uključuju i u diverzijske mere (odvracanje od kaznenog postupka). Tako službe u Češkoj, Mađarskoj, Slovačkoj i dr., učestvuju u medijacijskim programima, a službe u Škotskoj, Engleskoj i Velsu daju savete vezane uz jemstvo i superviziju. Većina službi bavi se prestupnicima manje opasnih, nenasilnih delikta, koji nisu recidivisti. Izuzetak su Engleska i Vels, te Holandija, gde se probacijske službe sve više bave visokorizičnim prestupnicima s ciljem smanjenja broja zatvorenika. U smislu osnovnih ciljeva može se zaključiti da sve zemlje ističu zaštitu javnosti, procenu rizika, efikasnost izvršenja sankcija, smanjenje recidiva. U nekim zemljama i rad sa žrtvama krivičnih dela ulazi u nadležnost rada probacijskih službi (Austrija, Bugarska, Španija (Katalonija), Rumunija i Škotska)²³. Značajno je navesti postojanje Evropske organizacije za probaciju koja kao svoj cilj navodi “promociju socijalnog uključivanja počinitelaca krivičnih dela kroz sankcije i mere u zajednici, poput probacije, rada u zajednici, medijacije i mirenja. Dakle, termin probacija i probacijski sistem u evropskom kontekstu ima jasno definisano značenje – “...termin ‘sankcije i mere u zajednici’ odnosi se na sankcije i mere koje ostavljaju prestupnika u zajednici i uključuju neko ograničenje njegove slobode kroz nalaganje uslova i/ili obveza, a koje provode za to zakonski određena tela. Termin označava bilo koju sankciju koju naloži sud ili sudija i bilo koju meru koja se preduzima pre ili umesto odluke o sankciji, kao i načine izvršenja sankcije zatvaranja izvan zatvorske institucije. Premda novčane kazne pripadaju pod ovu definiciju, bilo kakva supervizijska ili kontrolišuća aktivnost preduzeta radi osiguranja njenog izvršenja, spada u ovu definiciju.” Probacijski sistem predstavlja nacionalna organizacijska rešenja uspostavljanja, strukture i funkcionisanja službi koje sprovode probacijske poslove određene nacionalnim zakonodavstvom.

Posebnu pažnju, za naš pravni sistem, zaslužuje iskustvo u uvođenju alternativnih sankcija i Probacionog sistema u kazneno zakonodavstvo Hrvatske i efekti koji se ostvaruju u toj oblasti. Hrvatska je 2009. godine donela Zakon o probaciji po kome je probacija definisana kao uslovna i nadzirana sloboda počinioca krivičnih dela, tokom koje probacioni službenici sprovode postupke usmerene na smanjenje rizika da prestupnik ponovi krivično delo. Probacijski poslovi su poslovi koji se obavljaju u cilju zaštite celokupne društvene zajednice od učinioca krivičnog dela, resocijalizacije i reintegracije prestupnika u zajednicu uticanjem na rizične faktore povezane s činjenjem krivičnih dela. U Zakonu o probaciji određeni su probacijski poslovi, i to:

- nadzor izvršavanja obveza prema rešenju državnog tužioca kada odlučuje o kaznenom progonu prema načelu svrsishodnosti,

²³ Kovčo, V., & Rajić, S. Balenović, M. (2009). Uspostava probacijskog sustava - novi izazov za Hrvatsku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 16, broj 2, str. 711-751.

- izrada izveštaja na traženje državnog tužioca,
- izrada izveštaja za određivanje mera osiguranja prisutnosti okrivljenog i mera opreza, te za izbor vrste i mere kaznenopravne sankcije,
- izvršavanje zaštitnog nadzora izrečenog uz uslovnu osudu, uz rad za opšte dobro, uz uslovni otpust i po punom izvršenju kazne zatvora,
- pribavljanje pristanka na zamenu kazne zatvora radom za opšte dobro, te organizovanje i nadziranje izvršavanja rada za opšte dobro,
- izrada izveštaja zatvoru, odnosno kaznionici, kada za to postoji potreba,
- izrada izveštaja sudu u postupku odlučivanja o prekidi izvršavanja kazne, te uslovnom otpustu,
- nadzor uslovno otpuštenog osuđenika, i
- organizovanje i nadziranje izvršavanja posebnih obveza iz Kaznenog zakona i obveza iz Zakona o kaznenom postupku.

Probacijski postupak uključen je u sve faze kaznenog postupka, od kaznenog progona, pa sve do izvršavanja zatvorske kazne. Najveći deo poslova u programu probacije, čak 95 %, odnosi se na postupke izvršavanja alternativnih sankcija – uslovna kazna pod zaštitnim nadzorom, te rad za opšte dobro na slobodi. Probacijske poslove u kancelarijama za probaciju obavljaju državni službenici koji su zaposleni u Upravu za probacije. Radi izvršavanja probacijskih poslova, kancelarija za probaciju donosi pojedinačne programe postupanja. Taj program obuhvata identifikaciju činjenica koji su kriminogeno uticali na izvršenje krivičnog dela, mere usmerene na njihovo otklanjanje, kao i metode i rokove za njihovo sprovođenje. Probacijski službenici podnose niz izveštaja nadležnim organima u postupku odlučivanja o krivičnom progonu, izricanju mera i odluka koje određuju status prestupnika. Krajem 2011. godine u Hrvatskoj je doneto 2.908 presuda kojima su izrečene neke od alternativnih sankcija, i to: 509 presuda uslovne osude sa zaštitnim nadzorom i 2.399 presuda rada za opšte dobro na slobodi. U oktobru 2012. godine izrečeno je 467 presuda uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, a izvršeno je 158 presuda, 43 presude čekaju izvršenje, dok su kod rada za opšte dobro na slobodi u radu 1.402 presude, izvršeno je 595 presuda, a na izvršenje čekaju 1.343 presude. No, u 2012. godini kancelarije su započele obavljanje i drugih, zakonom propisanih, probacijskih poslova, kao što su uslovni otpust, prekidi kazni zatvora, obveze po rešenju državnog tužioca, izveštavanje o žrtvama krivičnih dela i sl. U Hrvatskoj postoji 12 probacijskih kancelarija, a planirano je zaposlenje 150 službenika, plus 320 poverenika koji bi činili probacijsku službu. Dinamika prijema ide sporije zbog organizacionih, a pre svega finansijskih poteškoća. Koliko je ozbiljnost probacijskih poslova važna i ozbiljna služba u kaznenom sistemu jedne zemlje, pokazuju i podaci da je u austrijskom probacijskom sistemu zaposleno oko 250 službenika, a da je broj korisnika probacije oko 7500 osoba i da se za probacijski sistem godišnje troši oko 20 miliona evra.

Razvoj alternativnog kažnjavanja i probacijske službe u Srbiji

Uvođenje alternativnih sankcija, odnosno, probacijskog sistema u krivično-pravni sistem u Srbiji, jeste potreba za humanizacijom izvršenja krivičnih sankcija s ciljem smanjenja rizika od recidivizma kroz resocijalizaciju i reintegraciju prestupnika. Uspostavljanjem probacijskog sistema Srbija se pridružuje zemljama sa dugom tradicijom postojanja probacijskog sistema i prihvatanje međunarodnih standarda u prevenciji kriminaliteta. Iskustva zemalja koje imaju razvijen sistem alternativnih sankcija pokazuju da su efekti takve kaznene politike višestruko pozitivni u pogledu smanjenja recidivizma, smanjenju broja zatvorenika i značajnom smanjenju troškova u oblasti izvršenja krivičnih sankcija.

Krivični zakonik, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, koji su stupili na snagu 01.01.2006. godine, po prvi put u odnosu na sisteme sankcija, uvode i daju važno mesto vanzavodskim - tzv. alternativnim sankcijama. Krivični zakonik uvodi vaninstitucionalne sankcije: kazna rada u javnom interesu, uslovna osuda i uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom. Kazna rada u javnom interesu predviđena je i u Zakonu o prekršajima. Uvođenje alternativnih sankcija u naš krivični sistem je u potpunosti u skladu sa savremenim evropskim trendovima u oblasti kaznene politike i potrebom uspostavljanja zajedničkih principa o kaznenoj politici među državama članicama Saveta Evrope. Preduslov za praktičnu primenu alternativnih sankcija bilo je donošenje adekvatne pravne regulative, što je u Srbiji učinjeno usvajanjem Krivičnog zakonika (članovi 43 i 52) i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (članovi 181, 182, 183 i 184), čime je preciznije uređena njihova primena i izvršenje. Da bi alternativne sankcije mogle da budu na adekvatan način primenjene u sudskoj praksi, neophodni su i odgovarajući organizacioni preduslovi. Zato je Ministarstvo pravde u saradnji sa Misijom OEBS-a u Srbiji i Kancelarijom Saveta Evrope u Beogradu, radilo najpre na izradi, a sada i na sprovođenju Strategije za reformu sistema izvršenja zavodskih sankcija i sprovođenje alternativnih sankcija, čije su glavne tačke: osnivanje Povereničke službe, obuka poverenika i stvaranje uslova za njihov rad, stručno usavršavanje sudija i tužilaca, formiranje koordinacionog tela i stvaranje materijalnih uslova za punu primenu alternativnih sankcija i senzibilizacija javnog mnjenja²⁴. Nakon izmene Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, doneti su i ključni akti koji bliže definišu sprovođenje alternativnih sankcija: (1) Pravilnik o izvršenju uslovne osude sa zaštitnim nadzorom²⁵ i Pravilnik o izvršenju kazne rada u javnom interesu²⁶.

²⁴ Manojlović, Z. & Stefanović, I. (2012). Alternativni načini služenje zatvorske kazne u Bosni i Hercegovini, Srbiji, Hrvatskoj i Crnoj Gori, str. 7-8.

²⁵ "Sl. glasnik RS", br. 20/2008.

²⁶ "Sl. glasnik RS", br. 20/2008.

Trenutno, izvršenje sankcija, izrečenih kao alternativu kazni zatvora, u Srbiji obavlja Poverenička služba. Ona deluje u okviru Odeljenja za tretman i alternativne sankcije pri Upravi za izvršenje zavodskih sankcija Ministarstva pravde. Pravilnici o zaštitnom nadzoru i kazni rada u javnom interesu detaljno regulišu postupanja poverenika u praćenju izvršenja obaveza osuđenog. Ovlašćenja poverenika predviđaju uspostavljanje i održavanje kontakta sa osuđenim, uz poštovanje načela čija je suština ograničenje prava osuđenog samo u meri neophodnoj za postizanje svrhe izrečene kazne. On saraduje sa nadležnim sudom, organom unutrašnjih poslova, poslodavcem i drugim ustanovama, organizacijama i udruženjima, ima pravo da traži podatke i izvrši uvid u službene evidencije i druga dokumenta od značaja za izvršenje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, odnosno za izvršenje rada u javnom interesu. Poverenik je dužan da, po izvršenju kazne, Odeljenju za tretman i alternativne sankcije dostavi dosije izvršenja kazne, a potom Odeljenje za tretman i alternativne sankcije obavestuje o izvršenju kazne - dostavlja sudu²⁷. U cilju uspostavljanja Probacijskog sistema u Srbiji, Ministarstvo pravde i državne uprave je pripremlilo Zakon o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera kojim se uređuje postupak izvršenja vanzavodskih sankcija i mera izrečenih u krivičnom i prekršajnom postupku koje se izvršavaju u zajednici, propisuje se svrha i sadržaj poslova izvršenja, način izvršenja tih poslova i položaj lica uključenih u probaciju. Poslovi probacije izvršenja su: (1) praćenje izvršenja obaveza prema odluci javnog tužilaštva, kada se u odnosu na osumnjičenog odlaže krivično gonjenje, kao i kada se takve obaveze sprovede u vezi sa zaključenim sporazumom o priznanju krivičnog dela; (2) praćenje izvršenja mere zabrane napuštanja stana, sa ili bez elektronskog nadzora, (u daljem tekstu: kućni pritvor) i mere zabrane prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem; (3) organizacija, sprovođenje i praćenje izvršenja kazne rada u javnom interesu i zaštitnog nadzora kod uslovne osude; (4) organizacija, sprovođenje i praćenje izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (u daljem tekstu: kućni zatvor); (5) nadzor nad uslovno otpuštenim licem; (6) pružanje podrške i pomoći licu posle izvršene kazne zatvora, i (7) drugi poslovi koji su od značaja za obavljanje poslova proveravanja. Probacijske poslove izvršenja obavlja organizaciona jedinica nadležna za tretman i alternativne sankcije u Upravi za izvršenje krivičnih sankcija pri ministarstvu nadležnom za pravosuđe. Operativna nadležnost za poslove probacije izvršenja pripada povereničkoj kancelariji u organizacionoj jedinici, osnovanoj za područje teritorijalne nadležnosti jednog ili više viših sudova. Mesno je nadležan državni službenik-poverenik iz povereničke kancelarije najbliže mestu prebivališta, odnosno boravišta lica uključenog u probaciju. Poverenik je ovlašćen da prikuplja podatke o licima uključenim u probaciju izvršenja, da izvrši uvid u službenu dokumentaciju nadležnih državnih organa i pravnih lica i da od njih zatraži da mu se dostavi dokumentacija. Uprava vodi evidenciju – matične knjige i dosije postupanja za lica koja su uključena u probaciju izvršenja.

²⁷ Stevanović, Z. & Igrački, J. (2013). Uskladenost primene alternativnih krivičnih sankcija u Srbiji sa Evropskim standardima, Kriminalitet, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 301-303.

Što se tiče organizacijskog modela Probacijskog sistema, Ministarstvo pravde se opredelilo da probacijska služba bude u okviru zatvorskog sistema, i taj model poznaje evropska praksa, mada bi mnogo efikasniji, ali i skuplji, bio model po kome bi Probacijska služba bila posebna uprava u sastavu ministarstva. Predloženi model organizacije ima nedostatke koji se ispoljavaju u nemogućnosti kreiranja samostalne politike u organizaciji, tretmanu i proceni rizika koji donose pojedine vaninstitucionalne sankcije, odnosno prestupnici prema kojima treba da se izvršava sankcija ili mera. U poslednjih nekoliko godina, u sudskoj praksi se postepeno prihvataju alternativne sankcije kao oblik društvene reakcije na kriminalitet koji može dati bolje rezultate u prevenciji kriminala i smanjenju recidivizma. Tako je u 2012. godini na alternativne sankcije osuđeno 820 lica, a u prvoj polovini 2013. godini izrečeno je 410 vanzatvorskih sankcija. Ministarstvo pravde Republike Srbije potpisalo je ugovore sa 141 privatnom firmom, preduzećima u državnom sektoru, ustanovama kulture i centrima za socijalni rad, u kojima se izvršavaju vaninstitucionalne sankcije.

Zaključak

Uvođenje alternativnih sankcija u krivičnopravni sistem Srbije samo je početak projekta izgradnje probacijske službe. Prihvatanjem ideje o široj primeni alternativnih sankcija u kažnjavanju prestupnika i izbegavanjem institucionalnih sankcija, Srbija je napravila značajan iskorak u usklađivanju svog zakonodavstva sa evropskim zakonodavstvom i uvođenju evropskih standarda u kažnjavanje delinkvenata. Probacija je sveobuhvatan model koji probacijsku službu uključuje u sve faze kaznenopravnog postupka, od pritvaranja do otpusta, i stvara prostor za preporuku probacijske službe pri donošenju odluka. Uvođenje probacijske službe i osmišljavanje njene uloge, daje veće i realnije mogućnosti izdiferencirane reakcije društva na kriminalitet i stvaranje efikasnijih mehanizama u prevenciji kriminaliteta. Uloga alternativnih sankcija nije samo u racionalnom supstituisanju kazne, i to pre svega kazne zatvora, već je vrednost i u ostvarivanju satisfakcije oštećenog. Sankcije u zajednici će, najverovatnije, biti jeftinije za društvo i porezne obveznike, no za to je potrebno izgraditi efikasan sistem u kojem će manji broj profesionalaca sprovoditi veći broj sankcija. Oni koji će sigurno biti na dobitku jesu sami prestupnici i njihove porodice. Negativni efekti zatvaranja ne pogađaju jednako celu zatvorsku populaciju, njime su najviše pogođeni prvi put osuđeni i osuđeni na kratke kazne zatvora. Vaninstitucionalne sankcije pokazale su se znatno efikasnijim od institucionalnih, jer bolje reintegrišu prestupnika u društvo, više su izdiferencirane, pa se njima bolje zahvataju specifične potrebe i kriminogena područja prestupnika, čuvaju povezanost s porodicom i socijalnim okruženjem i ne donose različite posledice zatvaranja. Posebna njihova prednost se ogleda u eliminisanju psiholoških posledica koje donosi zatvorska kazna. Sve su to razlozi koji su uticali na razvijanje ideje o primeni široke lepeze krivičnih sankcija koje se sprovode u zajednici. Države Evrope danas

raspolažu brojnim sankcijama i merama koje su usmerene na “rasterećenje” krivičnih procesa i zatvorskih sistema, s jedne strane, i bolju reintegraciju učinioca krivičnih dela, s druge strane. Takva orijentacija u politici kažnjavanja dovela je do potrebe za formiranje i razvoj posebnih organizacionih institucija u smislu sprovođenja sankcija i mera u zajednici.

Probacijska služba u Srbiji je u početnoj fazi razvoja i potrebno je puno umeća i energije za njeno koncipiranje, izgradnju organizacije, osmišljavanje aktivnosti i programa prema prestupnicima, a pre svega za edukaciju kadrova i evaluaciju efekata alternativnih sankcija i probacije uopšte. Potencijal postoji, ali i puno nepoznanica u daljem razvoju probacijskog sistema u Srbiji.

Literatura

- Grupa autora (2009), Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja, Udruženje javnih tužilaštava i zamenika javnih tužilaštava Srbije i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu,
- Mrvić-Petrović, N. (2006), Alternativne sankcije i novo zakonodavstvo Srbije, Temida, br. 2.
- Kovčo V. Rajić, S. Balenović, M. (2009). Uspostava probacijskog sustava - novi izazov za Hrvatsku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009.
- Jovašević, D. & Stevanović, Z. (2011), Kazne kao oblik društvene reakcije na kriminal, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,
- Soković, S. (2011) Alternativne krivične sankcije: Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Brčko: Ministarstvo pravde Republike Srpske, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju.
- Strategija za sprovođenje alternativnih sankcija (2006)-2011). Ministarstvo pravde -Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, Beograd.
- Stevanović, Z. (2012), Ostvarivanje ideje o izgradnji probacijskog sistema u Srbiji, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3, Beograd.
- Stevanović, Z. (2012), Efekti kazne zatvora u prevenciji kriminala, Delikti, kazna i mogućnosti socijalne profilakse, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Stevanović, Z., Igrački, J. (2011), Efekti kazne zatvora i institucionalnog tretmana u prevenciji kriminaliteta, Pravna riječ, br. 2, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka.
- Stevanović, Z. & Igrački, J. (2013), Usklađenost primene alternativnih krivičnih sankcija u Srbiji sa Evropskim standardima, Kriminalitet, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

Škulić, M. (2009), Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive, Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Udruženje javnih tužilaca i zamenika tužilaca Srbije, Beograd.

United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), United Nations, General Assembly, 1990, A/RES/45/110.

Izveštaj eksperata Saveta Evrope o sistemu alternativnih sankcija i probacije u Srbiji za 2006.

Nacrt Zakona o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera.

Zoran M. Stevanović, PhD

Institute of Criminological and Sociological Research

Jasmina Igrački, MA

Institute of Criminological and Sociological Research

ALTERNATIVE SANCTIONS AND PROBATION SYSTEM IN SERBIA

Summary

This paper analyses the usage of alternative crime sanctions in penalty system of Serbia, types of alternative sanctions and problems in practice as well as organization of services that conduct these activities. Alternative sanctions were induced to our penalty system in 2006. with Criminal Code, and 2009. with Law on execution of Criminal sanctions. Alternative sanctions are considered new sanctions or measures (educational, medical- therapeutic, occupational, etc.) that are used in community in order to avoid negative effects of prison and stigmatization of offenders. At the same time, these sanctions create more favorable conditions for a more successful process of offenders integration to society. Ministry of Justice of Republic of Serbia has signed a contract with 141 private company, enterprises in national sector, cultural institutions and centers for social work, that execute non-institutional sanctions. In Serbia, in 2012. 802 persons were sentenced for alternative punishment, and in a first half of 2013. 410 non-prison sanctions were imposed.

For efficient execution of alternative prison sanctions, high level of monitoring and control of offenders organization is necessary. For that reason, there are many special services- Probation service, that completely control execution of these sanctions and they inform authorities (jurisdiction of the Court, prosecutor's office,

Ministry of Justice- directorate for execution of sanctions, and other state authorities) of all of the details. In Serbia, probation service is still in a initial phase of development, and now, these operations are performed by the directorate for execution of sanctions- department for treatment and alternative sanctions over trustees working in the field.

Key words: *Alternative sanctions, sanctions in community, probation service, trustee, department for treatment and alternative sanctions, international standards*

MERE UPOZORENJA U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE I REPUBLIKE SRBIJE

Prof. emeritus dr Milo Bošković*

Tatjana Skakavac**

***Apstrakt:** Položaj maloletnika u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije i Republike Srpske regulisan je posebnim zakonima na noviji, savremeniji način. U Republici Srbiji, to je učinjeno donošenjem Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine, dok je u Republici Srpskoj donet Zakon o zaštiti i postupanju sa decom i maloletnicima u krivičnom postupku iz 2010. godine. Time je učinjen važan korak u uspostavljanju i funkcionisanju modernih pravnih država i vladavine prava. Samim tim je konstituisano maloletničko krivično pravo kao nova grana kaznenog prava, sa nizom značajnih specifičnosti, a u skladu sa savremenim pravnim standardima. Ipak, u navedenim zakonodavstvima, pored značajnih sličnosti, ima i određenih razlika. Cilj ovog rada je da se uporednom analizom razmotre pravni instituti u pogledu primene mera upozorenja u pomenuta dva zakona, a delom i u uporednom zakonodavstvu nekih evropskih zemalja.*

***Ključne reči:** maloletnici, vaspitne mere, mere upozorenja, posebne obaveze, policijsko upozorenje, ovlašćeno službeno lice, maloletničko krivično zakonodavstvo.*

1. Uvodne napomene

Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (u daljem tekstu: ZMUKD) iz 2005. godine¹, Republika Srbija se svrstala među većinu zemalja koje su na ovakav način rešile maloletničko zakonodavstvo. Ovim zakonom je uveden čitav niz novina, među kojima su posebno značajne mere alternativnog karaktera: vaspitni nalozi i posebne obaveze.

* Проф. емеритус др Мило Бошковић, Универзитет у Новом Саду

** Татјана Скакавац, дипломирани правник-мастер, Факултет за правне и пословне студије
Др Лазар Вркатаић, Нови Сад

¹ “Službeni glasnik RS“ br. 85. od 06.09. 2005. godine.

Vaspitni nalozi nisu krivične sankcije, već mere diverzionog karaktera, kojima se krivična odgovornost maloletnika usmerava ka vansudskom ishodu. Njihova svrha je izbegavanje štetnog dejstva od vođenja krivičnog postupka prema maloletniku. Posebne obaveze su takođe novina novog maloletničkog krivičnog prava. Za razliku od vaspitnih naloga, posebne obaveze su vrsta krivičnih sankcija, odnosno vaspitnih mera koje imaju, pre svega, usmeravajuću i upozoravajuću komponentu, pri čemu se posebno naglašava njihov alternativni karakter. Izricanjem posebnih obaveza izbegava se primena sankcija sa poluinstitucionalnim i institucionalnim tretmanom kao višim i značajnijim nivoom intervencije u odnosu na ličnost maloletnika.

Svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima je da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja, utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu. Svrha maloletničkog zatvora je, pored svrhe vršenja pojačanog uticaja na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela, i uticaj na druge maloletnike da ne vrše krivična dela.

U *Republici Srpskoj* je postupljeno slično, jer je 2010. godine donet Zakon o zaštiti i postupanju sa decom i maloletnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZZDM).² Zakon sadrži celine koje na jedan sistematičan način rešavaju pitanja maloletničke delinkvencije. Vaspitne mere su osnovna vrsta krivičnih sankcija koje se mogu izreći maloletnim učiniocima krivičnih dela u zakonom propisanom postupku. One imaju za cilj suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrednosti uticanjem na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnog učinioca krivičnog dela, njegovo vaspitanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, a koje se sastoje u ograničavanju ili oduzimanju njegovih sloboda i prava.³

U krivičnopravnoj teoriji dominira shvatanje da su krivične sankcije za maloletnike, pre svega, u svrsi pomoći i socijalizacije, gde će na najmanju moguću meru biti svedeni elementi prinude i represije i ugrožavanje prava i sloboda, a značajno više unapređeni aspekti preduzimanja neophodnih vaspitnih, obrazovnih i drugih mera, a sve u cilju otklanjanja mogućnosti koje doprinose asocijalnom i kriminalnom ponašanju. Uostalom, to je i svrha opredeljenja savremenog maloletničkog krivičnog prava.

Da bi se ovaj cilj ostvario, naši propisi koji se odnose na maloletnike, moraju biti usaglašeni sa:

- 1) Tzv. *Havanskim pravilima*, koja u odnosu na maloletne učinioce krivičnih dela zahtevaju isključenje ili svođenje na minimum bilo kakvog oblika lišenja slobode;
- 2) *Konvencijom UN o pravima deteta*, koja zahteva od država potpisnica da predvide, kad god je moguće i poželjno, mere postupanja sa decom i malolet-

² "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 13/10.

³ Simović, M.; Jovašević, D.; Mitrović, Lj.: *Maloljetničko krivično pravo*, Banja Luka, 2012, str. 127.

nicima koja su prekršila zakon, bez pribegavanja sudskom postupku. To podrazumeva da se umesto krivičnih sankcija, primene različite mere alternativnog karaktera, kao što su vaspitni nalozi, uputstva, zabrane ili preporuke čiji je cilj da se izbegne ili odloži vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu krivičnog dela.

Uvođenje alternativnih mera prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, zapravo je i najvažnija inovacija novog maloletničkog krivičnog prava Republike Srbije. Pored vaspitnih naloga, koji nemaju karakter krivičnih sankcija, naglašeni alternativni karakter imaju i novouvedene krivične sankcije, posebne obaveze, jer se njihovom primenom smanjuje institucionalni karakter društvenog reagovanja prema maloletnicima. Ostvarenje svrhe navedenih alternativnih mera umnogome zavisi i od njihove primene u praksi.

2. Međunarodni standardi

U osnovi novog sistema maloletničkog krivičnog prava u Republici Srbiji i Republici Srpskoj nalaze se određeni standardi predviđeni u više međunarodnih pravnih akata koje su usvojile navedene zemlje. To su, između ostalog, sledeći akti:

- 1) Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine,
- 2) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,
- 3) Minimalna standardna pravila za maloletničko krivično pravosuđe (tzv. Pekingška pravila) usvojena od strane OUN 1985. godine,
- 4) Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode (tzv. Havanska pravila) iz 1990. godine,
- 5) Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije (tzv. Rijadske smernice) iz 1990. godine,
- 6) Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mere (tzv. Tokijska pravila) iz 1990. godine, i
- 7) Evropska pravila o društvenim sankcijama i merama za sprovođenje maloletničkog krivičnog pravosuđa (tzv. Bečka pravila) iz 1997. godine.

Standardi predviđeni u navedenim međunarodnopravnim aktima koje su potpisale i ratifikovale Republika Srbija i Republika Srpska inkorporisani su, skoro u celini, i u odredbe novog Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u Republici Srbiji, odnosno u Zakon o zaštiti i postupanju sa decom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Republici Srpskoj.

Za dalji razvoj maloletničkog krivičnog prava od posebnog je značaja Rezolucija XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo koji je održan u Pekingu 2004. godine u kojoj su između ostalog usvojene sledeće Preporuke:⁴

⁴ Rezolucija XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo Peking 2004. <http://www.unicef.org/serbia>

- 1) maloletna lica podležu zakonu sa svim njegovim specifičnim karakteristikama. Zbog ovih specifičnosti pravosudni sistem treba da razmatra krivičnu odgovornost maloletnika kao zasebno pitanje u okviru elemenata krivičnog dela,
- 2) godine starosti za krivičnu odgovornost treba da budu određene na 18 godina, a minimalna godina starosti ne bi trebalo da bude ispod 14 godina u vreme izvršenja krivičnog dela,
- 3) maloletni prekršioc i zakona uglavnom bi trebalo da budu podvrgnuti vaspitnim merama ili drugim alternativnim kaznenim merama koje su usredsređene na rehabilitaciju pojedinca ili ako situacija zahteva u izuzetnim slučajevima na kaznene mere u tradicionalnom smislu,
- 4) na maloletnike ispod 14 godina mogu se primenjivati samo vaspitne mere,
- 5) primena vaspitnih ili alternativnih kaznenih mera koje su usmerene na rehabilitaciju mogu biti proširene na zahtev zainteresovanog lica do 25 godine,
- 6) imajući u vidu krivična dela izvršena od strane lica koja su starija od 18 godina primenjivost posebnih odredbi koje se odnose na maloletnike može se proširiti do 25 godine starosti,
- 7) o krivičnoj odgovornosti maloletnih lica moraju odlučivati specijalni sudski organi koji imaju zasebnu nadležnost od onih koje se bave punoletnim licima,
- 8) odluke suda bi trebalo da budu zasnovane na preliminarnim multidisciplinarnim sudskim istragama otvorenim za ispitivanje obe strane, i
- 9) potrebno je pokloniti posebnu pažnju interesu žrtava i humanom odnosu prema njima.

Konvencija o pravima deteta usvojena u Generalnoj skupštini UN 20. novembra 1989. godine a stupila je na snagu sledeće godine, kada je ratifikovala i Jugoslavija. U ovom dokumentu su, na jednom mestu obuhvaćena sva ljudska prava koja se priznaju nekoj posebnoj grupi, što je novina u međunarodnom pravu koje se stvara pod okriljem UN. Zahvaljujući tome, Konvencija je postala najvažniji ugovor o pravima deteta, a svi drugi međunarodni ugovori o ljudskim pravima, čije su pojedine odredbe posvećene pravima deteta, su subsidijarni oslonac; predstavlja prvi međunarodni instrument koji se posebno bavi decom, a koji obavezuje države članice. Uz ovu Konvenciju, 25. maja 2000. godine, usvojena su i dva opciona protokola:

- Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima,

- Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o trgovini decom, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji.

Prema članu 1 ove Konvencije dete je svako ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije.

Četiri osnovna principa ove konvencije su nediskriminacija, posvećenost najboljem interesu deteta, pravo na život, preživljavanje i razvoj i poštovanje stavova deteta.

Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe (Pekinška pravila)⁵ bila su prva pravila koja su usvojena sa posebnim ciljem da zaštite prava i potrebe dece u sukobu sa zakonom. Pravila se sastoje od opširnih smernica kojima maloletničko pravosuđe treba da se rukovodi od trenutka kada je dete uhapšeno do trenutka kada napušta pritvor. Pošto su Pravila bila usvojena pre nego što je usvojena Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta, ona su uticala na formulisanje osnovnih standarda maloletničkog pravosuđa koji su kasnije uneti u Konvenciju o pravima deteta. Pravila naglašavaju dobrobit deteta i princip proporcionalnosti - da pri razmatranju svakog konkretnog slučaja treba uzimati u obzir specifične okolnosti vezane za dete i prirodu prestupa. Pekinška pravila se smatraju ključnim dokumentom za sve stručnjake koji se bave decom u sukobu sa zakonom, iako nisu obavezujuća za zemlje potpisnice.

Pekinška pravila uključuju „osnovne perspektive“ maloletničkog pravosuđa uopšte, čiji je cilj da obezbede:

- da države članice teže da unaprede dobrobit maloletnih prestupnika i njihovih porodica;
- da države članice razvijaju uslove koji će promovisati pozitivan razvoj deteta (uključujući život u lokalnoj zajednici), naročito u uzrastu kada je dete najosetljivije i sklon antisocijalnom ponašanju;
- da se za maloletne prestupnike obezbede diverzioni programi kako bi se smanjio broj dece koja ulaze u formalnu krivičnu proceduru;
- da maloletničko pravosuđe jedne države doprinese „mirnom poretku u društvu“ i zaštiti mlade ljude;
- službe sistema maloletničkog pravosuđa uključe profesionalno usavršavanje svih stručnjaka u ovoj oblasti.

Smernice Ujedinjenih nacija za prevenciju maloletničke delinkvencije (Rijadske smernice)⁶, iako neobavezujuće za države potpisnice, usvojene su posebno radi tretiranja pitanja prevencije kriminaliteta u oblasti maloletničkog pravosuđa. Rijadske smernice se zasnivaju na pretpostavci da će države članice najefikasnije smanjiti broj dece u sukobu sa zakonom tako što će ojačati i poboljšati pomoćne sisteme i kvalitet života (socijalnu zaštitu i dobrobit) dece od ranog detinjstva i tokom perioda adolescencije.

Rijadske smernice uključuju „Osnovne principe“ za podsticanje preventivnog delovanja u oblasti maloletničke delinkvencije. Ovi principi utiču na države članice da:

⁵ Rezolucija 40/33 Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 29. novembra 1985. godine, <http://www.unicef.org/serbia>

⁶ Rezolucija 45/112, 14. decembar 1990. godine, 68. plenarno zasedanje, <http://www.unicef.org/serbia>

- angažuju decu u „društveno korisnim aktivnostima” koje će doprineti njihovom pozitivnom razvoju;
- iskoriste sve mogućnosti u društvu za podsticanje zdravog razvoja dece počev od njihovog ranog detinjstva;
- razvijaju službe i programe u okviru društvene zajednice, posebno tamo gde postoji nedostatak takvih službi.

Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila)⁷, iako neobavezujuća za države članice, usvojena su da bi promovisala kaznene mere koje predstavljaju alternativu institucionalnim merama (alternativne kaznene mere) i predkrivične diverzione programe za decu u sukobu sa zakonom. ***Tokijska pravila*** predstavljaju ključni dokument u sklopu međunarodnih instrumenata o maloletničkom pravosuđu.

Tokijska pravila treba da se primenjuju na decu u sukobu sa zakonom „u svim fazama krivičnog postupka” i da podstiču države članice da razviju „širok spektar mera alternativnih institucionalnom tretmanu, počev od onih pre pokretanja krivičnog postupka do onih posle izricanja presude”. Države članice treba da razvijaju mere koje su alternativne institucionalnom tretmanu u okviru svojih pravnih sistema kako bi obezbedile druge opcije i na taj način smanjile korišćenje zatvora i racionalizovale politiku krivičnog zakonodavstva, uzimajući u obzir poštovanje ljudskih prava, zahteve društvene pravde i potrebe prestupnika za prevaspitavanje.

Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode (od neosnovanog lišenja slobode) (Havanska pravila)⁸, predstavljaju skup minimalnih standarda, prava i procedura kojima se treba rukovoditi u svim slučajevima maloletnika koji su lišeni slobode. Prema ovim pravilima odluka o lišavanju slobode treba da bude poslednja mogućnost, takođe da se izriče na minimalan vremenski period i da bude vremenski ograničena i da se primenjuje samo u posebnim slučajevima. Havanska pravila predviđaju da lišenje slobode treba da bude u skladu sa principima i procedurom međunarodnog zakona.

⁷ Rezolucija 45/110, Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 14. decembra 1990. godine, <http://www.unicef.org/serbia>

⁸ Rezolucijom 45/113, Generalne skupštine UN od 14. decembra 1990. godine, <http://www.unicef.org/serbia>

3. Krivične sankcije prema maloletnicima u zakonodavstvu Republike Srpske

Maloletnicima se za učinjena krivična dela mogu izreći vaspitne mere, kazna maloletničkog zatvora i mere bezbednosti. Prema mlađem maloletniku mogu se izreći samo vaspitne mere, a prema starijem maloletniku, osim vaspitnih mera, izuzetno se može izreći kazna maloletničkog zatvora. Ako nije postupano po principu oportuniteta i nisu primenjene vaspitne preporuke, prednost u izricanju vaspitnih mera uvek će imati mere upozorenja, zatim mere pojačanog nadzora, zavodske mere i kazna maloletničkog zatvora. Maloletniku se ne mogu izreći sudska opomena i uslovna osuda.

U okviru opšte svrhe krivičnih sankcija, svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima je da se pružanjem zaštite, brige, pomoći i nadzora, kao i obezbeđenjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, obezbedi vaspitanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu. Svrha maloletničkog zatvora je i vršenje pojačanog uticaja na maloletnog učinioca krivičnog dela da ubuduće ne vrši krivična dela, kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela.

3.1. Vaspitne mere

Vaspitne mere su:

- a) mere upozorenja i usmeravanja: sudski ukor, posebne obaveze i upućivanje u vaspitni centar,
- b) mere pojačanog nadzora: pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca; pojačani nadzor u drugoj porodici i pojačani nadzor nadležnog organa socijalnog staranja, i
- v) zavodske mere: upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

Mere upozorenja i usmeravanja izriču se kada je potrebno i dovoljno takvim merama uticati na ličnost i ponašanje maloletnika. Ove mere izriču se kada za vaspitanje i razvoj maloletnika treba preduzeti trajnije mere vaspitanja i prevaspitanja, uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a nije potrebno potpuno odvajanje maloletnika iz dotadašnje sredine.

Zavodske mere izriču se maloletniku prema kome treba preduzeti trajnije i intenzivnije mere vaspitanja ili lečenja, uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine. Zavodske mere primenjuju se kao poslednje sredstvo i smeju trajati u granicama određenim zakonom samo koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mera.

Pri izboru vaspitne mere sud uzima u obzir uzrast i zrelost maloletnika, druga svojstva njegove ličnosti i stepen poremećaja u društvenom ponašanju, njegove sklonosti, težinu dela, pobude iz kojih je delo učinio, sredinu i prilike u kojima je živeo, dotadašnje vaspitanje, njegovo ponašanje nakon izvršenja krivičnog dela, posebno da li je sprečio ili pokušao da spreči nastupanje štetne posledice, naknadio ili pokušao naknaditi pričinjenu štetu, da li je prema njemu ranije bila izrečena krivična sankcija, kao i sve druge okolnosti koje mogu biti od uticaja na izbor one vaspitne mere kojom se može najbolje ostvariti svrha vaspitnih mera.

3.1.1. Mere upozorenja i usmeravanja

Mere upozorenja i usmeravanja su:

- a) sudski ukor,
- b) posebne obaveze, i
- c) upućivanje u vaspitni centar.

Sudski ukor se izriče ako se iz odnosa maloletnika prema učinjenom krivičnom delu i njegove spremnosti da ubuduće ne čini krivična dela može zaključiti da će se i prekorom postići svrha vaspitnih mera. Pri izricanju sudskog ukora sud maloletniku ukazuje na društvenu neprihvatljivost i štetnost njegovog ponašanja, posledice koje takvo ponašanje može na njega imati, kao i da mu u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog dela može biti izrečena druga sankcija.

Sud može maloletniku izreći jednu ili više **posebnih obaveza**, ako oceni da je odgovarajućim nalogima ili zabranama potrebno uticati na maloletnika i njegovo ponašanje. Sud maloletniku može izreći obavezu:

- a) da redovno pohađa školu,
- b) da ne izostaje s posla,
- v) da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima,
- g) da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja,
- d) da se uzdrži od posećivanja određenih lokala, odnosno priredbi i kloni društva i određenih lica koja na njega mogu štetno uticati,
- đ) da se maloletnik uz saglasnost zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge ili drugih vrsta zavisnosti,
- e) da se uključi u pojedinačni ili grupni rad u savetovalištu za mlade,
- ž) da pohađa kurseve za stručno osposobljavanje ili da se priprema i polaže ispite na kojima se proverava određeno znanje,

- z) da se uključi u određene sportske i rekreativne aktivnosti, i
- i) da bez posebne saglasnosti suda ne može da napusti mesto prebivališta ili boravišta.

Pri izboru pojedinih obaveza, koje mogu trajati najduže jednu godinu, sud vodi računa o spremnosti maloletnika da saraduje u njihovom ostvarivanju, kao i o tome da one budu prilagođene njemu i uslovima u kojima maloletnik živi. Nadzor nad izvršenjem posebnih obaveza vrši sud koji o tome može tražiti izveštaj i mišljenje organa starateljstva. Sud može, dok traje izvršenje, obavezu naknadno izmeniti ili je obustaviti od izvršenja. Kada izriče ovu meru, sud posebno ukazuje maloletniku, njegovim roditeljima ili usvojiocu, odnosno staraocu da se u slučaju nemogućnosti ispunjenja jedna ili više posebnih obaveza mogu zameniti drugim obavezama, a u slučaju kada maloletnik posebne obaveze ne izvršava bez opravdanog razloga, da može biti upućen u vaspitni centar.

3.1.2. *Policijsko upozorenje*

Prema maloletnom učiniocu krivičnog dela može se izreći **policijsko upozorenje** za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ako su ispunjeni uslovi iz člana 88 ZZDM, i ako je to srazmerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog dela. Prema Zakonu, primena mere policijskog upozorenja reguliše se posebnim podzakonskim aktom koji donosi Vlada Republike Srpske, a na predlog ministra unutrašnjih poslova Republike Srpske.

Policijsko upozorenje se može izreći pod sledećim uslovima (član 88):

- a) da maloletnik priznaje krivično delo,
- b) da je priznanje dato slobodno i dobrovoljno,
- v) da postoji dovoljno dokaza da je maloletnik učinio krivično delo, i
- g) da prema maloletniku nije ranije izricano policijsko upozorenje, primenjena vaspitna preporuka ili izricana kivična sankcija.

Uloga policije u postupku prema maloletnicima posebno je značajna, jer primenjuje posebnu meru upozorenja pod nazivom policijsko upozorenje, koja se po prvi put pojavljuje na ovim prostorima. Prema zakonu, policijsko upozorenje može se izreći ukoliko su ispunjene dve grupe uslova⁹:

- a) ispunjenje onih elemenata koji se tiču radnji postupanja ovlašćenih službenih lica pri izricanju ove mere (da su u pitanju lica koja imaju posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih, osnovno pravilo po kome ovlašćeno službeno lice ispitivanje maloletnika vrši isključivo uz odobrenje tužioca),

⁹ Simović. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., i dr.: *Komentar zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*, AIS, Banja Luka, 2010. godine, str. 88

- b) poštovanje principa srazmernosti, posebno uz vođenje računa o dobrobiti maloletnika.

3.1.2.1. Radnje postupanja ovlašćenog službenog lica prilikom izricanja policijskog upozorenja

Po pravilu, ispitivanje malololetnika vrši tužilac za maloletnike, a ovlašćeno službeno lice ispitivanje vrši uz odobrenje tužioca. Za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, ovlašćeno službeno lice koje ima posebna znanja, uz pribavljeno odobrenje tužioca, ispituje maloletnika.

Ovlašćeno službeno lice ispituje maloletnika u prisustvu njegovog branioca, roditelja, staraoca, odnosno usvojioca. Kada su roditelji, staralac, odnosno usvojilac maloletnika sprečeni da prisustvuju ispitivanju maloletnika odnosno ako njihovo prisustvo ne bi bilo u interesu maloletnika ovlašćeno službeno lice ispituje maloletnika u prisustvu predstavnika organa starateljstva ili predstavnika ustanove za smeštaj maloletnika. Ovlašćeno službeno lice nakon što u roku od 24 časa ispita maloletnika i prikupi dokaze, uz službeni izveštaj može tužiocu dostaviti i obrazložen predlog da se maloletnik za konkretno delo samo upozori. Ako tužilac nakon razmatranja predloga utvrdi da postoje dokazi da je maloletnik učinio krivično delo i da, s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva, pokretanje krivičnog postupka ne bi bilo celishodno, tužilac može dati traženo odobrenje i predmet dostaviti ovlašćenom službenom licu da maloletniku izrekne policijsko upozorenje.

Ako tužilac ne odobri izricanje policijskog upozorenja, o tome obaveštava ovlašćeno službeno lice i pre pokretanja pripremnog postupka razmatra mogućnosti i opravdanost izricanja vaspitne preporuke ili donosi naredbu za pokretanje pripremnog postupka prema maloletniku. U slučaju izricanja policijskog upozorenja ovlašćeno službeno lice tom prilikom ukazuje na društvenu neprihvatljivost i štetnost ponašanja maloletnika, posledice koje takvo ponašanje može imati na njega, kao i na mogućnost vođenja krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog dela. Ovlašćeno službeno lice u roku od tri dana od dana donošenja odluke, o toj odluci pismeno obaveštava tužioca, maloletnika, njegovog branioca, roditelja odnosno staraoca ili usvojioca maloletnika, organ starateljstva, kao i oštećenog, uz navođenje razloga za donošenje ove odluke. Priznanje maloletnika da je učinio krivično delo, ne može biti korišćeno protiv njega u bilo kojem drugom naknadnom postupku.

4. Maloletničko zakonodavstvo Republike Srbije

Prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, maloletnicima za učinjena krivična dela mogu se izreći vaspitne mere, kazna maloletničkog zatvora i mere bezbednosti predviđene članom 79. Krivičnog zakonika, osim zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti. Pri tom:

- mlađim maloletnicima mogu se izreći samo vaspitne mere;
- starijim maloletnicima mogu se izreći vaspitne mere, a izuzetno može se izreći kazna maloletničkog zatvora, i
- pod uslovima predviđenim ovim zakonom maloletnicima se mogu izreći mere bezbednosti.

U okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 4 Krivičnog zakonika), svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima je da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu.

Svrha maloletničkog zatvora je, pored opšte svrhe, i vršenje pojačanog uticaja na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela, kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela.

4.1. Vaspitne mere

Vaspitne mere prema *Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica RS* su:

- 1) mere upozorenja i usmeravanja: sudski ukor i posebne obaveze;
- 2) mere pojačanog nadzora: pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, pojačan nadzor u drugoj porodici, pojačan nadzor od strane organa starateljstva, pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika;
- 3) zavodske mere: upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravn dom, upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

Mere upozorenja i usmeravanja izriču se kad je potrebno i dovoljno takvim merama uticati na ličnost maloletnika i njegovo ponašanje. Mere pojačanog nadzora izriču se kad za vaspitavanje i razvoj maloletnika treba preduzeti trajnije mere uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a nije potrebno maloletnikovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine.

Zavodske mere izriču se prema maloletniku prema kome treba preduzeti trajnije mere vaspitavanja, lečenja i osposobljavanja uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine, radi vršenja pojačanog uticaja na maloletnika. Zavodske mere izriču se kao poslednje sredstvo i mogu trajati, u granicama određenim zakonom, samo koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mera.

Pri izboru vaspitne mere sud će posebno uzeti u obzir:

- uzrast i zrelost maloletnika;
- druga svojstva njegove ličnosti i stepen poremećaja u društvenom ponašanju;
- težinu dela;
- pobude iz kojih je delo učinjeno;
- životne prilike u kojima je maloletnik živeo (socijalna anamneza);
- ponašanje posle učinjenog krivičnog dela (sprečavanje ili pokušaj sprečavanja nastupanja štetnih posledica, nadoknada ili pokušaj nadoknade pričinjene štete, kajanje zbog učinjenog krivičnog dela i nastalih posledica i sl.);
- ranije izrečene krivične ili prekršajne sankcije prema maloletniku i
- druge okolnosti od značaja za izricanje mere kojom će se najbolje postići svrha vaspitnih mera.

Sudski ukor se izriče ako se iz odnosa maloletnika prema učinjenom krivičnom delu i njegove spremnosti da ubuduće ne čini krivična dela može zaključiti da ga je dovoljno samo prekoriti. Pri izricanju sudskog ukora sud će maloletniku ukazati na neprihvatljivost njegovog postupka i predočiti da mu može biti izrečena druga sankcija ako ponovo učini krivično delo.

Sud maloletniku može izreći jednu ili više **posebnih obaveza**, ako oceni da je odgovarajućim zahtevima ili zabranama potrebno uticati na maloletnika i njegovo ponašanje. Sud može maloletniku izreći obavezu (član 14):

- 1) da se izvini oštećenom;
- 2) da u okviru sopstvenih mogućnosti nadoknadi štetu koju je prouzrokovao;
- 3) da redovno pohađa školu ili ne izostaje sa posla;
- 4) da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima;
- 5) da se, bez naknade, uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja;
- 6) da se uključi u određene sportske aktivnosti;
- 7) da se podvrgne odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga;
- 8) da se uključi u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu i da postupa po programima rada koji su za njega sačinjeni u tim ustanovama;

- 9) da pohađa kurseve za stručno osposobljavanje ili da se priprema i polaže ispite kojima se proverava određeno znanje;
- 10) da ne može da napusti mesto prebivališta ili boravišta, bez saglasnosti suda i posebnog odobrenja organa starateljstva.

Prilikom izbora pojedinih obaveza sud će posebno voditi računa da one budu prilagođene ličnosti maloletnika i prilikama u kojima živi, odnosno ceniti njegovu spremnost da saraduje u njihovom ostvarivanju. Posebne obaveze mogu se izreći u trajanju do jedne godine, s tim da sud može, dok traje izvršenje, izmeniti ili obustaviti njihovo izvršenje. Nadzor nad izvršenjem posebnih obaveza vrši sud, s tim što o tome može tražiti izveštaj i mišljenje organa starateljstva. Kada izriče ovu vaspitnu meru, sud će maloletnika upozoriti da mu u slučaju neispunjenja jedne ili više posebnih obaveza one mogu biti zamenjene nekom drugom obavezom, odnosno drugom vaspitnom merom.

5. Krivične sankcije za maloletnike u uporednom pravu

Većina savremenih krivičnih zakonodavstava predviđaju poseban sistem krivičnih sankcija za maloletnike, usklađenih sa savremenim međunarodnim standardima. U vezi s tim, daćemo kratak osvrt na nekoliko zakonodavstava: Nemačke, Ruske Federacije, Slovenije, Hrvatske.¹⁰

Zakon o maloletničkom pravosuđu *Nemačke*¹¹, primenjuje se na lica uzrasta od 14 do 21 godine, i predviđa tri vrste krivičnih sankcija:¹²

- 1) vaspitne mere;
- 2) disciplinske mere, i
- 3) kazna za maloletnike.

Vaspitne mere su dvojake:

- 1) davanje uputstava – zapovesti ili zabrana kojima se reguliše način života maloletnika, i to:
 - a) postupanje po uputstvima u odnosu na prebivalište, stanovanje kod određene porodice ili u domu, školovanje ili obavljanje određenog posla,
 - b) izvršavanje radne obaveze,
 - c) podvrgavanje nadzoru određenog lica,
 - d) pohađanje određenih kurseva,
 - e) nagodba sa oštećenim,
 - f) zabrana kontakta sa određenim licima,
 - g) zabrana posećivanja određenih mesta, i

¹⁰ Videti šire u: Jovašević, D.: *Maloletničko krivično pravo*, Niš, 2011. godine, str. 78-90.

¹¹ Videti u: Pavlolović, D.: *Zakon o maloletničkom pravosuđu*, Beograd, 1997. godine.

¹² Jovašević, D.: *Maloletničko krivično pravo*, Niš, 2011. godine, str. 82-90.

h) učestvovanje na predavanju o saobraćaju.

2) obaveza prihvatanja pomoći u smislu Socijalnog zakonika.

Nemačko krivično zakonodavstvo, pored toga, predviđa i tri disciplinske mere, i to:

1) opomena,

2) davanje naloga maloletniku – da nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom, da se izvini oštećenom, da izvrši određene radne obaveze, da plati određeni iznos novca u korist opštekorisne ustanove, i

3) maloletnički zatvor – zatvor u slobodne dane ili vikendom, zatvor u kratkom trajanju i zatvor u dugom trajanju do četiri nedelje.

Kazna za maloletnike je najteža vrsta maloletničkih krivičnih sankcija, a izriče se u trajanju od šest meseci do pet godina, a samo izuzetno do 10 godina.

Krivični zakonik **Ruske Federacije** predviđa dve vrste krivičnih sankcija za maloletnike, i to:

1) kazne, i

2) vaspitne mere prinudnog karaktera.

Maloletnicima se mogu izreći sledeće kazne:

a) novčana kazna,

b) lišenje prava na bavljenje određenom delatnošću,

c) obavezni rad u trajanju od 40 do 160 sati, pri čemu za lica uzrasta do 15 godina ova kazna može da traje dva sata tokom dana, dok za lica u uzrastu od 15 do 16 godina, najviše do tri sata tokom dana,

d) popravni rad – u trajanju do jedne godine,

e) izolacija – može se izreći maloletniku uzrasta od 16 godina u trajanju od jednog do četiri meseca, i

f) lišenje slobode u određenom trajanju do 10 godina.

Maloletnik koji je prvi put izvršio krivično delo male ili srednje težine može biti oslobođen krivične odgovornosti ako sud dođe do uverenja da se njegovo popravljanje (prevaspitanje) može postići primenom jedne ili više vaspitnih mera prinudnog karaktera:

a) upozorenje,

b) nadzor roditelja ili lica koje roditelja zamenjuje,

c) nadzor specijalizovanog državnog organa,

d) obaveza naknade štete,

e) ograničenje slobodnog vremena uz određivanje posebnih zahteva u odnosu na ponašanje maloletnika.¹³

¹³ Jovašević, D.: Maloletničko krivično pravo, Niš, 2011. godine, str. 90-95.

U Kazenskom zakoniku **Republike Slovenije**¹⁴ predviđene su posebne vrste krivičnih sankcija za maloletnike, i to:

- 1) vaspitne mere,
- 2) novčana kazna, i
- 3) kazna maloletničkog zatvora, kao i
- 4) određene mere bezbednosti.

Vaspitne mere mogu biti:

- a) ukor,
- b) uputstva i zabrane,
- c) nadzor organa socijalnog staranja u trajanju od jedne do tri godine,
- d) upućivanje u vaspitni zavod u trajanju od šest meseci do tri godine,
- e) upućivanje u prevaspitni dom u trajanju od jedne do tri godine, i
- f) upućivanje u zavod za osposobljavanje.

Starijem maloletniku se može izreći i maloletnički zatvor, ako se radi o krivičnom delu za koje je predviđena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a zbog prirode i težine učinjenog dela, odnosno visokog stepena krivične odgovornosti ne bi bilo opravdano izreći neku od vaspitnih mera.

Zakon o sudovima za mladež **Republike Hrvatske**¹⁵ predviđa sledeće krivične sankcije za maloletnike:

- 1) vaspitne (odgojne) mere,
- 2) kaznu maloletničkog zatvora i
- 3) sve mere bezbednosti osim mere zabrane obavljanja zvanja, delatnosti ili dužnosti.

U navedenom zakonu predviđeno je više vaspitnih mera, pri čijem izboru je sud dužan da uzme u obzir sledeće okolnosti:

- a) uzrast maloletnika, njegovu telesnu i duševnu razvijenost, njegove duševne osobine, te lične sklonosti,
- b) težinu i prirodu učinjenog krivičnog dela,
- c) pobude iz kojih je delo učinjeno i okolnosti pod kojima je učinjeno,
- d) ponašanje maloletnika posle učinjenog krivičnog dela i posebno da li je on mogao ili pokušao da spreči nastupanje štetnih posledica ili je nastojao da nadoknadi pričinjenu štetu,
- e) životne uslove maloletnika, a posebno njegovo zdravstveno stanje, porodične prilike, obrazovanje i vaspitanje,

¹⁴ Novi Kazenski zakonik Republike Slovenije – Uradni list br. 58/2008. Prethodni kazenski zakonik donet je 1999. godine.

¹⁵ Narodne novine Republike Hrvatske, br. 84/2011.

f) da li je maloletnik i ranije vršio krivična dela i da li mu je već izricana neka od maloletničkih krivičnih sankcija,

g) sve okolnosti koje utiču na izbor vaspitne mere kojom će na najbolji način moći da se ostvari svrha vaspitnih mera.

Hrvatsko maloletničko krivično pravo predviđa sledeće vrste vaspitnih mera:

1) sudski ukor – ako se iz odnosa maloletnika prema krivičnom delu i njegove spremnosti da ubuduće ne vrši krivična dela, može zaključiti da će i samim prekorom biti ostvarena svrha vaspitne mere,

2) posebne obaveze – ako sud oceni da je primerenim nalogima ili zabranama potrebno uticati na maloletnika i njegovo ponašanje.

Posebne obaveze, prema zakonu, mogu se sastojati u sledećem:

a) da se izvini oštećenom,

b) da prema vlastitim mogućnostima popravi štetu pričinjenu krivičnim delom,

c) da redovno pohađa školu,

d) da ne izostaje sa radnog mesta,

e) da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima,

f) da prihvati zaposlenje i u njemu istraje,

g) da raspoláže приходима уз надзор и савет водитеља васпитне мере,

h) da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove komunalnog ili ekološkog sadržaja,

i) da se uzdrži od posećivanja određenih lokala ili priredbi i da se kloni društva određenih lica koja na njega štetno utiču,

j) da se uz saglasnost zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droga ili drugih oblika zavisnosti,

k) da se uključi u pojedinačni ili grupni psihosocijalni tretman u savetovaštu za mlade,

l) da učestvuje na seminarima za stručno osposobljavanje,

m) da bez posebnog odobrenja centra za socijalni rad ne može trajnije napustiti mesto prebivališta ili boravišta,

n) da se radi provere znanja saobraćajnih propisa uputi u nadležnu ustanovu za osposobljavanje vozača,

o) da se ne približava ili ne uznemirava oštećenog, i

p) druge obaveze koje su primerene.

Drugu vrstu vaspitnih mera u hrvatskom maloletničkom krivičnom pravu čine mere pojačanog nadzora, koje se izriču kada je za vaspitanje maloletnika potreban

trajniji stručni nadzor i pomoć, a pri tom nije potrebno njegovo trajnije izdvajanje iz sredine. To su sledeće mere:

- a) pojačana briga i nadzor u trajanju od šest meseci do dve godine – izriče se kada sud oceni da uticaj roditelja ili staraoca na vaspitanje, ponašanje i razvoj maloletnikove ličnosti nije dovoljan za osvarenje svrhe vaspitnih mera, već je potrebno preduzeti trajnije mere vaspitanja uz brigu i nadzor nadležne službe, i
- b) pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u vaspitnoj ustanovi u trajanju od šest meseci do dve godine – izriče se kad sud oceni da je za osvarenje svrhe vaspitnih mera prema maloletniku potrebno preduzeti trajnije i intenzivnije mere vaspitanja.

Sledeću vrstu vaspitnih mera čine zavodske mere. Ovo su najbrojnije vaspitne mere koje se izriču kao krajnje sredstvo kada prema maloletniku treba preduzeti trajnije i intenzivnije vaspitne mere ili mere lečenja uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine. To su:

- 1) upućivanje u disciplinski centar. Maloletnik se upućuje u disciplinski centar, na neki od sledećih načina:
 - a) do šest sati dnevno subotom i nedeljom u trajanju od tri do osam sedmica,
 - b) na određeni broj sati tokom dana u trajanju od 14 do 30 dana,
 - c) na neprekidni boravak subotom i nedeljom u trajanju od tri do osam sedmica, i
 - d) na neprekidni boravak u trajanju od 15 dana do tri meseca.
- 2) upućivanje u vaspitnu (odgojnu) ustanovu u trajanju od šest meseci do dve godine – izriče se kad je maloletnika potrebno odvojiti iz sredine u kojoj živi i uz pomoć, brigu i nadzor vaspitača i drugih stručnjaka omogućiti trajnije delovanje na njegovu ličnost, razvoj i vaspitanje, posebno putem obrazovanja i radnog osposobljavanja,
- 3) upućivanje u vaspitni zavod u trajanju od šest meseci do tri godine – izriče se maloletniku kad ga je nužni izdvojiti iz dosadašnje sredine, a s obzirom na izražene poremećaje njegovog ponašanja i nedovoljnu spremnost da prihvati vaspitne uticaje, potrebno prema njemu primeniti pojačane mere vaspitanja i
- 4) upućivanje u posebnu vaspitnu ustanovu u trajanju od najduže tri godine – izriče se prema maloletniku sa psihofizičkim oštećenjem.

Kazna maloletničkog zatvora je najteža maloletnička krivična sankcija koja se može izreći samo starijem maloletniku u trajanju od šest meseci do pet (a samo izuzetno do deset) godina koji je izvršio krivično delo za koje je u zakonu predviđena kazna zatvora od tri godine ili teža kazna, ako s obzirom na prirodu i težinu učinjenog dela i visok stepen krivice učinioca nije opravdano takvom licu izreći neku od vaspitnih mera. Ova kazna se izuzetno može izreći u trajanju do deset godina u dva slučaja:

- a) ako se radi o krivičnom delu za koje je u zakonu predviđena kazna dugotrajnog zatvora, i
- b) ako se radi o sticaju najmanje dva krivična dela za koja je u zakonu predviđena kazna zatvora od deset godina ili teža kazna.

Zaključak

Na međunarodnom i evropskom nivou usvojeni su i razvijeni visoki standardi u pogledu adekvatne regulacije maloletničke delinkvencije. Većina savremenih država je usvojene međunarodne standarde implementirala u sopstveno zakonodavstvo. Republika Srbija i Republika Srpska, takođe se mogu svrstati među zemlje koje su bar deklarativno prihvatile aktuelne međunarodne krivičnopravne standarde u vezi sa problematikom maloletničke delinkvencije. Problem je još uvek u nedovoljnom i neefikasnom sprovođenju u praksi, iako je i na tom planu poslednjih godina učinjen značajan napredak.

Republika Srbija i Republika Srpska sledile su tendencije savremene kriminalne politike drugih razvijenih evropskih zemalja (Francuska, Nemačka, Hrvatska), pa su na poseban, specifičan način, odredile krivičnopravni status maloletnika. Ta specifičnost se ogleda u više pravaca: 1) donet je Lex specialis - poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica čime su maloletnici u svom krivičnom pravnom položaju u potpunosti odvojeni od statusa punoletnih lica kao učinilaca krivičnih dela, 2) određena je posebna nadležnost viših sudova za postupanje u krivičnim predmetima maloletnih učinilaca krivičnih dela, 3) predviđena je obavezna specijalizacija lica koja u organima krivičnog pravosuđa učestvuju u krivičnom postupku prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (uz prethodnu obuku i izdavanje licenci – „sertifikata“, iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih), i 4) pored krivičnih sankcija zakon je prema maloletnim učiniocima krivičnih dela predvideo mogućnost izricanja posebnih mera sui generis - vaspitnih naloga (uputstava ili preporuka) – kao sredstava restorativne pravde kojima se izbegava pokretanje ili vođenje krivičnog postupka.

Analizom krivičnih sankcija za maloletnike u uporednom pravu, posebno u vezi sa primenom mera upozorenja, može se konstatovati sledeće:

- mere upozorenja su na sličan način regulisane u navedenim maloletničkim zakonodavstvima;
- evidentne su i određene specifičnosti, pa i razlike u regulaciji;
- posebna specifičnost vezana je za maloletničko zakonodavstvo Republike Srpske, gde je predviđena primena policijskog upozorenja za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, i ako je to srazmerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog dela. Ovakvu ili sličnu meru nemaju u primeni druga maloletnička zakonodavstva.

Summary

At the international and European level have been adopted and developed high standards in terms of adequate regulation of juvenile delinquency. Most of the modern state has adopted international standards implemented in its own legislation. Republic of Serbia and the Republic of Srpska, also can be classified among the countries that are at least nominally accepted the current international legal standards relating to the issue of juvenile delinquency. The problem is still insufficient and inefficient implementation in practice, although there was made significant progress in this area in recent years.

Republic of Serbia and the Republic of Srpska followed the trends of contemporary criminal policies of other developed European countries (France, Germany, Croatia), and in a special, specific way determine the criminal and legal status of minors. This specificity is reflected in several directions: 1) Lex specialis was passed - a special Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Juveniles, thus are minors in their criminal justice position completely separated from the adult's status as offenders, 2) Special jurisdiction is determined for district courts in handling criminal cases of juvenile offenders, 3) A specialization is required for persons in the criminal justice organs involved in the criminal proceedings against juvenile offenders (with previous training and licensing - "Certificate") and 4) in addition to criminal sanctions, law on juvenile criminal offenders, predicts the possibility of imposing special measures sui generis - a diversion orders (instructions or recommendations) - as a means of restorative justice which avoids the initiation or conduct of criminal proceedings.

The analysis of criminal sanctions for juveniles in comparative law, especially regarding the application of a caution, it can be concluded that:

- Precautions are similarly regulated in these juvenile legislation;*
- There are certain specifics, including differences in the regulation;*
- A special feature is related to the Juvenile legislation of the Republic of Srpska, where is intended the use of the police warnings for offenses for which a punishment of a fine or imprisonment up to three years, i and if it is in proportion to the circumstances and the gravity of the offense in accordance with offense. These and similar measures are not in use in other juvenile laws.*

СЛЕНГ ОСУЂЕНИКА¹

Проф. др Миомира Костић*
 Јелена Паповић**

Апстракт: У раду је представљен историјски развој сленга, његово значење и основне карактеристике. Приказан је значај сленга у стварању и функционисању поткултуре. Наведени су разлози за настанак сленга у затвореничкој заједници, појавни облици сленга у затворима, са приказом најупечатљивијих термина који се користе и њиховим значењем. Такође, посебно је указано на значај изучавања и разумевања сленга затвореничке заједнице, зарад успешног остваривања пеналног третмана према осуђеницима.

Кључне речи: сленг, осуђеници, друштвене групе.

Увод

Унутар већине данас познатих и испитаних језика присутна су два супротна, а ипак комплементарна процеса – диференцијација и интеграција. Процес диференцијације се манифестује кроз стварање различитих подјезика који се дефинишу територијално, социјално или функционално. С друге стране, пак, процес интеграције је присутан у виду књижевног језика и стандарднојезичке норме која представља обједињујући чинилац за све представнике једне језичке заједнице. Као што се може закључити из наведеног, језици нису хомогена структура, већ се као резултат хоризонталног и вертикалног раслојавања развијају и различити језички подтипови². Подтипови језика карактеристични су за уже, издвојене друштвене групе.

Први који су проучавали потребу ужих друштвених група да се издвоје од доминантне заједнице били су припадници Чикашке школе, а социолог

* Професорка на Правном факултету Универзитета у Нишу, kosticm@prafak.ni.ac.rs

** Тужилачки приправник Вишег јавног тужилаштва у Нишу, jpravovic@gmail.com

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

² М. Иванишевић, Ј. Ђорђевић, *Кодирање тајности комуникације затворене групе - језичка средства*, Примењена лингвистика, Београд-Нови Сад, 2010. година.

Алберт Коен је први за те издвојене групе увео термин поткултура, односно субкултура, како би објаснио њихова засебна понашања.³ Специфичност ових група одликује се незнатним променама основног модела културе, са којом могу бити у конфликтном или неконфликтном односу. Затвореничка заједница представља типичан облик субкултуре чији су основни елементи систем друштвених улога осуђеника, вредносни систем и правила понашања⁴. Једна од карактеристика затвореничке заједнице јесте специфичан говор, арго или сленг који ова друштвена група користи.

Основна карактеристика оваквог типа говора је жеља припадника групе која га користи да информације остану недоступне другим говорницима истог језика. Код ових група компонента тајности је најбитнија, јер предузимају радње које су кажњиве; чим се неки израз пробије из уског круга корисника, који се својим специфичним језиком између себе препознају и штите од других друштвених кругова, он мора хитно да буде замењен новим, познатим само члановима дате групе. Стога је арго језички тип који се мења далеко најбрже.⁵

Сленг - појам, развој и особине

У лингвистичкој литератури се значења термина жаргон, арго и сленг често преклапају. Термин жаргон везује се за затворену професионалну терминологију с циљем издвајања, односно језичким средствима обележеног издвајања, термин сленг за афективно нестандардно споразумевање у сфери субкултуре, а термин арго за тајно споразумевање припадника одређених интересних група које своју делатност обављају изван друштвено установљених норми. Полазећи од језичког значења, сленг (slang) је особени говор неке групе људи, или вулгарне речи и изрази лондонске улице⁶. Настаје као потреба групе људи да међусобну комуникацију прилагоде својим потребама и из ње искључе оне који групи не припадају. Сленг је карактеристичан за усмену комуникацију малих, затворених група, док се ретко јавља у писаном општењу. Поједини аутори сматрају да је сленг крајње интимни чин, уз то врло афективан, често груб или циничан.⁷

Током средњег века уочена је регионална разлика у изговору и дијалекту⁸

³ С. Константиновић Вилић, В. Николић Ристановић, М. Костић, *Криминологија*, Пелокан принт, Ниш, 2009. године, стр. 313.

⁴ Детаљније о томе: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. година, стр. 234.

⁵ М. Иванишевић, Ј. Борђевић, *Кодирање тајности комуникације затворене групе - језичка средства*, Примењена лингвистика, Београд-Нови Сад 2010. година.

⁶ М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 1996/97, стр. 830.

⁷ Б. Хлебец, *Енглеско-српски, српско-енглески речник сленга*, Београдска књига, Београд, 2004. година, стр. 5.

⁸ Ово је карактеристично за енглеско говорно подручје, а аутори који су се залагали за издвајање засебних језичких облика били су Џефри Чосер и Вилијам Какстон, J. Green, *The Slang Thesaurus*,

која се може сматрати основом за настанак сленга. Свој пуни значај сленг добија у шеснаестом веку када се развија „језик енглеских криминалаца“ (The English Criminal Cant), којим се користе криминалци и преваранти. У почетку он се споро развијао и сматрао се табуом, али касније добија своју примену у уметничком изражају, кроз представе и поезију. Први речник сленга уређен је у једном париском затвору и имао је 1500 речи.⁹

Сленг као начин говора карактеришу одређена правила која су везана за грађење. Тако се може богатити фонд речи у лексици, односно стварају се потпуно нове речи нпр. „пајкан“ полицајац, „смор“ досада; може се мењати смисао већ постојећих речи; семантичка промена, нпр. „дувати“ пушити марихуану, „одлепити“ полудети или се мења облик речи – морфологија, нпр. „пелин“ - пелинковац. Употреба сленга понекад иде до те тачке да се стварају потпуно нове и нејасне речи, како би се околина искључила из комуникације и како би се она могла успоставити само унутар чланова групе. Сленг се користи као средство препознавања између чланова групе и диференцирања те групе од целокупног друштва. Према томе, сленг је карактеристичан за одређене поткултуре, као и мањине. Ипак, може доћи до ширења сленга и ван ових група. Такве речи најчешће губе свој статус сленга, што је случај са сленгом наркомана, који је у новије време познат осталим друштвеним групама.

Сленг може бити коришћен за заобилажење социјалних табуа. Из тог разлога вокабулар сленга је најбогатији у области дроге, криминала, сексуалности и насиља. Сленг може бити прилично регионалан, односно коришћен на веома малом простору (постоје велике разлике између нпр. новосадског и београдског сленга, сленга наркомана, затвореника...). Сленг има много варијетета, другачије друштвене групе у другачије време развијају сопствени, различит сленг. Важност постојања тајног кода или језика подстиче друштвене групе да константно обнављају језик, како га други не би разумели. Многе речи из сленга се замењују новим када говорницима досаде или када постану превише коришћене ван групе. Сленг треба разликовати од жаргона. Сленг је генерално неформалан, док је жаргон формални технички језик неке одређене професије (нпр. медицине).

Сленг у затворима

Затворска заједница је вештачки створена као реакција државе на криминалитет, састављена само од мушкараца или само од жена, неприродна због људи различитог схватања, менталитета, навика, жеља која не постоји на слободи и на добровољној основи.¹⁰ Као таква, одликује се бројним карактеристи-

Reguis books, Лондон 1986, стр 7.

⁹ Први пут се појављује у представи Ричарда Брума, а касније и у песмама Копланда, опширније у раду *Sleng* <http://www.uncp.edu/home/canada/work/allam/1914-/language/slang.htm>

¹⁰ Детаљније о томе: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Ленологија*, Свен, Ниш, 2006.

кама и специфичностима, а неке од њих су везане за односе и комуникацију осуђеника. Ови односи могу се посматрати са аспекта односа према формалном систему и међу самим осуђеницима.

Иако на први поглед не изгледа тако, осуђеничка заједница је врло активна и динамична како у међусобним односима, тако и према формалном систему. Заједнички живот их тера да једни другима прискачу у помоћ, да се уздржавају од комуникације и понашања које им може шкодити, да не ремете међусобне односе и стварају конфликте, да се држе на одстојању од припадника формалног система.¹¹

Како би се осуђеник који долази у затвор успешно прилагодио осталим затвореницима, потребно је да прихвати сленг који остали осуђеници користе. Коришћење сленга је једна од могућности да осуђеници искажу своју слободу, барем привидну, јер тада могу у затворски систем који је строго организован унети нешто своје и индивидуално, што им није наметнуто од формалног система. Такође, осуђеници приликом уласка у затвор губе контакт са друштвеним групама на слободи и упућени су само на остале затворенике. Како би надоместили губитак интензивног контакта са породицом и пријатељима, осуђеници се интегришу у осуђеничку заједницу, прихватају моделе понашања који су у њој доминантни, па тако и начин говора који та група употребљава. Заузврат, доминантна заједница у затвору их прихвата и пружа им одређену врсту сигурности.

Индивидуализација говора карактерише природу односа и потреба групе која га користи. Стога, сленг није исти у свим затворима у једној држави, а он може имати одређених карактеристика и у односу на поједине групе у затворима, у зависности од тога колико та група жели да се издвоји од осталих затвореника. Тако изрази које осуђеници користе могу бити различити, и односити се на различите видове комуникације. Почев од затвора и затворског особља, уочава се шаренило израза, на пример, затвор је „академија“¹², „фрижидер“, „бетон“, „творза“¹³, „кућа“, истражни затвор - „куфер“. Постоји већи број израза и за полицајце и затворско особље, на пример „керови“, „кербери“, „плавуше“, „анђели“, „пубови“¹⁴, „дирек“, васпитач је „комесар“, полицијски позорник „табанаш“, полицајац у цивилу „лентраш“, полицијско возило „приколица“, и слично.¹⁵

година, стр. 226.

¹¹ М. Милутиновић, *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година, стр. 231.

¹² <http://mentalfloss.com/article/12794/50-prison-slang-words-make-you-sound-tough-guy>, приступљено, 10.06.2013. године.

¹³ Б. Хлебец, *Енглеско-српски, српско-енглески речник сленга*, Београдска књига, Београд, 2004. година.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Изрази који су приказани представљају постојеће доступне податке о сленгу у затвору. Како је он склон честим променама, постоји могућност да су поједини изрази изашли из употребе, односно да су замењени новим.

Приликом организовања група у затворима, осуђеници заузимају одређене улоге и у складу са њима се понашају. Уопште узев, може се приметити велики ауторитаризам у затвореничкој заједници¹⁶ који утиче на односе међу осуђеницима. У складу са тим формирају се и сленг изрази за улоге које осуђеници имају, тако је на пример „цинкарош“ осуђеник који потказује друге, „херој“, „кукавица“, „силеција“, „трговац“ манипулише осталим осуђеницима, „вукови“ су хомосексуалци силеције, који имају мушку улогу у хомосексуалном односу, док су „девојчице“ они који имају женску улогу у хомосексуалном односу, „горила“ је осуђеник који силом узима од других оно што жели, „слабић“ онај који подлеже претњама гориле, „шаран“ је глуп осуђеник, „војник“ извршилац насилних поступака за рачун „газда“¹⁷, „пломбиран“ несналажљив осуђеник, „печуркар“ неискусан криминалац, „ударити“ побећи, „тапкарити“ одавати информације за новац, „тренирати“ ударати по глави, „хијена“ доушник, „дугопругаш“ затвореник осуђен на дугу временску казну, а наредна казна је „приколица“ итд.

Затвореници комуницирају о различитим темама, које су врло често везане за разлоге који су их у затвор довели, те често коментаришу судски поступак у којем су осуђени, понашање судије, тужиоца или других учесника, начин на који је полиција поступала према њима и какав став они имају према томе. При оваквим разговорима они често употребљавају изразе у сленгу како би онемогућили чуваре да разумеју њихове разговоре. Поред ових тема затвореници коментаришу услове у затвору, дисциплинске мере, храну и рад. Клемер је установио листу од 1063 израза који се користе у затворима, од тога 10,9% имају сексуалну садржину, 34,44% се односе на ситуације у затвору, 20,08 на криминалну активност, а преостали проценат на друга интересовања (алкохолизам, вагабунцење и сл.)¹⁸. Овај круг разговора који је широк и посебно интензиван обухвата и разна оговарања било између самих осуђеника или оговарања службеног особља, затим разне афере у установи, па чак и ситне дневне проблеме који постоје међу осуђеницима или у пројекцији према формалном систему.¹⁹

Такође, осуђеници веома често у току издржавања казне чине дисциплинске преступе или кривична дела, на тај начин што код себе држе предмете који су према затворским правилима забрањени или се коцкају. Како би набавили ове предмете затвореници за њих често употребљавају изразе који су само њима познати и на тај начин избегавају кажњавање од стране формалног система. У оваквој комуникацији често се користе арго изрази – „пламен“ (коцкање),

¹⁶ Детаљније о томе: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. година, стр. 227.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Цитирано према М. Милутиновић, *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година, стр. 249.

¹⁹ Ibid.

„исталити“ (поделити плен), „истапирати се“ (изгубити сав новац у коцкању), „пушкарити“ (варати на картама).²⁰

Осуђеници из затвора могу наставити са вршењем кривичних дела изван затвора, што се посебно односи на оне осуђенике који су били високо позиционирани у криминалној организацији. У циљу наставка ових активности они успостављају комуникацију са осталим члановима на слободи путем сленга који је полицији и чуварима неразумљив, а како би спречили да њихове активности буду откривене. Затвореницима је познато да се њихова пошта може контролисати од стране формалног система а разговори могу бити прислушквани, те често прибегавају коришћењу уобичајених израза за радње извршења кривичног дела како код формалног система не би изазвали сумњу. Како би успешно комуницирали са осталим припадницима криминалне групе који су на слободи, често користе ове изразе: „укантати“ (убити), „истрошити“ (убити с више хитаца), „испеглати“ (претући), „марела“ (крађа), „звизнути“ (украсти), „велико спремање“ (обијање стана), „ладан облог“ (обијање). Готово највише сленг израза везано је за комуникацију криминалних група које се баве илегалном трговином наркотицима. У њиховој комуникацији примећено је коришћење следећих израза: „ЦД“ „папири“ (пакет хероина), „фул опрема“ (дрога остављена у колима), „стандардно“ (стандардно паковање дроге), „тврдо оно“ (хероин или кокаин у камену, односно чврстом облику), „од шест да се направи деветка“ (миксовање хероина или кокаина са неком другом супстанцом), „и ово у оригиналу, једно малецко“ (хероин или кокаин без миксовања у количини од 5 грама), „петарда“ (5 килограма хероина), „цигла“ (хероин или кокаин пакован у облику цигле), „цемент“ (хероин и кокаин у праху).²¹

У већини затвора постоји илегално тржиште дроге, а многи осуђеници злоупотребљавају наркотику. Како је овакво понашање строго забрањено у затвору осуђеници се на различите начине труде да све што је везано за дрогу сакрију од формалног система. С тим у вези, постоји велики број сленг израза који су односе на злоупотребу дроге. Тако је дрога „гадро“, „црно“, „окица“ (опијум), „блоу“ (кокаин), „стаф“ (хашиш), „биљка“, „цица“ (марихуана), „чисте ствари“ (синтетске дроге), „киселина“ (ЛСД), „Сан Франциско бомба“ (комбинација хероина, кокаина и ЛСД-а), „фикс“ (доза дроге која се даје путем инјекције).²² Поред израза за дрогу, постоје и арго термини за прибор који се користи при употреби дрога: „GUN“ (шприц за убризгавање дроге), „пањ“ (пакетић дроге), „ризла“ (папир за прављење цигарета). Арго изрази којим се описује техника употребе дрога су: „наћи се“ (погодити вену), „пљугање“ (пушење), „снифовање“ (ушмркавање), „сут“ (убод, узимање дроге

²⁰ Б. Хлебец, *Енглеско-српски, српско-енглески речник сленга*, Београдска књига, Београд, 2004. године.

²¹ Опширније о овоме на: <http://www.uncp.edu/home/canada/work/allam/1914-/language/slang.htm>

²² Б. Хлебец, *Енглеско-српски, српско-енглески речник сленга*, Београдска књига, Београд, 2004. година.

инјекцијом).²³

Наведени изрази говоре о начину живота осуђеника, центрима њиховог интересовања и улогама које у групи заузимају. Приказан је само део израза који су доступни у литератури, како би се указало на најзначајније аспекте комуникације осуђеника. Поред ових израза, постоји и прегршт других, који се употребљавају за означавање сличних термина, те су овде истакнути само најупечатљивији.

Значај сленга у пеналном третману

Третман према осуђеницима спроводи се како би се они ресоцијализовали и након издржавања казне успешно интегрисали у нормалне друштвене токове. Основна претпоставка за успешан третман јесте упознавање осуђеника. Готово је немогуће препознати ставове, навике и потребе осуђеника, уколико се не познаје језик којим они међусобно говоре. Ретка су истраживања која су се бавила затвореничким друштвом²⁴, јер је веома тешко укључити се у друштвене токове затвореника и посматрати их у природном облику. Међусобна комуникација осуђеника доста говори о стању у затвору, њиховим односима, али и активностима које су везане за поновно вршење кривичних дела. Разговори осуђеника служе као информатор активности, догађаја и понашања у затворској установи.

Проблем приликом изучавања сленга осуђеника огледа се првенствено у намери осуђеника да сакрију право значење израза које употребљавају, али и у сталном увођењу нових израза.

Сталним праћењем осуђеника од стране затворског особља и терапеута може се разазнати природа њихових разговора и издвојити изрази које они чешће користе. Како би се протумачило њихово значење, неопходно је свеобухватно сагледати контекст комуникације. Стога не чуди што је за разоткривање значења комуникације неопходно учешће тима стручњака у која улазе криминолози, пенолози, социолози и лингвисти.²⁵

Већи проблем у тумачењу израза ствара њихова стална измена. Како би се превазишао овај проблем, терапеути у затвору требају бити упознати са тре-

²³ <http://mentalfloss.com/article/12794/50-prison-slang-words-make-you-sound-tough-guy>

²⁴ Јелена Шпадијер Џинић је у свом раду *Затвореничко друштво* (Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1978. година), презентовала особености и карактеристике затвореничког друштва, посматрано на нивоу наше државе.

²⁵ На сличан начин поступа се и у току кривичног поступка, приликом сагледавања припадника организованих криминалних група које у својој комуникацији користе сленг изразе како би прикрили право значење својих израза, тада се одређује вештачење од стране тима стручњака у циљу дешифровања употребљених израза (пример: пресуда Вишег суда у Београду - Посебно одељење за борбу против организованог криминала, К По 1 бр. 123/10 од 10.01.2010. године).

нутним друштвеним токовима и догађајима у затвору, јер управо се ту може наћи инспирација за измену појединих израза и увођење нових.

Поред свих тешкоћа коју изазива праћење сталне комуникације осуђеника, њен значај је изузетан. Он пружа могућност терапеуту да продре у односе који владају у осуђеничкој заједници боље од осталих начина посматрања. Сазнавањем оваквих информација, формални систем може превентивно деловати на нежељене ситуације у затвору, посебно код планирања бекства, побуна или међусобних обрачуна. Значајно је посматрати комуникацију осуђеника и приликом њиховог разврставања у групе, где осуђеници који исказују већи степен конфликтности или немира у групи могу бити пребачени у другу групу, са строжијим обезбеђењем. Учестале су и ситуације у којима доминантна група у затвору малтретира, најчешће из досаде, поједине затворенике. Код оваквих појава нужна је реакција формалног система у виду издвајања малтретираног осуђеника из групе, како би се он заштитио. У затворима се стварају групе са израженом хијерархијом које теже организовању посебног система односа, паралелно са формалним системом. Овакве групе могу имати штетан утицај на спровођење третмана, стога се њихова активност може спречити издвајањем чланова у посебне групе у затворима.

Закључак

„Идеалан је онај језик који с најмање средстава постиже најбоље резултате.“ (Едвард Сапир)

Сленг као начин говора мањих, затворених друштвених група, има дугу историју трајања. У новије време, са присуством савремених комуникација доживљава пуну експанзију. Сленг је посебно погодан облик комуникације за маргиналне друштвене групе, као што су затвореници, а ово из разлога што они садржај своје комуникације желе да сакрију од формалног система.

Као и сваки говор, сленг највишу концентрацију израза има у актуелним темама. Осликава фокус пажње друштвене групе која га користи, њене активности, потребе, мотиве и навике. Разумевањем сленга који група користи може се продрети у суштину односа који владају у друштвеној групи, као и разлога из којих је она оформљена.

Посматрање сленга осуђеника представља значајан елемент третмана према осуђеницима. Путем изучавања сленга могу се сазнати жеље, потребе, страхови и намере осуђеника које они нису спремни да поделе са формалним системом. Стога је од великог значаја да у затворској установи постоји довољан број стручних терапеута који би сталним праћењем у потпуности могли да разазнају сленг осуђеника. Оваквим поступањем према затвореницима третман би био свеобухватнији и ефикаснији.

Литература

- Вујаклија М., *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1996/97. година.
- Green J., „The Slang Thesaurus“, Peguis books, Лондон, 1986. година.
- Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. година.
- Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2011. година.
- Милутиновић, М., *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година.
- Иванишевић М., Ђорђевић Ј., *Кодирање тајности комуникације затворене групе -језичка средства*, Примењена лингвистика, Београд-Нови Сад, 2010. година.
- Хлебец Б., *Енглеско-српски, српско-енглески речник сленга*, Београдска књига, Београд, 2004. година.
- Шпадијер Џинић Ј., *Затвореничко друштво*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1978. година.
- Пресуда Вишег суда у Београду - Посебно одељење за борбу против организованог криминала, К По 1 бр. 123/10 од 10.01.2010. године.

Интернет адресе

- <http://www.uncp.edu/home/canada/work/allam/1914-/language/slang.htm>,
- <http://mentalfloss.com/article/12794/50-prison-slang-words-make-you-sound-tough-guy>,

Miomira Kostić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law, University of Niš, Serbia
Jelena Popović,
Prosecutorial assistant at the Higher Public prosecution in Niš

PRISONERS' SLANG

Summary

This paper presents the historical development of slang, its meaning and basic characteristics. It shows the importance of slang in the creation and functioning of the prison subculture. Below are the reasons for the occurrence of slang in the prison community, forms of slang in prisons, in addition to showing most of the terms used and their meaning. Furthermore, this paper especially points out the importance of studying and understanding prison community slang in order to achieve successful implementation of the penal treatment of the prisoners.

Keywords: *Slang, prisoners, community groups.*

KRIVIČNOPRAVNI POLOŽAJ MALOLJETNIH UČINILACA KRIVIČNIH DJELA PREMA CRNOGORSKOM ZAKONU O POSTUPANJU PREMA MALOLJETNICIMA U KRIVIČNOM POSTUPKU, SA POSEBNIM OSVRTOM NA ALTERNATIVNE MJERE I KRIVIČNE SANKCIJE ZA MALOLJETNIKE

Doc. dr Darko Radulović*

***Apstrakt:** Maloljetnici su kategorija učinilaca krivičnih djela koja je uvijek imala naglašen poseban krivičnopравни status. Taj poseban položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela naročito je izražen u novom crnogorskom Zakonu o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, koji je donesen krajem 2011. godine. Naime, ovaj zakon u potpunosti reguliše položaj maloljetnog učinioca krivičnog djela sa aspekta krivičnog materijalnog, krivičnog procesnog i krivičnog izvršnog prava. U radu smo se bavili isključivo krivičnopравnim aspektom statusa maloljetnika kao učinioca krivičnog djela i to posebno pitanjem alternativnih mjera i krivičnih sankcija za maloljetnike. Prvi dio rada sadrži uvodna razmatranja koja govore o glavnim razlozima koji ukazuju na potrebu da se maloljetnici u krivičnom postupku različito tretiraju od punoljetnih lica. Drugi dio rada se bavi najvažnijim međunarodnim dokumentima i правним standardima iz oblasti maloljetničkog zakonodavstva, od kojih je većina usvojena i integrisana u našem Zakonu. Treći dio rada posvećen je alternativnim mjerama propisanim novim Zakonom, i četvrti dio rada tiče se krivičnih sankcija za maloljetnike koje se smatraju alternativama kazni maloljetničkog zatvora i institucionalnim vaspitnim mjerama.*

***Ključne riječi:** Maloljetni učinilac krivičnog djela, alternativne mjere, alternativne krivične sankcije.*

Uvodna razmatranja

Maloljetnici su kategorija učinilaca krivičnih djela koja je od konstituisanja savremenih правних sistema imala u većoj ili manjoj mjeri naglašen poseban krivičnopравни status. Taj specifičan položaj maloljetnika u krivičnom zakonodavstvu bio je najčešće izražen na način da su u okviru општих одредаба krivičnih zakona

* Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица

bile predviđene posebne odredbe za maloljetne učinioce krivičnih djela i da su se te odredbe u principu primjenjivale na maloljetnike, a ostale opšte odredbe samo onda kada nisu u suprotnosti sa posebnim odredbama. Ovakva situacija bila je prisutna i u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore do donošenja novog (prvog) cjelovitog zakona koji u potpunosti reguliše položaj maloljetnika kao učinioca krivičnog djela sa aspekta materijalnog krivičnog prava, sa aspekta procesnog krivičnog prava i sa aspekta izvršnog krivičnog prava. Ovaj zakon, koji nosi naziv Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu Zakon), i koji osim pomenutih cjelina reguliše i zaštitu maloljetnika kao žrtve i oštećenog u krivičnom postupku, donesen je krajem 2011. godine. Donošenjem ovog zakona samo je uvaženo nešto što predstavlja tendenciju u savremenim krivičnim zakonodavstvima i uporednom pravu, a to je potreba da se maloljetnim učinocima krivičnih djela pristupi sa posebnom pažnjom i obazrivošću, počevši od definisanja opštih uslova za njihovu odgovornost u krivičnom pravu i uslova za izricanje krivičnih sankcija za maloljetnike, preko posebnih odredaba kada su u pitanju organi koji započinju i vode takođe poseban krivični postupak za maloljetnike, do posebnih odredaba koje se odnose na izvršenje krivičnih sankcija za maloljetnike. Možemo ustvrditi da je naš zakonodavac ispravno postupio kada se odlučio na jednu ovakvu kodifikaciju maloljetničkog krivičnog zakonodavstva, jer smatramo da nema adekvatnijeg modaliteta da se na jednostavan, a sadržinski, i u svakom drugom smislu sveobuhvatan način, reguliše položaj maloljetnika u krivičnom pravu od donošenja zakona ovog tipa.

Glorifikujući značaj posebnog zakona o maloljetnicima, ne treba izgubiti iz vida da je naše dosadašnje maloljetničko zakonodavstvo, i prije i poslije osamostaljenja Crne Gore, spadalo u red najnaprednijih zakonodavstava i da je uvijek u prvi plan isticana pomoć maloljetnom učiniocu krivičnog djela u smislu njegovog vaspitanja i reintegracije, a ne trpljenja zbog onoga što je učinio. Zato i postupak prema maloljetnicima nije postupak u pravom smislu riječi¹, nego postupak *sui generis*. Odavno se uvidjelo da krivična represija ne predstavlja optimalan vid društvene reakcije prema maloljetnim delinkventima, čak, štaviše, može da bude kontraproduktivna, pa je iskrsla potreba pronalaženja alternativnih instrumenata suprotstavljanja maloljetničkoj delinkvenciji.² I, upravo ovaj Zakon je utemeljen na takvim stremljenjima u krivičnom pravu sa posebnim naglaskom na restorativnoj pravdi³, odnosno elementima diverzionog modela koji se ogleda u novim mjerama – posebnim obavezama, odloženom gonjenju, vaspitnim nalogima, opomeni i slično.

¹ Obrad Perić: Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima, „Službeni glasnik RS“, Beograd, 1995, str.174.

² Dr Saša Knežević: „Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja na maloljetničku delinkvenciju“, *Pravna riječ*, br.15, 2008, str. 126.

³ Prof. dr Slobodanka Konstantinović-Vilić, prof. dr Miomira Kostić: „Restorativna pravda kao oblik reagovanja prema maloljetnicima s delinkventnim ponašanjem“, *Pravna riječ* br. 33/2012, Banja Luka, 2012, str. 317; K.Haines-D.O Mahony: *Restorative approaches, and Young People Young Justice, Youth Crime and Justice*, edited by B. Goldson-J.Muncie, London, 2006, str.110-111.

U literaturi se navode određeni elementi koji se smatraju glavnim razlozima naglog razvoja izbjegavanja krivičnog postupka i postupanja sa maloljetnim delinkventima u okviru vansudskih društvenih struktura. Ti razlozi se nalaze u mnogim benefitima koje ovakav način društvenog reagovanja na kriminalitet maloljetnika posjeduje, u odnosu na vođenje tradicionalnog konvencionalnog krivičnog postupka i izricanje krivičnih sankcija. Kao najznačajnije prednosti ističu se sljedeće: primjenom diverzionih modela izbjegavaju se negativni efekti koje vođenje klasičnog krivičnog postupka može imati na hipersenzibilnu ličnost i budući razvoj maloljetnog učinioca, izbjegava se stigmatizacija maloljetnika, na ovaj način se u značajnoj mjeri rasterećuju kapaciteti krivičnog pravosuđa, dalje, ekonomski momenat je veoma bitan i značajna sredstva se štede u budžetu na ovaj način, a koja izvršenje institucionalnih mjera i sankcija neminovno podrazumijeva. Konačno, brojna istraživanja pokazala su da alternativno postupanje predstavlja efikasniju i racionalniju strategiju reagovanja na kriminalitet maloljetnika, jer stopa recidivizma nakon primjene alternativnih mjera i postupaka nije veća ili je čak i manja u odnosu na slučajeve koji su procesuirani pred redovnim sudovima za maloljetnike.⁴ Postavlja se pitanje: šta je to što ukazuje na potrebu da se maloljetnici kao učinioci krivičnih djela različito tretiraju od strane zakonodavca u odnosu na punoljetna lica? Najprije, mora se imati u vidu biopsihički razvoj i sazrijevanje čovjeka. Čovjek od rođenja, pa do okončanja života, u jednom prirodnom procesu, od ranog djetinjstva prolazi određene faze u biopsihičkom i sociološkom razvoju. Svaki od tih perioda u razvoju čovjeka karakteriše se određenim elementima koji definišu pojedinca na odgovarajući način, dajući mu društveni, ekonomski i pravni status prilagođen njegovom uzrastu, odnosno starosnoj dobi. Ono što je specifično za doba maloljetstva jeste činjenica da se radi o periodu biopsihičkog razvoja koji se odlikuje naglim stepenom izrastanja, velikom kolebljivošću i posebnom podobnošću da se na njih utiče.⁵ Sve ovo zakonodavac je imao u vidu kada je maloljetnike tretirao kao posebnu kategoriju delinkvenata, a posebno potrebu da se prema njima odnosi sa posebnim senzibilitetom uz akcenat na pomoći, nadzoru i zaštitu maloljetnih učinilaca krivičnih djela, kako bi se kod njih razvio osjećaj lične odgovornosti, kako bi se pravilno vaspitali i obrazovali i tako preduprijedilo njihovo delinkventno ponašanje. Uvijek treba imati na umu da je riječ o mladim ljudima koji su tek zakoračili u život i kojima treba pružiti priliku da postanu korisni članovi društva. U našem krivičnom pravu lice ispod četrnaest godina smatra se djetetom, prema njemu ne mogu biti primijenjene krivične sankcije⁶ i ono ne posjeduje sposobnost za odgovornost u krivičnom pravu.⁷ Dakle, ovo su lica koja se,

⁴ Dr sc. Vedad Gurda: "Alternativne mjere u maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Trebinje, 2013, str. 468.

⁵ O tome šire Milan Škuljić: "Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih djela", Dosije, Beograd, 2003.

⁶ Zoran Stojanović: *Krivično pravo*, Podgorica, 2008, str. 357.

⁷ Prema najnovijim izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore iz 2011. godine ("Službeni list Crne Gore" 32/11) više se ne koristi termin krivična odgovornost, nego odgovornost za krivično djelo ili odgovornost u krivičnom pravu za označavanje ovog posebnog oblika društvene odgovornosti.

kada ostvare elemente bića nekog krivičnog djela, bez obzira na tu činjenicu nalaze van krivičnog prava, van zone odgovornosti u krivičnom pravu. Kada lice ispod četrnaest godina učini protivpravno djelo koje je u zakonu određeno kao krivično djelo, njegova odgovornost se određuje prema propisima koji regulišu porodične odnose. Maloljetnicima se smatraju lica koja su navršila četrnaest, a nisu navršila osamnaest godina i oni mogu da budu subjekat odgovornosti u krivičnom pravu. Razlikujemo dvije kategorije maloljetnika prema Zakonu o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku: mlađe maloljetnike (lica od 14 do 16 godina) i starije maloljetnike (lica od 16 do 18 godina). Mlađim maloljetnicima mogu biti izrečene sve krivične sankcije i krivičnopravne mjere predviđene Zakonom osim maloljetničkog zatvora, dok starijim maloljetnicima mogu biti izricane sve sankcije i krivičnopravne mjere bez izuzetka, dakle uključujući i maloljetnički zatvor. U okviru ovog rada, najvećim dijelom bavićemo se krivičnopravnim mjerama alternativnog karaktera koje su predviđene novim Zakonom, kao i krivičnim sankcijama za maloljetnike koje su po prirodi supstitut najtežim krivičnim sankcijama za maloljetnike, odnosno institucionalnim mjerama zavodskog tipa i maloljetničkom zatvoru. No, prije nego što pređemo na centralni dio rada posvećen pomenutim pitanjima, osvrnućemo se i na neke najvažnije međunarodne dokumente značajne za ovu problematiku i standarde u ovoj oblasti.

1. Najznačajniji međunarodni dokumenti i standardi kao osnova savremenog maloljetničkog zakonodavstva

U pripremi određenog zakonskog teksta, a pogotovo jedne značajne kodifikacije, kao što je donošenje jedinstvenog zakona o maloljetnicima kao učiniocima krivičnih djela, zakonodavac se, osim nacionalnim izvorima, neizostavno rukovodi i najvažnijim međunarodnim standardima i dokumentima iz odgovarajuće oblasti. Postupanje zakonodavca na ovaj način samo je posljedica nastojanja naše države da usaglasi svoju legislativnu aktivnost sa preporukama Evropske unije i međunarodne zajednice u cjelini, u cilju obezbjeđenja poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda uopšte, a u ovom slučaju maloljetnika kao učinioca, odnosno žrtve krivičnog djela.

Tako je naš zakonodavac, pripremajući ovaj Zakon, imao u vidu određene međunarodnopravne izvore, a istorijat međunarodnopravnog regulisanja maloljetničkog zakonodavstva i pravosuđa odvijao se paralelno sa razvojem dječjih prava.⁸ U svim međunarodnopravnim dokumentima ističe se značaj alternativnih mjera i što više izbjegavanje sudskih postupaka. Tako je Konvencijom UN o pravima djeteta (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine OUN 20.11.1989) predviđeno korišćenje što šireg spektra alternativnih mjera (usmjeravanje, nadzor, uslovno kažnjavanje,

⁸ Gordana Stojanović Milošević: Međunarodni krivičnopravni standardi u zakonodavstvu za mlade iz ugla nacionalnog prava, Primena međunarodnih krivičnopravnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima, Beograd, 2004, str. 402.

pravna pomoć, prihvata, obrazovanje i stručno obučavanje – čl. 40(4)). Pomenuta konvencija reguliše određena pitanja od velikog krivičnog značaja kada se govori o pojmu djeteta i položaju djeteta u odnosu na maloljetna lica koja podliježu krivičnom pravu. Konvencija, osim o pojmu djeteta, govori i o načelu ravnopravnosti djece, formulisanju najboljeg interesa djeteta kao osnovnog cilja svakog postupka prema djeci, pravu djeteta na porodicu i porodični život, pravu djeteta na izražavanje sopstvenog mišljenja, pravu djeteta na privatnost, posebnu pravnu i faktičku zaštitu, posebnim pravima djeteta u krivičnom postupku i u vezi sa postojanjem određenog stepena sumnje da je izvršilo krivično djelo i konačno, o utvrđivanju minimalne starosne granice sposobnosti za krivicu i davanju prednosti alternativnim načinima postupanja u odnosu na djecu kao učinioce krivičnih djela.⁹ Sva ova pitanja pružaju značajne smjernice u regulisanju položaja djeteta (maloljetnika) kao učinioce krivičnog djela sa aspekta materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava.

Standardima minimalnih pravila Ujedinjenih nacija za maloljetničko pravosuđe - tzv. Pekinška pravila (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN br. 40/03 29.11.1985) propisuje se mogućnost odstupanja od redovnog postupka, bez pribjegavanja formalnim raspravama, pri čemu je odstupanje od redovnog postupka moguće uz saglasnost maloljetnika ili njegovih roditelja ili staratelja. Primjera radi u čl.11 st. 4 predviđaju se alternativni programi, kao što su privremeni nadzor i usmjeravanje lokalne zajednice, naknada štete oštećenom i slično.

Smjericama Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije – tzv. Rijadske smjernice (usvojene Rezolucijom Generalne skupštine OUN 45/112 od 14.12.1990) ukazuje se na potrebu izbjegavanja kažnjavanja maloljetnika zbog ponašanja koja ne izazivaju veće negativne posljedice, a naglašava značaj preventivnih i alternativnih mjera.

Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mjere - tzv. Tokijska pravila (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine OUN 14.12.1990) propisuju mogućnost primjene alternativnih mjera diverzionog karaktera u svim fazama krivičnog postupka (prema prestupnicima koji se mogu optužiti, ili kojima se može suditi ili koji se mogu uputiti na izvršenje kazne). Primjena alternativnih kaznenih mjera treba da predstavlja korak ka ukidanju kažnjavanja i dekriminalizaciji (2.7), s tim što primjena tih mjera treba da se temelji na strogoj legalitetu (3.1). Kod izricanja ovih mjera nadležni organi treba da imaju u vidu prirodu i težinu djela, ličnost maloljetnika, svrhu kažnjavanja i prava žrtve (3.2), s tim što je neophodan pristanak maloljetnika na primjenu alternativnih mjera (3.4). Primjenom alternativnih mjera ne smiju se ograničavati prava prestupnika u većoj mjeri u odnosu na mjere sudskih organa (3.10). Tokijskim pravilima propisuje se širok katalog mjera diverzionog karaktera kojima se predupređuje izricanje krivičnih sankcija ili se zamjenjuju krivične sankcije.

⁹ Milan Škulić: *Maloletničko krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 176; prof. dr Miodrag Simović, prof. dr Dragan Jovašević i drugi: *Maloletničko krivično pravo*, Istočno Sarajevo, 2013, str. 33.

Od ostalih međunarodnih dokumenata u kojima se naglašava potreba za alternativnim modelima postupanja prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela treba pomenuti i Evropska pravila o društvenim sankcijama i mjerama za sprovođenje maloljetničkog krivičnog pravosuđa (Bečka pravila) iz 1997. godine i Rezoluciju XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo održanog u Pekingu 2004. godine, kojom su usvojene određene preporuke od velikog značaja za dalji razvoj maloljetničkog krivičnog prava.¹⁰

Na kraju ovog osvrtu na međunarodne izvore maloljetničkog krivičnog prava, kao osnovni princip ustanovljen već Konvencijom UN, jeste princip „najboljeg interesa maloljetnika“, ali koji neće biti shvaćen na vulgarno pojednostavljen način, jer, na primjer, obustava postupka ili izbjegavanje čak i zavodske vaspitne mjere, ne moraju bezuslovno biti najbolje solucije za konkretnog maloljetnika u datoj životnoj, psihološkoj, emotivnoj i obrazovnoj situaciji.¹¹

2. Alternativne krivičnopravne mjere u novom Zakonu o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku

Kada se govori o alternativnim krivičnim sankcijama uopšte, misli se prvenstveno na krivične sankcije koje treba da budu supstitut kazni zatvora, naročito onoj kratkotrajnoj. Dakle, to bi bile one krivične sankcije koje u potpunosti zamjenjuju kaznu lišenja slobode i koje se po pravilu nazivaju alternativama u užem smislu. Međutim, alternativama kazni zatvora u širem smislu mogu se smatrati i neke krivične sankcije koje ne supstituišu u potpunosti kaznu zatvora, zatim neke krivičnopravne mjere koje predstavljaju samo modalitet u izvršenju kazne zatvora, pa i određene mjere procesnopravnog karaktera koje učinioca krivičnog djela pod određenim uslovima udaljavaju od krivičnog postupka i kazne lišenja slobode.¹² Ako govorimo o maloljetnicima kao učiniocima krivičnih djela, istina je da i takva lica mogu da se pojave kao subjekti izvršenja krivičnih djela čija težina opredjeljuje potrebu da istima budu izrečene institucionalne vaspitne mjere, odnosno maloljetnički zatvor. Cilj novog Zakona jeste da stimuliše primjenu alternativnih krivičnopravnih mjera i krivičnih sankcija i da se pronađe prostor za njihovu primjenu, nekad čak i u situacijama težeg kriminaliteta, kada bi formalno bilo moguće maloljetnom učiniocu izreći institucionalne vaspitne mjere ili maloljetnički zatvor. Kao što smo u uvodu naznačili, tendencije su u maloljetničkom krivičnom pravu, uključujući i naprijed citirane međunarodne izvore, da se što više ide na alternativne, odnosno diverzione mjere, čija je svrha da se prema maloljetniku ne pokreće postupak ili da se postupak

¹⁰ Dr Dragan Jovašević, mr Zoran Stevanović: “Pojam i karakteristike maloletničkog krivičnog prava u Republici Srbiji”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br.1, 2008, str. 28.

¹¹ Dr Ljubomir Prelić: Maloletno lice kao subjekt krivičnog postupka, Nova rešenja u krivičnoprocesnom zakonodavstvu - teorijski i praktični aspekt, Zlatibor, 2011, str. 226.

¹² Dr Darko Radulović: “Alternativne krivične sankcije u svjetlu međunarodnih dokumenata, opravdanost i kritika”, *Pravna riječ*, br. 29/2011, Banja Luka, 2011, str. 422.

obustavi, te da se primjenom tih mjera utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela (čl. 9). Slijedeći taj trend, novi Zakon uvodi jednu alternativnu mjeru koja do sada nije postojala u zakonodavstvu, a to je opomena i takođe konkretizuje uslove za izricanje i broj vaspitnih naloga kao krivičnopravnih mjera koje su u naše krivično zakonodavstvo uvedene izmjenama i dopunama iz 2008. godine.¹³ I opomena i vaspitni nalozi su mjere sui generis, svrstane i formalno u alternativne mjere, sa posebno definisanom svrhom primjene, uslovima za izricanje, sadržinom i organima koji ih mogu primijeniti.

Opomena se može izreći, odnosno odrediti, za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a izriče je državni tužilac, odnosno određuje policajac za maloljetnike (ovlašćeni policijski službenik sa posebnim znanjima iz oblasti zaštite prava maloljetnih lica)¹⁴ na odobrenje državnog tužioca. Uslovi za izricanje opomene su: 1) da postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo, 2) da maloljetnik da svoj pristanak na izricanje ove mjere uz saglasnost zakonskog zastupnika i 3) da maloljetniku ranije nije izrican vaspitni nalog ili krivična sankcija. Kada cijeni uslove za izricanje opomene, nadležni organ će posebno voditi računa o odnosu maloljetnika prema krivičnom djelu koje je izvršio i oštećenom (čl. 10 Zakona). Već na prvi pogled jasno je da opomena predstavlja najblažu moguću mjeru krivičnopravne reakcije na lakše oblike kriminaliteta maloljetnika koju ne izriče sud i čija sadržina se sastoji u upozorenju maloljetnom učiniocu krivičnog djela kome ranije nisu bile izricane krivične sankcije da će sledeći put prema njemu biti izrečena krivična sankcija ako se ne uzdrži od vršenja krivičnih djela. Dakle, i opomena, kao uostalom gotovo sve mjere i sankcije za maloljetnike, ima naglašeno specijalno preventivno dejstvo kad je svrha njenog određivanja u pitanju. Ovdje je ostavljeno nadležnom organu da mimo postupka ili nakon započetog postupka pod određenim uslovima izrekne opomenu maloljetnom učiniocu krivičnog djela kada procijeni da će upozorenje biti dovoljno da ga odvraća od daljeg vršenja krivičnih djela i da će se tako obezbijediti pravilan razvoj i razvijanje lične odgovornosti maloljetnika. Budući da je neophodan pristanak maloljetnika dat u prisustvu zakonskog zastupnika, možemo zaključiti da je ovdje riječ o svojevrsnom sporazumu kojim maloljetnik posredno priznaje izvršenje krivičnog djela koje mu se stavlja na teret, a zauzvrat dobija beneficiju koja se sastoji od oprosta izvršenog krivičnog djela, izbjegavanja stigmatizacije krivičnim postupkom i izricanja krivične sankcije. S obzirom da je kao jedan od uslova za izricanje opomene postavljen zahtjev da se radi o primarnom (maloljetnom) učiniocu, njemu se ne određuju nikakve posebne obaveze. Slična mjera,¹⁵ sa gotovo istim uslovima

¹³ "Službeni list Crne Gore", br. 40/08.

¹⁴ Postupak prema maloljetnicima, shodno novom Zakonu, karakteriše se i po tome što i državni tužilac, sudija, policajac za maloljetnike i advokat (branilac) moraju imati posebna znanja iz oblasti zaštite prava maloljetnih lica.

¹⁵ Ova mjera se naziva policijsko upozorenje i izriče se pod sljedećim uslovima: a) da je riječ o krivičnom djelu za koje je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna, b) da maloljetnik priznaje krivično djelo, c) da je priznanje dato slobodno i dobrovoljno, d) da postoji dovoljno dokaza da

i sadržinom postoji u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske.¹⁶ Razlika u odnosu na naše zakonodavstvo je u tome što mjeru policijskog upozorenja izriče isključivo policija, odnosno ovlašćeni policijski službenik uz odobrenje tužioca.

Vaspitni nalog je druga alternativna mjera predviđena novim maloljetničkim zakonodavstvom Crne Gore. Vaspitni nalozi kao mjere sui generis uvedene su u krivično zakonodavstvo Crne Gore izmjenama i dopunama iz 2008. godine, ali su njihov broj, sadržina i uslovi za izricanje bili restriktivnije definisani u odnosu na sadašnje stanje. Uslovi za izricanje jednog ili više vaspitnih naloga jesu da se radi o krivičnom djelu za koje je propisana kazna zatvora do deset godina ili novčana kazna, da postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo i da maloljetnik da svoj pristanak u prisustvu zakonskog zastupnika. Za razliku od opomene koju osim državnog tužioca za maloljetnike može izreći i policajac za maloljetnike, vaspitne naloge može izreći samo državni tužilac za maloljetnike i pri njihovom izricanju mora naročito da vodi računa o odnosu maloljetnika prema krivičnom djelu i oštećenom.

I za opomenu i za vaspitni nalog, zajedničko je to da će se prilikom njihovog izricanja, odnosno određivanja, naročito cijeniti odnos maloljetnika prema krivičnom djelu i oštećenom. Dakle, procjena subjektivnog odnosa maloljetnika prema djelu i oštećenom je u isključivoj nadležnosti državnog tužioca. Takvo zakonsko rješenje (kakvo imamo i u Srbiji) u literaturi je ocijenjeno kao kolizija sa intencijom ovog zakona kojom se reguliše i zaštita oštećenog maloljetnika, jer ne postoje validni razlozi za uskraćivanje aktivne uloge oštećenog u kontroli preusmjeravanja društvene reakcije prema maloljetnom prestupniku sa kolosijeka krivične represije na različite vidove alternativnog legalnog reagovanja.¹⁷ Na osnovu čega će državni tužilac cijeniti taj subjektivni odnos maloljetnika prema krivičnom djelu i oštećenom, pošto zakonodavac nije odredio sadržaj tog odnosa? U svakom slučaju, potrebno je da maloljetnik pokaže određenu svijest u odnosu na djelo i njegove posljedice i da izrazi određenu dozu kajanja i razumijevanja položaja oštećenog, kome je krivičnim djelom neko pravo povrijeđeno ili ugroženo.¹⁸ Stavljanjem u nadležnost državnog tužioca izricanje vaspitnog naloga, ističe se u literaturi, narušava se princip odvojenosti krivičnoprocesnih funkcija,¹⁹ tako da bi uloga državnog (javnog) tužioca mogla da bude samo inicijativne prirode u smislu predlaganja primjene vaspitnog naloga, a ne i u izricanju ove mjere.²⁰ Međutim, državni tužilac i u postupku protiv punoljet-

je maloljetnik učinio krivično djelo, e) da prema maloljetniku nije ranije izricano policijsko upozorenje, primijenjena vaspitna preporuka ili izricana krivična sankcija. Navodi se još i zahtjev da su ispunjeni uslovi iz člana 88 ovog zakona i da je izricanje ove mjere srazmjerno okolnostima i težini krivičnog djela.

¹⁶ "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 13/20.

¹⁷ Dr Saša Knežević: Op. cit...str.130.

¹⁸ O tome šire dr Milan Škulić: Maloletničko krivično pravo...str. 281.

¹⁹ Dr Saša Knežević: Op. cit...str.130.

²⁰ Dr Đorđe Ignjatović: „Maloletničko krivično pravo između bolećivosti i retributivnosti“, *Pravni*

nih lica nastupa kao državni organ, a ne kao stranka, kojeg obavezuje načelo istine (da sa jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje činjenice koje terete okrivljenog i koje mu idu u korist) i on može odložiti krivično gonjenje (diverzija krivičnog postupka) i naložiti osumnjičenom neku od obaveza predviđenih u članu 272 ZKP. I ovdje u postupku prema maloljetnicima kod izricanja vaspitnih naloga radi se o diverzionom modelu postupanja.

Katalog vaspitnih naloga u odnosu na dosadašnje stanje zakonodavstva znatno je proširen, skoro udvostručen, i umjesto ranijih pet, sada imamo devet vaspitnih naloga (čl. 12), a to su:

- 1) poravnanje sa oštećenim,
- 2) redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao,
- 3) uključivanje u određene sportske aktivnosti,
- 4) obavljanje društveno korisnog i humanitarnog rada,
- 5) plaćanje novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove,
- 6) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkohola ili droge,
- 7) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, savjetovalištu ili drugoj odgovarajućoj organizaciji,
- 8) pohađanje kurseva za stručno osposobljavanje ili priprema i polaganje ispita,
- 9) uzdržavanje od posjećivanja određenog mjesta ili kontakta sa određenim licima.

Ono što je novina u odnosu na dosadašnje stanje zakonodavstva, jeste da prilikom izbora i primjene vaspitnog naloga državni tužilac za maloljetnike saraduje sa organom starateljstva, odgovarajućom ustanovom ili organizacijom, posrednikom pedagogom, psihologom ili drugim stručnim licem koje može pružiti odgovarajuća obavještenja o maloljetniku, odnosno primjeni vaspitnog naloga.

Budući da vaspitni nalog nema represivni karakter, nego da mu je osnovna svrha da utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti, kako ubuduće ne bi činio krivična djela, to je moguća i kumulativna primjena vaspitnih naloga, a sve njih, gore navedene mogli bismo klasifikovati u tri grupe - restorativne, edukativno vaspitne i terapijske.

I prije uvođenja vaspitnih naloga u naše maloljetničko zakonodavstvo primjenjivalo se načelo oportuniteta bez izricanja bilo kakvih mjera, što se u teoriji naziva jednostavna diverzija,²¹ koja ne podrazumijeva neki posebni angažman struktura

život, br. 9, 2004, str. 536.

²¹ Ivana Stevanović: „Nova zakonska rešenja o maloletnicima - značaj alternativa u institucionalnom tretmanu“, *Temida*, br. 1, 2006, str. 63.

uključenih u maloljetničko pravosuđe. To se bitno razlikuje od diverzije sa intervencijom²² kod primjene vaspitnih naloga, koja podrazumijeva širu lepezu mjera koje utiču na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti.

Gledajući uslove za izricanje vaspitnih naloga, kao i vrste naloga, može se zapaziti da je odlučujuća uloga maloljetnika (izuzimajući poravnanje sa oštećenim) u realizaciji vaspitnih naloga i da ga stavljaju u sam centar odlučivanja. Upravo je i smisao uvođenja vaspitnih naloga u maloljetničko zakonodavstvo stavljanje adolescenta u položaj i situaciju subjekta koji se informiše, odmjerava, odlučuje i prihvata obavezu da nalog i ostvari, u opštem, a prije svega sopstvenom najboljem interesu.²³

Kad su u pitanju maloljetnici kod kojih izvršenje krivičnog djela predstavlja epizodu koja nije prešla u model ponašanja, nije poželjno kao prvu mjeru primijeniti krivičnu sankciju. Savremena naučna istraživanja ukazuju da to može da bude i kontraproduktivno, pa je u tom smislu poželjna postupnost, što znači poći od primjene parapenalnih mjera, a na planu procedure izbjegavati postupak pred sudom.²⁴ Iako je vaspitni nalog kao alternativna mjera prema maloljetnicima uveden u naše krivično zakonodavstvo Zakonom o izmjenama i dopunama KZ 2006. godine, on do sada nije naišao na širu primjenu u praksi. Zašto je to tako, teško bi bilo dati argumentovan odgovor bez određenog empirijskog istraživanja. Ali, čini nam se da se razlog, bar djelimično, nalazi u činjenici da je naše pravosuđe, u dobroj mjeri, konzervativno i da teško šire otvara vrata novim institutima. Svaki od naprijed navedenih vaspitnih naloga zaslužuje bar kraći komentar, ali bi to tražilo više prostora, tako da se na tome nećemo zadržavati. Mislimo da je ipak najvažniji onaj koji je stavljen na prvo mjesto u čl. 12 – poravnanje sa oštećenim. Mislimo da će to biti i najčešće primjenjivani vaspitni nalog, ali je za njegovu realizaciju bitan i stav oštećenog. Značaj stava oštećenog još više dolazi do izražaja ako je i oštećeni maloljetno lice, što posebno treba imati u vidu prilikom zaključenja poravnanja, gdje maloljetni oštećeni od pasivne žrtve krivičnog djela treba da postane mnogo aktivniji učesnik u postupku, što za prvu posljedicu ima kontinuirano informisanje oštećenog o kretanju konkretnog slučaja, a u krajnjem ishodu to umnogome doprinosi osnaživanju oštećenog.²⁵ Uvažavanje stava i ponašanja oštećenog maloljetnika značajno je i radi predupređenja mogućeg osvetničkog reagovanja oštećenog koje se, u ambijentu kakav je Crna Gora, često dešava.

²² Dr Božidar Banović i drugi: Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela u Republici Srbiji, Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene), Istočno Sarajevo, 2012, str. 225.

²³ Dr Ljubomir Prelić: Op.cit....str. 229.

²⁴ Dr Ljiljana Radulović: Vaspitni nalozi kao posebne mere reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, (svrha, vrste i izbor), RKK br. 1, 2008, str. 29.

²⁵ Dragan Obradović: Krivičnopravne odredbe o maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, Zlatibor, 2006, str. 259.

3. Alternativne krivične sankcije za maloljetne učinioce krivičnih djela prema novom Zakonu o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku

Alternativama kazni maloljetničkog zatvora i institucionalnim vaspitnim mjerama zavodskog tipa, prema novom Zakonu, možemo smatrati mjere upozorenja i usmjeravanja, mjere pojačanog nadzora i insutucionalnu mjeru upućivanja u vaspitnu ustanovu nezavodskog tipa. U širem smislu i pojedine mjere bezbjednosti možemo ubrojati u pomenutu kategoriju. Novi Zakon predviđa mjere upozorenja i usmjeravanja kao najblaže vaspitne mjere koje se primjenjuju prema maloljetnim učiniocima sa niskim stepenom vaspitne zapuštenosti koje nije neophodno izdvajati iz porodice ili socijalnog okruženja u kome žive, u cilju njihovog prevaspitanja i sprečavanja delinkventnog ponašanja. U okviru ove grupe vaspitnih mjera imamo sudski ukor i tzv. posebne obaveze. Sudski ukor je i ranije postojao kao najblaža krivična sankcija za maloljetnike (nazivao se ukor, bez pridjeva sudski) i njegova sadržina jednaka je sadržini sudske opomene kao najblaže krivične sankcije za punoljetne učinioce krivičnih dijela. Krivični Zakon je ranije sadržao vaspitnu mjeru upućivanja u vaspitni centar za maloljetnike koja je sada eliminisana, a uvedena je nova vaspitna mjera, odnosno vaspitne mjere koje se nazivaju posebne obaveze.

Posebne obaveze imali smo i u KZ, ali one se nisu mogle samostalno odrediti, nego uz vaspitnu mjeru pojačanog nadzora. Ako se pogleda katalog vaspitnih naloga i katalog posebnih obaveza, onda se može zapaziti da su po sadržaju slične, skoro identične. Razlikuju se po subjektu koji ih izriče – posebne obaveze izriče sud nakon sprovedenog krivičnog postupka, a vaspitne naloge izriče državni tužilac u zamjenu za pokretanje krivičnog postupka ili obustavu postupka. Osim po organu koji ih izriče, posebne obaveze i vaspitni nalozi se razlikuju i po svrsi, po trajanju, po posljedicama neispunjenja mjere, a uz to posebne obaveze se izriču u krivičnom postupku poslije izvedenih dokaza.²⁶ U svakom slučaju, i posebne obaveze i vaspitni nalozi kao krivične sankcije odnosno krivičnopravne mjere sa sličnom sadržinom, ali formalnopravno različito definisanom svrhom izricanja imaju za krajnji cilj da prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela ne bude izrečena institucionalna mjera zavodskog tipa ili maloljetnički zatvor kada se osnovano može očekivati da će se i na ovaj način pozitivno uticati na maloljetnog učinioca krivičnog djela u smislu trasiranja puta za njegov pravilan razvoj i razvijanje lične odgovornosti, odnosno predupređenje budućeg kriminalnog djelovanja. Preimenovanjem posebnih obaveza od dodatka uz mjere pojačanog nadzora u samostalnu vaspitnu mjeru znatno je proširen broj vaspitnih mjera i time stvoren osnov za što veću individualizaciju, odnosno izbor adekvatne mjere potrebama vaspitanja i zaštite maloljetnika.

²⁶ Dr Dragan Jovašević i mr Zoran Stevanović: „Sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela“, RKK br. 3/08, str. 125.

Kada su u pitanju mjere pojačanog nadzora, kao druga po težini grupa vaspitnih mjera, novi Zakon predviđa četiri:

- 1) Pojačan nadzor od strane zakonskog zastupnika (KZ je predviđao mjeru pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojioca ili staraoca),
- 2) Pojačan nadzor u drugoj porodici,
- 3) Pojačan nadzor od strane organa starateljstva, i
- 4) Pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi ili organizaciji za vaspitanje i obrazovanje maloljetnika.

Sve četiri mjere pojačanog nadzora sud može da izrekne maloljetniku za koga se u krivičnom postupku utvrdi da izvršeno krivično djelo nije rezultat izražajnijeg stepena vaspitne zapuštenosti, nego više produkt nedovoljne brige njegovog zakonskog zastupnika koji je propustio da prema njemu preduzme odgovarajuće mjere koje bi obezbijedile njegovo pravilno vaspitanje i razvoj. Mjerama pojačanog nadzora nastoje se otkloniti oni, prevashodno socijalni faktori, koji su uticali na kriminalizaciju ličnosti maloljetnog učinioca onda kada za to postoje uslovi. Pojačan nadzor od strane zakonskog zastupnika izriče se u situaciji kada je zakonski zastupnik propustio da vrši potrebnu brigu i nadzor nad maloljetnikom, a ako je u mogućnosti da takvu brigu vrši i ako se to od njega s osnovom može očekivati. Pojačan nadzor u drugoj porodici i pojačan nadzor od strane organa starateljstva određuje se u okolnostima kada je zakonski zastupnik propustio da vrši dužni nadzor i brigu nad maloljetnikom i kada se to ni u buduće od njega ne može očekivati, a kada postoji druga porodica koja ispunjava uslove ili ako ne druga porodica, onda organ starateljstva. Mjera pojačanog nadzora uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi ili organizaciji za vaspitanje i obrazovanje maloljetnika izriče se kada je uz neku od mjera pojačanog nadzora neophodno i dodatno angažovanje stručnih lica koja se bave vaspitanjem i obrazovanjem maloljetnika. Mjere pojačanog nadzora mogu da traju od šest mjeseci do dvije godine i uz svaku od njih maloljetniku mogu biti određene najviše po dvije posebne obaveze.

Od krivičnih sankcija koje smo tretirali kao alternativne pomenućemo još i institucionalnu vaspitnu mjeru upućivanja u vaspitnu ustanovu nezavodskog tipa. Sud izriče ovu mjeru kada maloljetnika treba izdvojiti iz socijalnog okruženja u kome živi i obezbijediti mu pomoć i stalni nadzor od strane stručnih lica. Dakle, kada sud procijeni da za vaspitanje i pravilan razvoj maloljetnika ne postoje uslovi (ili ne dovoljni) u svojoj porodici ili drugoj porodici, odnosno kada se ti uslovi ne mogu obezbijediti ni od strane organa starateljstva, određuje pomenutu vaspitnu mjeru kao sankciju srazmjernu potrebama maloljetnog učinioca krivičnog djela. Ranije se ova mjera nazivala upućivanje u vaspitnu ustanovu.

Na kraju, kao nešto što posebno ukazuje na opredjeljenje našeg zakonodavca da slijedi savremene tendencije u oblasti maloljetničkog krivičnog zakonodavstva koje su na liniji propisivanja i primjene široke lepeze alternativnih mjera i krivičnih

sankcija za maloljetnike, jeste i definisanje svrhe krivičnih sankcija za maloljetnike. Naime, kad je riječ o svrsi krivičnih sankcija prema maloljetnicima, ona je određena u članu 15 i znatno se razlikuje od svrhe vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora, kako je bilo propisano u članu 88 KZ. Izostala je ranija odredba da se svrha krivičnih sankcija postavlja „u okvire opšte svrhe krivičnih sankcija“ (opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom), pa se kaže da je svrha krivičnih sankcija prema maloljetnicima da se pružanjem zaštite i pomoći maloljetnim učiniocima krivičnih djela, vršenjem nadzora, opštim i stručnim osposobljavanjem i razvijanjem lične odgovornosti, obezbijedi vaspitanje i pravilan razvoj, sa ciljem da ubuduće ne vrše krivična djela. Ovo zadnje „da ubuduće ne vrše krivična djela“ u KZ je bilo vezano samo za svrhu maloljetničkog zatvora, a ne i za vaspitne mjere. Naglasak je na zaštiti i pomoći maloljetniku, jer krivične sankcije prema maloljetnicima, načelno nemaju represivni karakter, mada to faktički nije slučaj sa kaznom maloljetničkog zatvora, pa ni sa vaspitnom mjerom upućivanja u vaspitnu ustanovu zavodskog tipa.²⁷ Svaka „kazna“ po logici stvari, kako se ističe u literaturi, samim tim što ima „kazneni karakter“, uvijek podrazumijeva da se njome suštinski ostvaruje i odgovarajuća represija.²⁸

Širok dijapazon vaspitnih mjera, od najlakše (sudski ukor), do najteže (upućivanje u ustanovu zavodskog tipa), otvara još jedno pitanje kod izbora mjere – pitanje postupnosti pri izricanju mjere. Neka zakonodavstva²⁹ su to pitanje regulisala tako što su uvela princip srazmjernosti (postupnosti), po kome se uvijek primjenjuje lakša mjera ako se njome može postići svrha, a tek potom se izriče teža mjera. U teoriji imamo mišljenja da ovakav raspon (dodali bismo i raskoš) vaspitnih mjera, omogućava postupnost u izricanju krivičnih sankcija i reverzibilnost.³⁰ Na drugoj strani, ima mišljenja da prilikom izbora krivičnih sankcija prema maloljetnicima nema mjesta nikakvoj postupnosti,³¹ nego, obrnuto, potrebno je u svakom slučaju rukovoditi se načelom adekvatnosti i u svakom slučaju procijeniti koja je krivična sankcija, odnosno mjera, odgovarajuća u odnosu na konkretnog maloljetnika i krivično djelo koje je učinio.³²

Naš Zakon ni u jednoj odredbi ne pominje postupnost pri izricanju vaspitnih mjera, nego ostavlja sudu da autonomno procjenjuje za koju će se mjeru opredijeliti, s tim ako maloljetnik nastavi sa kriminalnom djelatnošću, što ukazuje da nije bio

²⁷ Dr Milan Škulić: Maloletničko krivično pravo...str. 285.

²⁸ Dr Milan Škulić: Maloletničko krivično pravo...str. 287.

²⁹ Vidi čl. 9 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 13, 2010.

³⁰ Dr Snežana Soković: „Kriterijumi izbora vaspitne mjere za maloletne prestupnike“, RKK, br. 2-3, 2011 str. 116.

³¹ Nikola Milošević: „Izbor i odmjeravanje sankcija prema maloljetnicima“, *Pravni život*, br. 9, 2011, str..774.

³² Dr Milan Škulić: Maloletničko krivično pravo....str. 280.

adekvatan izbor mjere, kasnije posegne i za težom mjerom kojom će se ostvariti svrha. Smatramo da i sama ova odredba u dovoljnoj mjeri izražava intenciju zakonodavca da istakne cjelishodnost izricanja alternativnih mjera ili sankcija uvijek kada se svrha može ostvariti primjenom istih, a institucionalnih mjera zavodskog tipa i maloljetničkog zatvora samo kao sredstava ultima ratio u zaštiti društva od kriminaliteta maloljetnih delinkvenata.

Međutim, treba biti realan, kako se ističe u teoriji, da izbor vaspitne mjere u praksi, najčešće nije rezultat, prije svega, procjene konkretnih potreba postupka, odnosno maloljetnika, nego je u istoj mjeri, ako ne i više od toga, diktiran postojanjem ili nepostojanjem realnih uslova za izvršenje određene vaspitne mjere.³³

Darko Radulovic, Ph.D.
Assistant professor,
Faculty of Law in Podgorica
University of Montenegro

CRIMINAL LEGAL STATUS OF JUVENILE OFFENDERS UNDER MONTENEGRIN LAW ON TREATMENT OF JUVENILES IN CRIMINAL PROCEEDINGS ACT WITH SPECIAL EMPHASIS ON ALTERNATIVE MEASURES AND CRIMINAL SANCTIONS

Summary

Juveniles are a category of criminal offenders which is always had emphasized and special status in criminal justice system. The special position of juvenile perpetrators of criminal acts is especially pronounced in the new Montenegrin Law on Treatment of Juveniles in Criminal Proceedings Act, adopted by the end of 2011. Namely, the law integrally regulates the status of the juvenile offender in terms of substantive criminal, criminal procedure and executive criminal law. In this article we exclusively deal with criminal aspect of status of juvenile offender, particularly with the issue of alternative measures and criminal sanctions for juveniles. The first part of the article contains preliminary considerations that speak of the main reasons that point to the need to deferent treatment of juveniles in criminal proceedings, from adults. The second part contains the most important international documents and legal standards in the field of juvenile justice of which are majority adopted and integrated into new JJ law. The third part is devoted to the alternative measures regulated by the new law and the fourth part to the criminal sanctions for juveniles who are considered as alternatives to juvenile prison and institutional educational measures.

Keywords: *Juvenile offenders, alternative measures and alternative criminal sanctions.*

³³ Dr Snežana Soković: Op. cit...str. 115.

RAZBOJNIŠTVA U SVJETLU GRUPE „PINK PANTERI“

Prof. dr Mile Matijević*

***Apstrakt:** Razbojništva predstavljaju, tradicionalno, jedan od najokrutnijih nasilničkih delikata, koja se u svim vremenima i područjima, javljaju kao odgovor pojedinaca, grupa, na aktuelno stanje u društvu, a predstavljaju i lične želje, težnje za zadovoljavanjem realnih ili imaginarnih potreba. Poznato je da su klasični razbojници, još od vremena Jovana Čaruge¹ i dr., bili veoma strogo kažnjavani, ali da i najstrožije kazne nisu značajno suzbile ove delikte.*

Danas, kada je društvo u veoma razućenoj eroziji svih društvenih vrijednosti, razbojništva predstavljaju „izvjestan“ stil odgovora na društvenu stvarnost, gdje se oni najhrabriji, nadrskiji, odlučuju na razne oblike napada, često i prema kategorijama građana koji posjeduju veliku moć i bogatstvo.

U posljednjih nekoliko godina na internacionalnim prostorima „hara“ tzv. grupa „Pink panteri“, koja predstavlja dobro organizovane balkanske razbojнике. Njihovi razbojnički podvizi, inspiracija su britanske rediteljke Marking, pa su postali „junaci“ filma „Razbij i zgrabi“.

Film pokušava da otkrije istinu o mitologizovanim balkanskim razbojnicima, gdje je ključno pitanje u vezi sa „Pink panterima“, šta se dešava sa plijenom poslije pljačke, koji se mjeri stotinama miliona evra. Neke informacije ukazuju da lopovi dobijaju najviše 15% vrijednosti ukradenih dragulja, dok ostalo odlazi pravim naručiocima posla.

U radu će se prethodno istaći kriminološka shvatanja kroz teoriju uzročnosti u odnosu na ličnost razbojnika, jer to pitanje nema potpun odgovor u aktuelnoj kriminološkoj i srodnim naukama, koje se bave uzrocima i fenomenom zločina. Takođe će se istaći neki aspekti stanja i kretanja razbojništava na području Bosne i Hercegovine i regiona, u kontekstu efikasnosti nadležnih organa u suzbijanju ovih opasnih delikata.

*** Проф. др Миле Матијевић, Универзитет за пословне студије, Факултет правних наука Бања Лука**

¹ U zoru 27. veljače 1925. god., u dvorištu Kraljevskog sudbenog stola u Osijeku, vješala i preko 3000 ljudi čekali su na Jovana Stanisavljevića „Čarugu“. Kada ga je općinski činovnik prozvaao: „Jovan Stanisavljević!“ Čaruga je nadodao: „Ja sam Jovan Stanisavljević Čaruga...Moj naklon, gospodine krvniče... Zbogom narode, Čaruga putuje!“

Ključne riječi: *razbojništvo, razbojnik, grupa „Pink panteri“, sila, prijetnja, ličnost razbojnika, imovinska korist, banda, organizovani kriminalci.*

1. Uvod

Krivična djela razbojništva i razbojničke krađe spadaju u imovinska krivična djela sa elementima nasilja.² Društvena opasnost ovih krivičnih djela suštinski nije samo u imovinskoj šteti, tj. u vrijednosti oduzete ili otete stvari, nego u ponašanju izvršioca djela koji koristi prinudu, prijetnju ili napad na život i tijelo, sa ciljem da se oduzme stvar ili zadrži oduzeto.

Razbojništvo i razbojnička krađa spadaju u krivična djela protiv imovine (glava XXIII Krivičnog zakona Republike Srpske) tako da je njihovo glavno obilježje namjera pribavljanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugoga. Ona je tijesno povezana sa objektima ovih djela: to su predmeti koji imaju materijalnu vrijednost, tako da se njihovim oduzimanjem ili prisvajanjem ostvaruje neka korist, kao što je njihovo korišćenje, prodaja, iznajmljivanje drugom uz nadoknadu i slično.

Krivični zakon Republike Srpske³ definiše razbojništvo na sljedeći način (član 233): (1) Ko upotrebom sile protiv nekog lica ili prijetnjom da će neposredno napasti na život ili tijelo oduzme tuđu pokretnu stvar u namjeri da njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, kazniće se zatvorom od jedne do deset godina. (2) Ako je pri izvršenju djela iz čl. 1 nekom licu umišljajno nanесена теška тjelesna повredа или је djelo učinjeno od strane više lica ili je upotrijebljeno kakvo oružje ili opasno sredstvo, ili ako vrijednost oduzetih stvari prelazi iznos od 50.000 KM, učinilac će se kazniti zatvorom od 5 do 15 godina (3) Ako je pri izvršenju krivičnog djela iz stava 1 ovog člana neko lice umišljajno lišeno života, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina. Razbojnička krađa (član 234) definiše se na sljedeći način: (1) Ko je na djelu krađe zatečen, pa u namjeri da ukradenu stvar zadrži, upotrebi silu protiv nekog lica ili prijetnju da će neposredno napasti na život ili tijelo, kazniće se zatvorom od jedne do deset godina. (2) Ako je pri izvršenju djela iz stava 1 ovog člana nekom licu umišljajno nanесена теška тjelesna повredа, или је djelo učinjeno od strane više lica, ili je upotrijebljeno kakvo oružje ili opasno sredstvo, ili ako vrijednost ukradenih stvari prelazi iznos od 50.000 KM, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do petnaest godina. (3) Ako je pri izvršenju krivičnog djela iz stava 1 ovog člana neko lice umišljajno lišeno života, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina, ili dugotrajnim zatvorom.

Kao što se iz ovih zakonskih formulacija vidi, razbojništvo i razbojnička krađa su vrlo slična krivična djela. Zajedničko za oba krivična djela je namjera da se

² Engleski pravnik, ser Metju Hejl (*sir Matthew Hale*) je napisao: „Razbojništvo je zločinačko i nasilno oduzimanje novca ili robe od druge osobe, stavljajući je u stanje straha, bez obzira da li je vrednost oduzetog iznad ili ispod jednog šilinga“ (*Hale, 1800, str.532*).

³ Krivični zakon Republike Srpske, „Sl. Glasnik“ br. 49 od 25.06. 2003.

ostvari protivpravna imovinska dobit i upotreba sile, odnosno prijetnja da će se sila upotrebiti. Ono što je različito između ovih krivičnih djela je slijed događaja: u slučaju razbojničke krađe oduzimanje imovine predhodi upotrebi nasilja (ili prijetnji), dok je u slučaju razbojništva situacija obrnuta – razbojnik se prvo služi nasiljem (ili prijetnjom), a zatim oduzima imovinu. Ovu namjeru ne treba izjednačavati sa koristoljubljem, koje kao motiv ponašanja odražava sklonost ka bogaćenju, pohlepi za novcem, korišćenju svake situacije da se do njega dođe, itd. Namjera ostvarivanja protivpravne imovinske koristi može biti praćena i koristoljubljem, ali to nije uvijek nužno. Koristoljublje uvijek obuhvata namjeru pribavljanja imovinske koristi, ali ova namjera može postojati i bez koristoljubivih motiva. Iako po definiciji spadaju u krivična djela protiv imovine, pravna konstrukcija razbojništva i razbojničke krađe približava ova djela i grupi krivičnih djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina, pa i grupi krivičnih djela protiv života i tijela. Ono što razbojništvo i razbojničku krađu razlikuje od drugih krivičnih djela matične grupe, jeste upravo njihova specifična priroda, odnosno složenost.

Riječ je o složenim krivičnim djelima koja prelaze konvencionalnu podjelu na imovinski i nasilnički kriminalitet i koja se, po svojim karakteristikama, mogu svrstati u obje grupe. Biće krivičnog djela razbojničke krađe i razbojništva čine krađa kao osnovno krivično djelo (oduzimanje tuđe pokretne stvari s namjerom da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist) i prinuda – upotreba sile protiv nekog lica ili prijetnja da će se neposredno napasti na život i tijelo. Riječ je, dakle, o dvoaktnom krivičnom djelu za čije se postojanje traži da su kumulativno preduzete dvije radnje: i upotreba sile ili prijetnje i oduzimanje tuđe pokretne stvari. Važno je da se prinuda vrši u cilju oduzimanja, odnosno zadržavanja oduzete stvari, jer ako to nije slučaj, postojaće sticaj između krađe, obične ili teške i nekog drugog krivičnog djela.

Razbojništvo i razbojnička krađa se svrstavaju, zbog ostvarivanja kriminalnih radnji u neposrednom kontaktu sa pasivnim subjektom, i u kategoriju kontaktnog kriminaliteta, pored fizičkog nasilja i seksualnog nasilja.⁴ Njihovi učinioci često pripadaju posebnoj vrsti profesionalnih kriminalaca⁵ koje karakteriše grubost, bezobzirnost, sklonost ka nasilju i neprezanje od nanošenja svih vrsta ozljeda, pa i ubistva.

⁴ Interesantno je istaći da se u javnom komuniciranju često ova krivična djela imenuju kao „pljačka“, što je ostalo iz ranijih vremena kada je pljačka bila kvalifikovani oblik razbojništva i razbojničke krađe, kada vrijednost oduzete imovine prelazi određeni iznos.

⁵ Profesionalne kriminalce karakteriše: isključiva kriminalna djelatnost od koje živi, visok stepen specijalizacije u vršenju krivičnih djela, planiranje i priprema izvršenja krivičnih djela, veoma „uredno“ vršenje krivičnih djela, bez ostavljanja tragova, Modly D., Korajlić N., Kriminalistički rječnik, Tešanj, 202, str. 513.

2. Razbojništva u regionu

Krivična djela razbojništva, razbojničkih krađa u zemljama regiona, predstavljaju u sveukupnoj statistici manji dio ukupnog obima kriminaliteta. Međutim, kako se radi o nasilničkim deliktima, koji imaju faktički dvostruko dejstvo (prinuda, oduzimanje imovinske koristi), društvena opasnost ovih delikata je značajna. U tom smislu, u svim zemljama regiona, policijske agencije se posebno bave usvršavanjem mjera i metoda sprečavanja ovih delikata, a posebno efikasnim reagovanjem u slučaju razbojničkih krivičnih djela. Naime, ova krivična djela izazivaju stalno veliku pozornost građana, i unose strah u stanovništvo. Posebno, ako je kroz izvršenje krivičnog djela došlo i do povređivanja, ili čak težih (smrtnih) posljedica po učinioca.⁶

Prema raspoloživim podacima, u Novom Sadu počini se jedno razbojništvo dnevno. Razbojnici dolaze iz raznih struktura stanovništva, ali ipak su to mlađa lica⁷, koja kroz vršenje ovih krivičnih djela žele steći protivpravnu imovinsku korist, koja im je potrebna.⁸

U Bosni i Hercegovini razbojništva i razbojničke krađe predstavljaju grupu krivičnih djela, koja se uglavnom vrše od strane pojedinaca, ili manjih grupa, koje nemaju visok stepen kriminalne organizacije. Pojedinci kao razbojnici se regrutuju iz maloljetničke strukture, koja često za vršenjem ovih krivičnih djela, kreće iz razloga potrebe za kupovinom droge, i sl. Kasnije se javljaju i ozbiljnije kriminalne grupe, pojedinci, koji predstavljaju i profesionalne izvršioce, koji duže vrijeme vrše razbojničke napade, nastojeći da ostanu neotkriveni.⁹

U posljednjih dvadeset godina na prostorima bivše Jugoslavije, javlja se veća grupa veoma organizovanih razbojnika koja svoju razbojničku djelatnost uglavnom realizuje na prostorima Evrope i drugih zemalja svijeta. Naime, izvršioци najspektakularnijih razbojništava se regrutuju sa ovih prostora, što postaje interesantno na internacionalnom planu. Oni veoma vješto vrše razbojništva na svim kontinentima, što međunarodne policijske agencij, usmjerava ka uvezivanju njihovog djelovanja radi otkrivanja izvršilaca, ali i njihovih organizatora.

⁶ Nedavni razbojnički napad na poštara u Prijedoru prouzrokovao je spontano okupljanje i proteste poštara, zbog nedovoljne zaštićenosti i velike ugroženosti.

⁷ Značajan broj izvršilaca su maloljetnici, čak i djeca, koji čine „prve“ nasilne delikte, kao uvod u buduće kriminalno ponašanje.

⁸ Razbojništvo je najjednostavniji i najbrži način da prestupnici dođu do novca, ne treba posebno umijeće. Razbojnici ne znaju, na primjer, da ukradu automobil, da bi to uradili treba im alat, morali bi da pronađu kupca, ne znaju da obiju stan ili da obiju banku, a ovo im se čini vrlo jednostavno. Imaju osjećaj da im ne treba ništa sem noža ili pištolja i replike, kao i da uliju strah. Među njima je veliki broj narkomana, kojima je potreban novac za kupovinu droge.

⁹ Prema statistikama Ministarstva unutrašnjih poslova, procenat rasvjetljenosti krivičnih djela razbojništva kreće se uglavnom oko 50%, što govori o složenosti ovih krivičnih djela, kao i o svojstvima učinilaca.

3. Razbojnički pohodi „Pink Pantera“

„Pink panteri“ je ime koje je Interpol dodijelio međunarodnoj kriminalnoj grupi koja se bavi krađom nakita. Ime je dobila po istoimenom filmu „The Pink Panther“, u kome inspektor Kluzo, koga igra Piter Sellers, pronalazi istoimeni dijamant koji je bio sakriven u kutijici kreme za lice. Interpol ih je svrstao u jedan istražni projekat, nazvan „Pink Panther“. Grupa je odgovorna za neke od najsmjelijih i najglamuroznijih pljački u istoriji, zbog čega neki kriminolozi članove ove grupe nazivaju i umjetnicima. Njihove mete su se nalazile u nekoliko država i kontinentata, od kojih se pljačka u Japanu smatra za najveću i najuspješniju. Svojevremeno je londonski list „Gardijan“ primijetio da na nesreću Interpola i policija iz dvadesetak zemalja u kojima su operisali, ova banda posjeduje određeni stil i glamur i skoro neobaveznu nonšalanciju s kojom pljačka juvelirnice samo za najbogatije. Neke bezbjednosne agencije smatraju da je zbog smjelih pljački u Dubaiju, Švajcarskoj, Japanu, Francuskoj, Lihtenštajnu, Njemačkoj, Luksemburgu, Španiji i Monaku, grupa odgovorna za krađu i preko 500 miliona dolara.¹⁰

Prema dostupnim podacima Interpola, riječ je o međunarodnoj mreži kradljivaca nakita, koju čini najmanje 200 osumnjičenih sa prostora bivše Jugoslavije.¹¹ Najveći dio grupe čine Srbi, a po brojnosti slijede ih Crnogorci, za koje se vjeruje da su preteča cijele priče nastale na Cetinju 90-ih godina. Istražioc i vjeruju i da su mnogi od njih bivši vojnici, učesnici građanskog rata, s nasilnom prošlošću. Govore više svjetskih jezika, a praksa je pokazala da posjeduju pasoše sa lažnim identitetima, što im je omogućilo da nesmetano putuju širom svijeta.

Grupa „Pink Panteri“ prvi put je privukla pažnju javnosti 1993. godine, kada je izvršila pljačku dijamanta u vrijednosti od 500.000 funti u oblasti Mejfer u centru Londona. Lopovi su sakrili dijamante u kutijici kreme za lice, tako oponašajući scenu iz filma. U maju 2005. godine, Graf, ekspert za dijamante iz Londona, bio je meta napada u kome je opljačkano skoro milion funti u nakitu. Tri čovjeka su bila osumnjičena da stoje iza pljačke, od kojih je jedan bio naoružan. Graf je bio opljačkan i 2002. godine kada mu je ukradeno 23 miliona funti, od čega su mu 3 miliona vraćena 2 godine kasnije. Jedan od lopova je osuđen na 15 godina u julu 2004.

Pljačka dijamanta u hotelu „Karlton“ u Kanu¹² u žižu svjetske javnosti ponovo je dovela ozloglašenu grupu pljačkaša poznatu kao „Pink panteri“. Iako se vjerovalo da su nakon brojnih hapšenja „ružičasti razbojnici“ stvar prošlosti, spekta-

¹⁰ U Bernu je, početkom 2012. godine, održan i sastanak stotinak policajaca iz dvadesetak zemalja, koji su tri dana razgovarali o „Pink Panterima“, jer im je svima zadatak da ih strpaju iza rešetaka. Zvaničnici Interpola kažu da je proteklih godina uhapšeno 25, a da se istraga vodi protiv 400 pripadnika ili saučesnika „Pink pantera“.

¹¹ Pripisuju im se gotovo sve spektakularne pljačke zlatara i draguljarnica u posljednjih desetak godina, a granica između istine i legende često se gubi. Procjene policije kreću se od 60 do 200 članova širom svijeta, a govori se o više od 250 miliona evra plijena.

¹² „Udvostručena vrijednost ukradenog nakita u Kanu, Pink Panther stoji iza pljačke?“, Blic, 29.09. 2013.

kularna bjekstva iz zatvora i najnovija otimačina nakita, vrijednog 102 miliona evra, zagolicali su maštu svjetskih medija i legenda nastavlja da živi.¹³

Švajcarske vlasti nedavno su uzdrmala dva spektakularna bjekstva iz zatvora koji imaju potpis Pink Pantera. Prvo su 14. maja iz zatvora Bua-Merme u Lozani pobjegla petorica zatvorenika, među kojima četiri Balkanca i jedan Francuz. Dva bjegunca su uhapšena u oblasti Šaso sur Lozan, i to Albanac i Kosovar, dok su ostali u bjekstvu. Bjekstvo su pomogla tri saučesnika izvana, koji su se popeli na zatvorski zid i u dvorište ubacili torbu sa suzavcima i kliješta, koje su zatvorenici iskoristili da onesposobe čuvare i ogradu. Zid su preskočili pomoću merdevina koje su im saučesnici prebacili preko ograde. Dva mjeseca kasnije, 25. jula, iz zatvora u Orbeu na identičan način pobjegao je državljanin BiH Milan Poparić i Švajcarac Adrijan Albreht.

Pljačkama je obuhvaćeno oko 160 pljački juvelirnica u 26 zemalja, u kojima je ukupan plijen procijenjen na više od 330 miliona evra. Velika Britanija, Japan, Ujedinjeni Arapski Emirati, Francuska, Sjedinjene Američke Države, Španija, Njemačka, Austrija, Monte Karlo, Švajcarska, Lihtenštajn, Luksemburg, samo su neke od zemalja u kojima su juveliri osjetili vješte ruke drskih lopova. Sve pljačke i akcije „Pink pantera“ traju kratko, ne duže od 90 sekundi. Najčešće se služe metodom „razbij i zgrabi“ u čemu se nerijetko koriste čekićima sa dijamantskim vrhom, koji su najpogodnije oruđe za razbijanje neprobojnih stakala na izlozima i vitrinama sa nakitom. Odlikuje ih nevjerovatna disciplina, odlučnost, preciznost i gotovo po pravilu odnose veoma bogat plijen, najfinije i najskuplje komade dijamantata kojima se teško ulazi u trag¹⁴. Engleski mediji primijetili su i da „ružičasti razbojnici“ posjeduju određeni stil i glamur, duhovitost i neobaveznu nonšalanciju s kojom pljačkaju juvelirnice isključivo za najbogatiji stalež. Zbog toga su stekli nevjerovatnu slavu u cijelom svijetu. Mnogi ih nazivaju hajducima savremenog doba, a u više od 10 godina „rada“ postali su pogodan materijal za razne scenarije holivudskih filmova, romana i TV dokumentaraca.

Koliki su „trn u oku“ postali svim svjetskim policijama, svjedoči i to da je početkom 2012. godine u Bernu organizovan sastanak policijskih istražilaca iz 20 zemalja, koji su čak tri sata razgovorali isključivo o razbojničkoj bandi „Pink pante-rima“. Prema nepotvrđenim informacijama u lovu na „ružičaste razbojnike“ Interpol je prisluškiavao čak 2.000 telefona, a ogromni naponi policije vremenom su dali željene rezultate, pa je iza rešetaka smješteno više od 50 članova grupe i njihovih saučesnika. Ipak, zvanično nikada nije utvrđeno ko je organizator grupe, kao ni putevi ukradenog nakita, a među uhapšenima se našlo nekoliko lica koji su označeni kao vođe i ključni ljudi „Pink pantera“

¹³ „Mogućnost ponovnog vraćanja na scenu bande „Pink panter“ izaziva zabrinutost i policija širom svijeta to prati vrlo ozbiljno“ - navodi Sazonf. „Krađa dijamantata velike vrijednosti je tačno ono što oni rade, pa je moguće pretpostaviti da su se vratili.“

¹⁴ Ono što je očaralo svjetsku javnost je i činjenica da u pljačkama rijetko povređuju druge osobe, prodavače i radnike juvelirnica, tako da na njihovoj „duši“ nema nijednog ljudskog života.

3.1. Neki primjeri razbojničkih napada grupe „Pink panteri“

Tokom proteklih 20 godina Pink Panteri su opljačkali 120 prodavnica u više od dvadeset zemalja. Na udaru grupe su bili Dubai, Ženeva, Japan, London, Danska, Monako, Francuska, Švajcarska, UAE, Amerika. Njihova posvećenost detaljima omogućila im je toliko uspjeha u ovim poduhvatima. Prije pljačke u Bijaricu, ofarbali su sve klupe u blizini draguljarnica, kako bi spriječili nekoga da na njih sjedne i vidi ih u akciji.

Grupa je osumnjičena da je učestvovala u najmanje dvije takozvane „polomi i zgrabi“ pljačke zlatara u tokijskom okrugu Ginza¹⁵. Prvo razbojništvo koje je izvršeno 2004. godine, bilo je teško 3.5 miliona jena u draguljima. U drugom, juna 2007. godine, ukraden je nakit u vrijednosti od 284 miliona jena.¹⁶ Grupa je takođe poznata po svojim smjelim bjekstvima i pokušajima da provale u izabrane radnje. U toku 2005. godine opljačkali su draguljarnicu u Sen Tropeu, noseći majice u cvjetnom dezenu da bi poslije pobjegli gliserom. Prije nego što će opljačkati Grafovnu draguljarnicu 2008. god. u Dubaiju, 8 članova grupe su sa dvije limuzine provalili kroz izlog, ukravši satove i druge dragocjenosti u vrijednosti od 8 miliona funti. U narednoj akciji 4 pripadnika grupe su u decembru 2008. god., obučeni kao žene, opljačkali francusku juvelirnicu Hari Vinston u Parizu. Banda je napustila radnju noseći preko 100 miliona dolara (60 miliona funti) u dragocjenostima. U Francuskoj su nakon toga „osvanuli“ i oglosi u kojima se nudila nagrada od milion dolara za bilo kakvu informaciju koja bi dovela do hapšenja.

Vjeruje se da je i pljačka teška 65 miliona dolara, 6. avgusta 2009. u Londonu, djelo iste grupe. Glavni povod za ovu tvrdnju je to što čovjek koji je opljačkao Grafovnu radnju u Nju Bond ulici nije krio svoje lice, sugerišući da su u stanju da šminkom izmijene svoja lica kao u filmu „Nemoguća misija“.

U avgustu 2012. godine, policija u Beču uhapsila je četiri pljačkaša i dva osumnjičena za pružanje logističke podrške, koji su koordinirali djelovanje bande, a žive u Beču. Njima se pripisuju tri pljačke zlatara u 2. bečkom okrugu u februaru i martu, jedna pljačka u 21. okrugu i jedna provala u 21. okrugu

Prema navodima Ronald Nobla, čelnika Interpola, lopovi su identifikovani DNK analizom. Godine 2005, dva muškarca i jedna žena su uhapšeni u Beogradu. U oktobru 2007. godine osuđeni su pred sudom u Srbiji zbog krađe ogrlice „Kontesa de Vandom“ u Tokiju, vrijedne približno 15 miliona funti.¹⁷ Vođa grupe je osuđen na 7 godina, dok su ostala dva člana dobili manje kazne. Tri člana grupe iz Srbije su

¹⁵ U Japanu se nijedan stranac ne može uspješno baviti kriminalom bez saglasnosti lokalne mafije, poznate pod nazivom jakuze.

¹⁶ U toj pljački Rifat Hadžiahmetović i Radovan Jelušić isprskali su suzavcem 3 prodavačice i potom ukrali krunu, ogrlice i drugi nakit i pobjegli iz radnje.

¹⁷ Ta pljačka se dogodila marta 2004. i to je najveća pljačka nakita u istoriji Japana.

proglašena krivim za pljačke u Bijaricu, Kanu, Kurševelu i Sen Tropeu, pred sudom u Šamberiju 2008. godine. Dva su osuđena na zatvorske kazne od 6 i 10 godina.

Sredinom 2009. godine francuska policija u Monte Karlu zadržala je 3 člana grupe, pošto su primijećeni kako se muvaju oko draguljarnica u Monaku. Uhapšeni su na Kazino skveru, nakon što im je naređeno da legnu na zemlju, stavljene su im lisice. Jedan od troje uhapšenih, Dragan Mikić, posebno je zanimljiv istražnim organima. On je iz Srbije, nalazi se na Interpolovoj listi najtraženijih, i vrlo moguće da je jedan od vođa „Pink pantera“. Bio je u bjekstvu od 2005, kada je uz pomoć merdevina i naoružanih saučesnika pobjegao iz zatvora.¹⁸

Početkom 2012. godine, u Atini su uhapšena još 3 člana grupe. Dvojica su bili Srbi, starosti 20 i 36 godina, i uhapšeni su prilikom izviđanja draguljarnica za pljačku. Bili su sumnjivi policijskoj patroli zbog perika koje su nosili. Dali su se u bijeg i tom prilikom je 36-godišnji uhapšeni pištoljem pucao i ranio policajca¹⁹ tokom potjere. Obojica su potom uhapšeni kada su odali trećeg člana grupe, četrdesettrogodišnju državljanku Srbije O. Č. U julu 2012. O.Č. je pobjegla iz Atinskog zatvora, tako što je pretukla čuvara i ukrala mu ključeve.

U oktobru 2012. godine su, pod optužbom da su izvršili četiri pljačke zlatara u Beču i Salzburgu, pred Zemaljskim sudom u Salzburgu osuđeni na dugogodišnje zatvorske kazne. M. M. (30) i N. B. (24) su ukrali nakit u vrijednosti od 1,8 miliona evra, i sredinom maja su se u pratnji svog advokata Nikolausa Rasta predali bečkoj policiji. Obojica su pred sudom priznali krivična djela, ali iz straha, zbog navodnih drugih članova bande, nisu željeli da daju detaljnije podatke.

Članovima bande „Pink panter“ ipak ne polazi uvijek sve za rukom, što ilustruje “slučajno” hapšenje člana bande D.P., osumnjičenog za pljačke u Dubaiju i Lihtenštajnu. Naime, oktobra 2008. D.P. je, sa još jednim saučesnikom, obilazio Monako, kvart u kome se nalaze ekskluzivne prodavnice Kartije, Ermes i Luj Viton, i dok je prelazio ulicu udario ga je automobil. On je prvo odbio medicinsku pomoć, ali kada su ga konačno odvezli u bolnicu, policajac ga je prepoznao sa Interpolove potjernice. Policija je uspjela i da, nakon pljačke u Dubaiju, u zapaljenom audiju pronađe ugovor o iznajmljivanju auta sa brojem mobilnog telefona, koji ih je odveo do šest članova “Pink pantera”, između ostalih i B. S.

Pljačkaška grupa „Pink panteri“ glavni je junak dokumentarnog filma “Razbij i zgrabi” (Smash & Grab), britanske rediteljke Havane Marking, koji je 12. juna 2013. godine premijerno prikazan u toj zemlji. U saradnji sa srpskom novinarkom Milenom Miletić, rediteljka je više od dvije godine istraživala ovu tematiku i u filmu pokušava da otkrije pravu istinu o mitologizovanim “ružičastim razbojnicima” sa Balkana. Najavljujući film, Miletićeva je rekla da je istina o „Pink panterima“ daleko

¹⁸ Glavna figura „Pink pantera“, M. M., uhapšen je u Rimu 8. marta 2012. godine, nakon što su 2 njegova saučesnika u pljački počinjenoj mjesec dana ranije prilikom bjekstva isпустили ukradene predmete sa otiscima prstiju.

¹⁹ Pripadnici grupe „Pink panter“ rjeđe upotrebljavaju vatreno oružje, jedino kada je izuzetno neophodno da bi izbjegli lišavanje slobode i sl.

složenija od romantične slike koja je o njima stvorena na Zapadu. Ona tvrdi da sami lopovi dobijaju tek 15 odsto od ukradenog plijena, dok ostalo odlazi naručiocima posla, dok su neke pljačke zapravo iznutra dogovoreni posao i dio su prevare sa osiguranjem.²⁰ Prema njenim riječima, zabluda je i da su „Pink panteri“ banda i više se mogu smatrati pokretom.

3.2. Ko je vođa Pink Pantera?

Kako se kriminalna djelatnost „Pink pantera“ širi, sve se više postavlja pitanje o stvarnim vođama ove grupe. Naime, postavlja se pitanje da li je u pitanju klasična kriminalna grupa koja djeluje na bazi svojevrsnog „kriminalnog organizovanja“, ili su u pitanju izvršiooci, koji imaju svoje nalogodavce, inicijatore, kreatore, pa i saučesnike iz sfere struktura vlasti, politike i institucija, gdje se nalaze značajne novčane i druge vrijednosti. Posebno je interesantno izučiti i utvrditi vezu izvršilaca razbojništava sa odgovornim licima koja rukuju, čuvaju velike novčane i druge vrijednosti.²¹

U okviru aktuelnih razbojništava širom svijeta, kao „moguće“ vođe kriminalne bande javljalo se više imena sa balkanskih prostora. Mitar Marijanović, Dragan Mikić, Milan Ljepoja, Radovan Jelušić, samo su neka od tih imena. Marijanović je uhapšen u martu 2012. godine u Rimu, a odao ga je nemar dvojice saučesnika, koji su tokom bjekstva skuterom ispustili određene predmete s njegovim otiscima prstiju. Marijanović se tereti da je bio mozak pljačke zlatare „Roberto Koin“, iz koje su dvojica njegovih saučesnika, usred dana, odnijeli plijen od oko 1,5 miliona evra.

Kao jedan od vodećih članova grupe, označen je i Milan Ljepoja iz Niša, koji je uhapšen u predgrađu Pariza u junu 2008. godine. Uhapšen je u društvu dvojice prijatelja, a jedan je Darko Anđelković, koji je u Mađarskoj odležao sedam godina zatvora zbog oružane pljačke u Budimpešti. Sva trojica su imali lažne pasoše jedne od zemalja bivše SFRJ na imena ljudi koji se vode kao nestali. Ljepoja se tereti za spektakularnu pljačku nakita u Dubaiju iz aprila 2007, kada je ukraden nakit vrijedan 11 miliona evra. Za pljačku je osumnjičen i Dragan Đorđević iz Leskovca, koji je uhapšen u avgustu 2007. u Holandiji. S njima su bili i Mladen Lazarević iz Niša i Duško Poznan iz Bihaća. Njih četvorica su sa dva „audija“ uletjeli u tržni centar „Vafi“ u Dubaiju i vozeći u rikverc polupali su izloge i za samo 20 sekundi pobjegli sa dva džaka puna nakita.

Grupa je otkrivena preko državljanke BiH Bojane Mitić, koja je kreditnom karticom, izvađenom na falsifikovani pasoš, platila iznajmljivanje „audija“. Svi su osumnjičeni i za oružanu pljačku draguljarnice u Vaduzu iz 2006, odakle su odnijeli

²⁰ Vrlo je intrigantna i zanimljiva teza o raznim implikacijama u vezi krađa zlata i drugih dragocjenosti, a u vezi procjene vrijednosti istih prije raznih izložbi, osiguranja i dr., što se kroz film pokušava razjasniti.

²¹ U toku je sudski postupak za poznatu grupu izvršilaca raznih krivičnih djela, među kojima su i razbojništva koja su otkrivena u najvećoj poslijeratnoj akciji na ovim prostorima „Lutka“, kojoj se stavlja na teret i razbojništvo u „Kargo centru“ na aerodromu u Sarajevu. Već je utvrđena određena veza između izvršilaca i zaposlenih lica u objektima aerodroma.

nakit vrijedan više miliona evra. Zanimljivo je da je zbog potjernice za Mladenom Lazarevićem u Dubaiju, svojevremeno greškom priveden istoimeni fudbaler Partizana, dok je sa ekipom bio na pripremama u tom gradu. Državljanin BiH Duško Poznan slučajno je “pao” u Monaku u oktobru 2008. godine. U društvu B. I. on je obilazio kvart u Monaku u kome se nalaze ekskluzivne prodavnice Kartije, Ermes i Luj Viton, i dok je prelazio ulicu udario ga je automobil. Prvo je odbio medicinsku pomoć, ali je ipak odvezen u bolnicu. Dok je davao izjavu o nesreći jedan policajac ga je prepoznao sa potjernice. I on je imao lažne dokumente.

Dragan Mikić, nekadašnji taksista, vojnik i trgovac automobilima, takođe je označen kao jedan od vođa i nalazio se na Interpolovoj listi najtraženijih bjegunaca. Uhapšen je u januaru 2003. poslije pljačke na čuvenom francuskom skijalištu Kuršavel. Mikić je prvo pobjegao iz zgrade suda, ali je ponovo uhapšen. Međutim, 2005. godine u spektakularnoj akciji bjekstva iz zatvora u Francuskoj izvukla su ga dvojica kompanjona, koji su iz kalašnjikova zapucali po čuvarima, a potom su mu preko zida prebacili makaze za sječenje žice i merdevine kojima je preskočio zatvorsku ogradu. Identična bjekstva u međuvremenu su postala još jedan zaštitni znak „Pink pantera“. Mikić je ponovo uhapšen 20. juna 2009. godine na Kazino skveru u Monte Karlu. Njega i još dva člana grupe policija je uočila kako se “motaju” oko draguljarnica u Monaku.

Radovan Jelušić uhapšen je u Rimu sredinom maja 2010. godine. Njemu se na teret stavlja da je, zajedno sa Rifatom Hadžiahmetovićem, u junu 2007. godine za 30 sekundi opljačkao juvelirnicu u Ginzi, tržnom centru u Tokiju, iz koje su odnijeli nakit vrijedan 1,7 miliona evra. U trenutku hapšenja Jelušić je imao lažni hrvatski pasoš, a identitet je potvrđen upoređivanjem otisaka prstiju. Poslije hapšenja izručen je Španiji, gdje je zajedno sa Hadžiahmetovićem bio osumnjičen za više pljački. Sredinom maja 2012. Španija ga je predala Crnoj Gori, nakon što je Viši sud u Podgorici od Japana preuzeo krivično gonjenje. U prvom pojavljivanju pred sudom negirao je krivicu tvrdeći da mu je sve smjestio Interpol. Njegov saradnik Rifat Hadžiahmetović uhapšen je 14. marta 2008. na aerodromu Larnaka s lažnim bugarskim pasošem. Na Kipru je odležao kaznu za putovanje s lažnim ispravama. Potom je izručen Španiji, koja ga je prosljedila Japanu, gdje je u septembru 2011. osuđen na 10 godina zatvora.

Aleksandar Radulović, Đordije Rašović i Snežana Panajotović uhapšeni su 2005. godine u Beogradu zbog pljačke juvelirnice u Tokiju u martu 2004. godine, što je najveća pljačka nakita u istoriji Japana. Tada je ukradena čuvena ogrlica “Kontesa od Vandoma”, sedam dijamantskih prstenova i dva para dijamantskih minđuša, vrijednih više od 25 miliona evra. Nakit nikad nije pronađen, vjeruje se da je otišao u ruke bogatih kolekcionara. Radulović je pravosnažno osuđen na šest godina i devet mjeseci zatvora, Rašović na pet godina i osam mjeseci, a Panajotovićeva na dvije godine i četiri mjeseca.

Nebojša Denić uhapšen je u maju 2002. godine poslije pljačke juvelirnice “Graf” u Londonu, iz koje je ukraden nakit vrijedan više od 35 miliona evra. Denić

je u radnju "uletio" u društvu Milana Jovetića, dok je Predrag Vujošević sa saradnicom tražio da pogleda skupocjeni prsten. U naredne dvije godine svi su uhapšeni i osuđeni na 15 godina zatvora.

Petar Radonjić iz Nikšića uhapšen je 2006. godine na aerodromu Nikola Tesla u Beogradu, kada se sa falsifikovanim pasošem čekirao na let za Bejrut. Uhapšen je po poternici japanske policije zbog 13 pljački juvelirnica u Osaki, teških 750.000 evra. Osuđen je na četiri godine zatvora. Taj čovjek uspio je da na noge dignije cijeli zatvorski sistem u Japanu, jer je štrajkovao glađu. Branile su ga organizacije za zaštitu ljudskih prava, koje su tvrdile da je na ivici smrti i da hitno mora u bolnicu. Kada je u nju odveden, Radonjić je pobjegao.

U martu 2012. u Grčkoj je "palo" više članova „Pink pantera“, među kojima i bivša košarkašica Crvene zvezde i reprezentativka Jugoslavije Olivera Vasić Ćirković. Od deset optuženih, sedmero je osuđeno, a još osam članova se nalazi u bjekstvu. Vasić Ćirkovićeva osuđena je na 12 godina zatvora, njen partner Dragan G. dobio je 24 godine, jer je tokom bjekstva ranio policajca, dok je vođa grupe Slobodan Bogdanović dobio 16 godina. Proglašeni su krivim za stotine pljački, a među njima je i zlatara u Atini, iz koje su odnijeli nakit i satove od oko milion evra, kao i zlatare na Rodosu i Santoriniju, gdje su oteli plijen od oko 3,5 miliona evra. Olivera je u julu 2012. pobjegla iz grčkog zatvora Koridalos.

U oktobru 2012. godine zbog četiri pljačke zlatara u Beču i Salzburgu, odakle je ukraden plijen vrijedan 1,8 miliona evra, u Austriji su osuđeni Mihajlo M. i Nikola B. Obojica su priznali krivicu, ali iz straha nisu željeli da otkriju druge članove grupe. Tri Srbina osuđena su i za pljačke u Bijaricu, Kanu, Kurševelu i Sen Tropeu. Među njima su i Boban Stojković i Goran Dražić. Kao članovi „Pink pantera“ osumnjičeni su još i Branko Ilinčić, Miško Janković, Momir Latković, Duško Martinović, Zoran Kostić Medo, Nikola Ivanović, Vladimir Lekić, Mirko Pavićević, Bojan Vučković, Milan Sekulić, Milan Poparić...

Broj pljački zlatara u Austriji ove godine drastično je povećan, a krivica po običaju pada na - „Pink pantere“. Tamošnja policija smatra da su razbojnici iz Srbije i Crne Gore odgovorni što su za sedam mjeseci „pale“ 23 zlatare, dok je čitave prošle godine opljačkano 19 juvelirnica. Banda koja je odavno postala legendarna, pominje se svaki puta kada su u pljačku umiješani kriminalci sa Balkana. Austrijski mediji pišu da je policija nemoćna da se izbori sa „Pink panterima“ i da je zato i raspisana nagrada od 20.000 evra za informacije koji bi pomogle u razbijanju ove grupe. U policiji tvrde da za najmanje tri posljednje pljačke mogu da kažu da iza njih stoje „Panteri“.

„Oni su izvidali i ciljeve u Švajcarskoj i Beču“, rekao je Evald Ebner, šef odsjeka za opšti kriminal u Kriminalističkoj službi austrijske policije. „Računamo s tim da banda ima do 200 članova. Mladi ljudi, tzv. vojnici, koji izvršavaju pljačke, ne znaju šefove.²² Pitamo se ko je sljedeći. Zlatari žive u strahu“, kaže Frank To-

²² Jedna od najproblematičnijih enigmi u pohodima razbojničkih bandi, jeste pitanje glavnih

mas Moh, predsjednik granskog odbora zlatara u Privrednoj komori Austrije. Tojerer Čarls, juvelir iz Beča, ove godine dvaput je bio na meti pljačkaša. Pretpostavlja se da su oba puta bili odgovorni „Pink panteri“.

„Drugi put pljačka je trajala samo minut i deset sekundi“, kaže nesrećni zlatar. „Moja majka, zaposleni, mušterije i ja ležali smo na podu dok su praznili kasu. Podigao sam glavu, ugledao cev puške i pomislio: ‘Ne opet, samo da se što pre završi’. Sada sam užasno uplašen i uložio sam 150.000 evra da bih radnju pretvorio u tvrđavu.“

U Švajcarskoj je uhapšen član poznate kriminalne grupe „Pink Panther“, Milan Poparić, koji se sumnjiči da je u spektakularnoj pljački u Kanu ukrao nakit vrijedan 111 miliona evra. Pedeset policajaca učestvovalo je u akciji u Šatel Sent Deniju na zapadu zemlje. Poparić, porijeklom iz Bosne i Hercegovine, je uz pomoć saučesnika prije mjesec dana pobjegao iz Švajcarskog zatvora u Orbeu. U filmskom bijegu, njegovi pomagači su automobilima srušili zatvorsku ogradu, a čuvare držali na nišanu dok se Poparić nije domogao slobode. On je nakon toga izveo spektakularnu pljačku u Kanu prilikom koje je ukrao kovčeg pun dijamanta.²³

4. Profil – ličnost razbojnika

Svaku kategoriju kriminalaca karakteriše svojstven individualitet profila ličnosti, koji karakteriše njihovo ponašanje u sferi vršenja krivičnih djela. U tom kontekstu, interesantno je analizirati ponašanje i ličnost razbojnika u svakodnevnim životnim uslovima²⁴, kao i konkretno ponašanje i djelovanje razbojnika u vršenju krivičnih djela.²⁵ Svakako da je veoma bitno i značajno definisati i analizirati i ponašanje razbojnika i poslije izvršenog krivičnog djela, u vrijeme dok nije otkriven, a isto tako i u vrijeme nakon izdržane kazne zbog izvršenog razbojničkog krivičnog djela.²⁶

organizatora, finansijera i djelioca plijena, što je u dosadašnjim istragama i suđenjima veoma uspješno skrivano od strane uhapšenih i procesuiranih članova. Oni često bivaju samo telefonski obavješteni o ciljevima od organizatora. Po pravilu radi se o „blic-pljačkama“. Uhapšeni članovi ne daju nikakve podatke o organizatorima pljački, koji izviđaju zlatare, iznajmljuju sobe i preuzimaju plijen.

²³ Većina članova „Pink Pantera“ su s Balkana i postali su poznati po pljačkama dijamanta širom svijeta.

²⁴ „Psihološki profil razbojnika je različit, kao da ostavljaju otiske. Ima ih brutalnih, a ima i onih koji se posle izvršenog razbojništva izvinjavaju. Nepredvidivi su, mahom im treba novac za drogu, pa se odlučuju za ovakav potez. Ozbiljnija, složenija dela rade u grupi. Svaka je priča za sebe“, ističe Ranko Marković, šef odsjeka za suzbijanje razbojništava u GSUP Novi Sad.

²⁵ U okviru ponašanja razbojnika potrebno je posmatrati i analizirati vrijeme prije, za vrijeme, kao i poslije izvršenja krivičnog djela.

²⁶ Nakon izdržane dvadesetogodišnje kazne zatvora zbog teških razbojničkih krivičnih djela, poslije izvjesne pauze, M.S je ponovo izvršio teško krivično djelo ubistva, zbog čega je ponovo osuđen na smrtnu kaznu, koja je ponovo zamijenjena vremenskom. Detaljnije u knjizi: Stanarević M., *Osam puta između života i smrti*, Banja Luka, 2005.

Kriminalistička i kriminološka nauka i praksa, na osnovu istraživanja i praktičnih slučajeva, pokazuju da su razbojnici najčešće muškarci²⁷, mlađe dobi, uglavnom bez zanimanja i stalnog zaposlenja.²⁸ Razbojništva vrše i maloljetnici, pa čak i djeca. Izvjestan broj razbojnika su narkomani i lica koja se bave skitnjom, prosjačenjem.

Razbojnici su najčešće muškarci mlađe životne dobi²⁹. U pitanju su grube, primitivne osobe, bez školske spreme i sa izraženim kultom nasilja. Rijetko pokazuju prosječnu inteligenciju, jer je razbojništvo primitivni atavistički delikt pri kojem više do izražaja dolaze gruba sila i drskost, nego inteligencija i hrabrost.³⁰ Razbojnici se regrutuju iz krugova socijata koji svoju kriminalnu karijeru počinju kao izvršioци nasilničkih delikata. Alkohol kod razbojništava igra značajnu ulogu stimulatívnoг faktora, a kod žrtve je bitan viktimološki moment. Znatán procenat razbojnika regrutuje se iz kategorije narkomana.³¹

U cilju analiziranja ličnosti razbojnika, a posebno njegove različitosti – sličnosti sa nedelinkventnim licima, vršena su brojna istraživanja u svijetu. Postoje brojni pokazatelji koji ukazuju na individualnost razbojničke ličnosti, ali i konstatacije koje opovrgavaju posebnost razbojnika.³²

U istraživanju koje je obavljeno na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Nišu na temu „Psihološke karakteristike razbojnika“³³, došlo se do određenih konstatacija, koja su dijelom saglasna sa postojećim teorijskim stavovima u vezi ovog pitanja, ali i do konstatacija koje su znatno različite. Osnovni zadatak istraživanja je bilo da se utvrdi da li postoje i kakve su razlike između osuđenih za krivična djela razbojničke

²⁷ Nedavno je u Zagrebu oružano razbojništvo izvršila ženska osoba

²⁸ Banović B, Kriminalistički i kriminološki aspekti krivičnog djela razbojništva, Nasilnički delikti, Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, Beograd, 2002, str. 280.

²⁹ Detaljnije u rezultatima istraživanja na Filozofskom fakultetu u Nišu, 2012.

³⁰ Navedena shvatanja u današnjem trenutku su značajno prevaziđena, posebno kod kategorije profesionalnih razbojnika tipa „Pink Panteri“, gdje je neophodna inteligencija, hrabrost i dobra adaptacija u životnoj sredini, u prilog čega govore brojni primjeri veoma uspješnih razbojničkih napada.

³¹ Simonović B., Kriminalistika, Pravni fakultet Kragujevac, 2012, str. 598.

³² Na osnovu saznanja do kojih se došlo kroz istraživanje na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Nišu, na temu „Psihološki profil osuđenika za krivično djelo razbojništva“, konstatovane su sljedeće karakteristike profila osuđenog za krivično djelo razbojništva: muškarac, star oko 31 godinu; neoženjen; odrastao u urbanoj sredini; vjerovatno iz nepotpune porodice ili doma za nezbrinutu djecu; niskog obrazovanja (trogodišnja srednja škola ili samo osnovna škola); vjerovatno poznat policiji kao maloljetni prekršilac zakona; ranije je već služio zatvorsku kaznu zbog nekog krivičnog djela; djeluje iz ne OK životne pozicije (najčešće Ja-Ti-), što ga čini opasnim kako po sebe, tako i po druge; često šalje poruke iz negativnih ego stanja; suprotstavlja se svakom autoritetu, što je posljedica djelovanja prkosnog djeteta; stremlji ka savršenstvu, ili očekuje od drugih da rade isto; u zabludi je da ukoliko nije savršen to znači da nije OK; koristi „velike“ riječi, govori više nego što je traženo da govori, trudi se da pokrije sve aspekte nečega; vjeruje da mora da pruži što više informacija kako bi ga ljudi razumjeli „baš kako treba“; izbjegava pokazivanje osjećanja; traži odobravanje od drugih; može djelovati neiskreno i manipulativno.

³³ Popović A. „Psihološki profil osuđenih za krivično djelo razbojništva“, Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu, 2012.

krađe i razbojništva i neosuđivanih lica u pogledu izraženosti ego stanja, životnih pozicija i kontrazabrana. Pored toga, istraživanje pokazuje i da li postoji i kakav je uticaj nekih sociodemografskih varijabli na pomenute karakteristike ličnosti. Na osnovu podataka prikupljenih u ovom istraživanju, biće prikazan psihološki profil lica koja su osuđivana za krivično djelo razbojništva.

Prvu, osnovnu grupu, čini 35 ispitanika koji su pravosnažnom odlukom nadležnog suda Republike Srbije osuđeni na kaznu zatvora zbog krivičnog djela razbojništva ili razbojničke krađe i koji su se u trenutku istraživanja nalazili na izdržavanju kazne u Kazneno-popravnom zavodu u Nišu. Testiranje osuđenih je sprovedeno uz saglasnost Uprave za izvršenje krivičnih sankcija Republike Srbije, maja 2012. godine. Drugu, kontrolnu grupu, čini 35 ispitanika koji nikada nisu osuđivani ni zbog jednog krivičnog djela, a njihovo testiranje je sprovedeno juna 2012. godine.

Istraživanje je pokazalo da je najviše osuđenih neoženjeno. Takođe, većina osuđenih su stariji od 26 godina (82.8%). 1 ispitanik (2.9%) je osuđen na zatvorsku kaznu manju od godinu dana, 15 ispitanika (42.9%) su osuđeni na zatvorsku kaznu u trajanju od 1 do 5 godina, 11 ispitanika (31.4%) su osuđeni na zatvorsku kaznu u trajanju od 5 do 10 godina, a 8 ispitanika (22.9%) su osuđeni na zatvorske kazne duže od 10 godina. 9 ispitanika (25.7%) su odslužili manje od jedne godine svoje kazne, 17 ispitanika (48.6%) su odslužili između 1 i 5 godina, 6 ispitanika (17.1%) su odslužili između 5 i 10 godina, a 3 ispitanika (8.6%) su odslužili preko 10 godina svoje kazne. Tri ispitanika je osuđeno zbog krivičnog djela razbojničke krađe, a 32 zbog krivičnog djela razbojništva.

Najviše počinitelaca razbojništva ili razbojničke krađe potiče iz urbane sredine. Ovaj podatak je u skladu sa shvatanjima da selo u većini delikata zaostaje za gradom, odnosno, u gradu je neformalna socijalna kontrola slabija, razlike u imovinskom stanju su veće, veći je broj prilika i „iskušenja“, veća je pokretljivost stanovništva, povoljnije su okolnosti za skrivanje nakon počinjenog djela (*Zvonarević, 1976*). Ovaj podatak takođe govori u prilog Saderlendovoj teoriji diferencijalne asocijacije, po kojoj da bi neko postao kriminalac mora da bude u neposrednom kontaktu s kriminalom, a pošto je broj kriminalaca u gradu veći, veće su i šanse da će mladi ljudi iz grada prije doći u kontakt s kriminalom, nego što je to slučaj sa njihovim vršnjacima sa sela.

Najviše osuđenih ispitanika ima obrazovanje niže od četvorogodišnje srednje škole. Ovaj podatak je u skladu sa teorijom inteligencije, po kojoj je devijantnost, tj. kriminalno ponašanje, posljedica niskog obrazovanja, a koje je i samo posljedica niske inteligencije. No, bez obzira da li je nisko obrazovanje posljedica niske inteligencije ili nekog drugog faktora, jedno je sigurno: veće obrazovanje pruža osobi i veće mogućnosti da ostvari svoje ciljeve na legalan način.

Više od polovine osuđenih (54.3%) je odrastalo u nepotpunim porodicama ili u domu za nezbrinutu djecu. Ovaj podatak govori u prilog nekim psihoanalitičkim shvatanjima, po kojima je upravo propast porodice kao osnovne jedinice druš-

tva uzrok svih mogućih kasnijih poremećaja, pa i kriminalnog ponašanja. Naravno, ne postanu sve osobe koje potiču iz razorenih porodica kriminalci, tako da se ova tvrdnja psihoanalitičara treba uzeti s rezervom. Da li će neka porodica djelovati kriminogeno na dijete, ne zavisi samo od strukture porodice, već zavisi i od njene funkcionalnosti, odnosno kvaliteta odnosa koji vladaju u njoj. Ovaj podatak je u skladu sa nekim ranijim istraživanjima, po kojem od 30 maloljetnih štíćenika vaspitnih zavoda samo 3 potiču iz potpunih i funkcionalnih porodica. 16 njih vode porijeklo iz porodica koje su se raspale u toku njihovog djetinjstva ili adolescencije, a čak 11 njih iz ove kategorije su bez starateljstva ijednog od roditelja. Osmoro (od kojih su 7 napušteni) rođeno je u vanbračnoj zajednici. Tri maloljetnika potiču iz potpunih, ali disfunkcionalnih porodica. Za 7 porodica dobijeni su podaci u smislu delinkventnog i nasilnog ponašanja bar jednog od roditelja, u 8 porodica jedan od roditelja je alkoholičar, 3 porodice su imale bar jednog ozbiljno duševno oboljelog člana, a u jednoj se dogodio suicid majke. Samo za jednu porodicu postoje podaci o harmoničnim interpersonalnim relacijama njihovih članova. ITA naglašava da je kvalitet porodičnih odnosa od presudnog značaja za formiranje zdrave ličnosti, posebno teorija strouka i diskaunta, teorija o simbiozi, teorija o životnim pozicijama itd., a kako se u ovom radu nismo bavili kvalitetom interpersonalnih odnosa u porodici, ostavljamo ovu temu za neka buduća istraživanja.

Polovina ispitanika iz osnovne grupe je bila u sukobu sa zakonom prije 18. godine³⁴, a šestorica njih (17.1%) su bili u vaspitno-popravnom domu. Jedno od mogućih objašnjenja ovog podatka je shvatanje bihejvorista, po kojima je kapacitet za učenje po modelu veći kod maloljetnika nego kod odraslih, a poseban značaj kriminolozi daju uticaju masovnih medija kao izvoru raznih uzora. Često se uzori za ponašanje nalaze na marginama društva i na granici legalnog i ilegalnog. Pored ekonomske krize, koja, između ostalog, podrazumijeva pad proizvodnje, pad zarada i životnog standarda dolazi do izražaja i kriza sistema vrijednosti koja izbacuje na površinu i prokriminalni sistem vrednosti, koji preferira i reklamira lažne junake, opsenare, legionare, ratne profitere, a sve se više cijeni materijalno bogatstvo koje nije stečeno radom, nego, zakonski i moralno, sumnjivim postupcima.³⁵ Drugo moguće objašnjenje daje Koenova teorija potkultura i kontrakultura, po kojoj su djeca iz radničkih slojeva izložena kontradiktornim uticajima: kulturnim vrijednostima srednjeg sloja i faktičkom nemogućnošću da se te vrijednosti ostvare u okviru svog društvenog stratuma, iz čega se rađaju nezadovoljstvo i osjećaj frustriranosti koji vode radikalnom odbacivanju uobičajenog sistema vrijednosti i udruživanju u maloljetničke bande unutar kojih se stvaraju posebni stilovi ponašanja i posebni stavovi. Mogli bismo da izvedemo zaključak da rasturena porodica, uz nemaštinu i „lažne idole“ predstavlja plodno tle za nastanak maloljetničke delinkvencije, a koja sama predstavlja samo početak kriminalne karijere. Ovo istraživanje je pokazalo da je 21

³⁴ Oni najčešće hoće da budu „face“, da nose „utoku“ i da ostave utisak u društvu.

³⁵ Stojakov, 1995, str. 182.

ispitanik (60%) prije aktuelne presude služio kaznu u zatvoru, a njih 11 (31.4%) je kaznu služilo upravo zbog razbojništva.

Ovakvi podaci pokazuju slabost kazneno-popravnih institucija u postizanju, prema mišljenju autora ovog istraživanja, najvažnijeg cilja kažnjavanja – prevaspitanja prestupnika; ali i pokazuju slabost čitavog društva. U skladu sa teorijom diferencijalne asocijacije, moglo bi se reći da zatvor predstavlja ništa drugo do školu kriminala. Takođe, osobe koje su služile zatvorsku kaznu često se etiketiraju kao kriminalci od strane okoline, tako da se one poistovjećuju s nametnutom društvenom ulogom, čak i po cijenu trpljenja različitih oblika represije, gubitka statusa i moralne degradacije.

5. Zaključak

Razbojništva i razbojničke krađe predstavljaju dinamična krivična djela, koja su tradicionalno prisutna u svim vremenima, prostorima. Izvršiocu u osnovu kroz ove delikte zadovoljavaju svoje materijalne potrebe, koje su nekada ključni motiv izvršenja krivičnog djela, a nekada i nisu u primarnoj motivaciji. Naime, sam motiv izvršenja krivičnih djela razbojništva, vezuje se i za sveukupni psihološki profil ličnosti razbojnika, koji, prema mnogim istraživanjima, i konkretnim slučajevima, ima i značajnu drugu dimenziju. Radi se, naime, o želji razbojnika da na takav način privuku pažnju na sebe, da se dokažu kroz nasilničko djelovanje, i sl.

Kroz analizu kriminalne djelatnosti „spektakularne“, već u svijetu afirmisane, kriminalne bande „Pink panteri“ može se zaključiti da se radi o veoma frekventnoj i kriminalno aktivnoj grupi više stotina lica, koja svoju razbojničku mrežu pletu na svim kontinentima svijeta. U kontekstu toga, u radu se pokušalo doći do nekih karakteristika ove kriminalne bande, sa ciljem da se da odgovor na neka pitanja.

Prevashodno se postavilo pitanje o idejama, inspiraciji ovih kriminalaca, koji su neustrašivi u savlađivanju prepreka. Odgovor je dat, tek djelimično, jer su korišćena uglavnom saznanja iz sredstava javnog informisanja, bez analize njihovih kriminalnih dosijea, u kojima bi se sigurno mogli pronaći konkretniji podaci u vezi njihovih motiva, planova, a posebno ideologa svih „kriminalnih pohoda“.

Kako se radi o izvršiocima brojnih krivičnih djela razbojništva, gdje su otuđene znatne količine materijalnih vrijednosti, iz kojih se pribavlja znatna imovinska korist, postavlja se drugo pitanje, koje takođe nije u potpunosti razjašnjeno. Radi se o krajnjoj svrsi ovih delikata u vezi sa raspodjelom pribavljene imovinske koristi. Naime, neki podaci ukazuju da oduzeta roba, neposrednim akterima ide tek u manjem procentu (oko 20%), a sve ostalo, za sada nepoznatim kreatorima ovih delikata. Spominju se moguće veze sa „unutrašnjim“ pomagačima, naručiocima posla, osiguravajućim kućama i dr. Upravo ti podaci ukazuju na potrebu da se ovaj, „već kriminalni hit 21. vijeka“, detaljnije rasvijetli.

6. Literatura:

- Banović B., Kriminalističko–kriminološki aspekti krivičnog djela razbojništva, Zbornik radova, Delikti nasilja, Kriminološki i krivično pravni aspekt, Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, Beograd, 2002.
- Bošković M., Kriminologija, Pravni fakultet Novi Sad, 2006.
- Popović A., „Psihološki profil osuđenih za krivično djelo razbojništva“, - transakci-ono-analitički pristup, Filozofski fakultet Niš, 2012.
- Matijević M., Nasilnički kriminalitet u Republici Srpskoj, Naučno- istraživački iz- vještaj, 2011.
- Modly D., Korajlić N., Kriminalistički rječnik, Tešanj, 2002.
- Korajlić N., Istraživanje krivičnih djela, Sarajevo, 2012.
- Stanarević M., Osam puta između života i smrti, Banja Luka, 2005.
- Nezavisne novine, Uhapšen Pink Panther iz BiH koji je izveo spektakularnu pljačku u Kanu, 31.08. 2013.
- „BBC „Serbs guilty of Japan jewel heist“, 02,10.2007.
- „Jewellers hit again in ‘£1m raid’“. BBC. 28. 05. 2005.
- „Gems robber jailed for 15 years“. BBC. 21. 07. 2004.
- Agence France-Presse/Jiji Press, “‘Pink Panther’ to face trial in Montenegro over 2007.
- „Serbs guilty of Japan jewel heist“. BBC. 02. 10. 2007.
- Seward, Deborah, Saturday, 28 March 2009.
- „Inspector Clouseau gets his man“. New York Post (Reuters).
- Sr.wikipedia.org/sr Pink Panther (engl. The Pink Panther) je američki film iz 2009, koji predstavlja nastavak na prethodni film Pink Panther

Mile Matijevic, PhD of Law

University of bussines studies, Faculty of Law

BURGLARIES – IN THE LIGHT OF THE „PINK PANTHERS“

Summary

Robberies are traditionally one of the most violent crimes: They appear at all times and areas, and occur in response of individuals or groups to the current state of society, and personal desires, aspirations. It is well known that the classical robbers, since the days of Jovan Caruga[1], and others, were very severely punished, but that the most stringent penalties did not significantly curb these offenses

Today, when the society is in a very rugged erosion of social values, robberies are “certain” style response to social reality, where the bravest, decide to various forms of attack, often oriented on groups of citizens who possess great power and wealth.

In recent years, the international space „is ruled“ by so-called group “Pink Panthers”, which is a well-organized Balkan robbers group. Their predatory exploits, have become inspiration for filming a movie about these “heroes” of “Smash and grab”, by British director Marking.

The film tries to uncover the truth about the mythologized Balkan robbers, where the key issue is related to the “Pink Panthers”. What happens to the loot after the robbery, which is measured in hundreds of millions of euros? Some information suggests that the thieves get more than 15% of stolen jewels worth while the rest goes straight to contractors work.

The paper will highlight the previous criminological understanding of the theory of causation, regarding the identity and personality of thieves, because it does not fully answer the question in the current criminological and related sciences, which deal with the causes of the phenomenon of crime. It will also highlight some aspects of the situation and trends of burglaries in Bosnia and Herzegovina and the region in the context of the effectiveness of the competent authorities in combating these dangerous offenders.

Keywords: *robbery, the bandit, the “pink panther” force, threat, personality robbers, financial gain, gangs, organized criminals, pink panther*

УБИЦЕ СА ТЕРИТОРИЈЕ ЈУГОИСТОЧНЕ СРБИЈЕ¹

Др Дарко Димовски*

Апстракт: Предмет овог рада је емпиријско истраживање кривичних дела убистава на територији југоисточне Србије. Аутор је предмет истраживања посматрао у светлу рода убице, година старости, менталне способности, кривичне одговорности, пребивалишта, брачног стања, као и занимања убице. Такође, аутор се фокусира на однос жртве и починиоца убиства.

Кључне речи: убице, југоисточна Србија, пол, старост, урачунљивост, виност, пребивалиште, брачни статус, занимање жртве.

УВОД

Убиство, као једно од друштвено најопаснијих кривичних дела, било је предмет бројних истраживања која су се спроводила са различитих нивоа научног интересовања, при чему су се користила знања бројних наука и научних дисциплина. Без обзира на бројност оваквих истраживања, убиство и даље неумитно побуђује пажњу, како лаичке, тако и стручне јавности.

Још пре Другог светског рата, поједини кривичноправни писци почели су да се интересују за феномен хомицида (Глигорије Гроздановић, Фрањо Кларић, В. Суботић и други). Међутим, дуго времена је недостајало целовито бављење појавом, настанком и превенцијом убистава. Криминолошки и виктимолошки приступ оваквој појави је био још мањи. Тако је, на пример, само Милован Миловановић у свом чланку „Хомицидогена улога убијених у убиству“ из 1930. године имао виктимолошки приступ убиствима пре Другог светског рата. Ипак, неколицина истраживача је отворила пут већем посматрању убистава кроз криминолошку призму. Прва је била професорка на Правном факултету у Нишу, Слободанка Константиновић Вилић, са својом докторском

* Асистент на Правном факултету Универзитета у Нишу, darko@prafak.ni.ac.rs

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

дисертацијом *Жене убице* из 1984. године. Исте године криминолог Шпиро Вуковић се, такође, на један свеобухватан начин, а пре свега криминолошки, бавио крвним деликтима у Србији. Такође, професорка Миомира Костић је на Правном факултету у Нишу 2001. године одбранила докторат под називом *Деца убице*. Убиство са криминолошког аспекта је било предмет доктората још само код Биљане Симеуновић Патић, гдје је било територијално ограничено само на простор Београда.

Иако су досадашња истраживања открила бројне феноменолошке и етиолошке аспекте кривичног дела убиства, још увек има доста простора за спровођење разних истраживања, чији би предмет било убиство. До сада територијално одређење једне криминолошке студије о убиствима није била територија југоисточне Србије. Стога, намеће се једно просто питање: „Ко су убице на територији југоисточне Србије?“²

2. ПОЛ И СТАРОСТ УБИЦА

Бројна истраживања код нас и у свету показала су да жене врше знатно мање кривичних дела од мушкараца, уопште посматрано. Тако, према истраживању спроведеном у нашој земљи, удео жена у укупном криминалитету, у периоду од 1999. до 2005. године, био је између 8,3 и 8,9%. Њихов удео и извршењу убистава је сличан. Тако је у САД-у од убистава, код којих је пол убице познат, 89,7% почињено од стране мушкараца. Другим речима, у само десетак процената убистава, жене су извршитељке овог кривичног дела.³

Слични резултати су добијени приликом анализе података прикупљених нашим истраживањем. Наиме, од укупно 55 извршилаца различитих облика убистава, мушкарци чине 95% у посматраном узорку, што представља 52 (са)извршилаца убистава, док се припаднице женског пола јављају као извршитељке убистава у свега 5% случајева. До сличних резултата дошла је и криминолошкиња Биљана Симеуновић Патић у својој докторској дисертацији. Њен узорак је обухватао 486 извршилаца убистава или његових покушаја, који су били откривени од стране надлежних државних органа. Од укупног броја извршилаца убистава, њих 457 или 94% је било мушког пола. Удео жена као извршитељки убистава је био 6%.⁴ Добијеним резултатом, да се жене јављају

² Емпиријско истраживање је спроведено у седиштима основних и виших судова у Нишу, Пироту, Врању, Лесковцу и Прокупљу. Временски, истраживање је ограничено на период од 2006. до 2010. године, при чему су предмет интересовања истраживача само правоснажне пресуде. Више о томе видети: Димовски, Д., *Криминолошко одређење убиства*, докторска дисертација, Ниш, 2013.

³ *Crime in the United States. Expanded Homicide Data*. Видети: http://www2.fbi.gov/ucr/cius2009/offenses/expanded_information/homicide.html, приступ 26.08.2011. године

⁴ Симеуновић Патић, Б., *Убиства у Београду – криминолошка студија*, Београд, 2003. година, стр. 80.

у свега 5% извршених убистава, потврђује се теза да су ситне и ненасилне криминалке.

Структура убистава према полу у југоисточној Србији је веома различита. Из *Табеле 1* можемо видети да су бројни облици убистава, извршени у периоду 2005-2010. године, били почињени само од стране мушкараца.⁵ Тако су само припадници јачег пола извршавали обична убиства – 31 убица мушког пола. Овај податак се не поклапа са резултатима истраживања криминолошкиње Патић, која је установила да су обична убиства чињена како од стране мушкараца, тако и од стране жена. Наиме, од 190 извршилаца овог облика убиства, њих 12 је женског пола, што чини 6%.⁶ Такође, поред обичног убиства, које спада у „специјалност“ мушкараца, и убиства на свиреп и подмукао начин, убиство којим се доводи у опасност живот још неког лица, убиства при извршењу разбојништва или разбојничке крађе, убиства из користољубља и убиства из безобзирне освете или других ниских побуда спадају у „ексклузивни домен“ вршења убистава од стране мушкараца.

Треба напоменути да је у посматраном узорку било 4 починитеља убиства више, који су лица мушког пола, док је само једна жена извршила овај облик тешког убиства. По једна извршитељка јавила се код убиства на мах, као и код убиства детета при порођају.

Облик убиства	Мушкарци	Жене
Обично убиство	31	/
Убиство на свиреп или подмукао начин	6	/
Убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица	2	/
Убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе	2	/

⁵ И код статистичке анализе ових података треба напоменути да се једна пресуда Окружног суда у Нишу, под бројем 53/06, односила на један кривични догађај, који је оквалификован и као убиство извршено на свиреп и подмукао начин и као убиство из користољубља, при чему су дата убиства почињена од стране двојице мушкараца. Иако се овде ради о два кривична догађаја која су извршена од по 2 мушкараца, они су у *Табели 1* рачунаги као 4 починица поменутих облика убистава.

⁶ Симеуновић Патић, Б., *op. cit.*, стр. 81.

Убиство из користољубља	4	/
Убиство из безобзирне освете или других ниских побуда	3	/
Убиство више лица	4	1
Убиство на мах	/	1
Убиство детета при порођају	/	1
Укупно	52	3

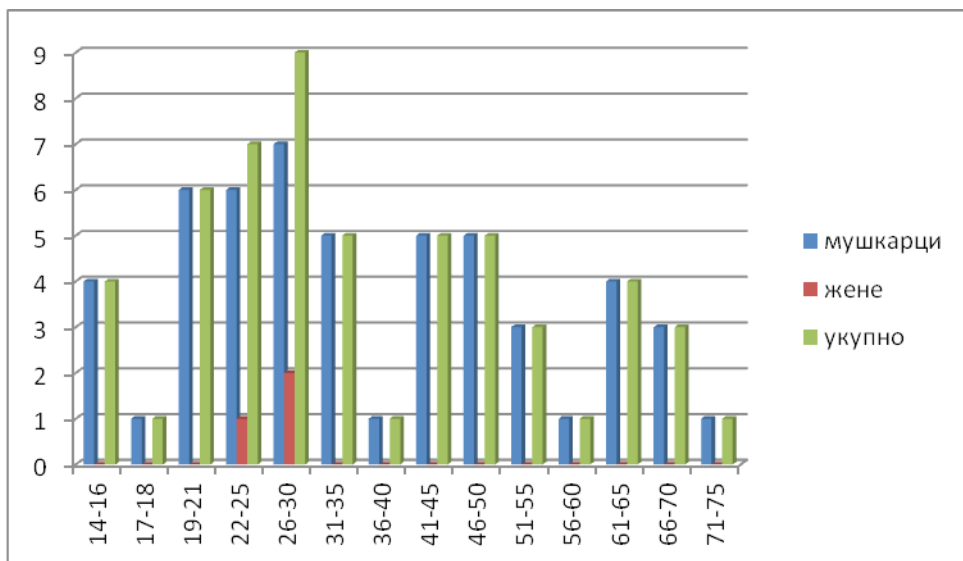
Табела 1. Структура убистава према полу у југоисточној Србији

Разлике међу извршеним убиствима постоје и у односу на старост починитеља овог кривичног дела (*Графикон 1*). Тако је, према нашем истраживању, највише убица било старости од 26 до 30 година – укупно 9, што чини 16% од 55 убица, при чему су у 7 случајева убице биле мушког пола. Треба напоменути да су жене убице, поред ове старосне групе, припадале и групи од 22 до 25 година, али само у једном случају. Исто тако, 6 мушкараца, година старости 22-25 су били убице (укупно убица оба пола - 13%). Велики број убица је у време извршења убиства имао од 19 до 21 године, са уделом од 11% у односу на остале старосне категорије. Такође, велики удео (9%) у погледу година убица, у време чињења кривичног дела убиства, има и група, која се односи на убице старости од 41 до 45 година живота. Убице у узрасној групи од 46 до 50 и од 61 до 65 чине по 9% од укупног броја убица.⁷ У истраживаном узорку, убице узраста од 66 до 70 су биле заступљене са 5%, док су убице старости од 31 до 35 година имале нешто већу заступљеност (9%). Четворо малолетних убица су били старости од 14 до 16 година (7%), док је један малолетни убица припадао групи старијих малолетника у време извршења убиства (2%). Такође, 1 убица мушког пола је припадао старосној групи 36-40 година (2%). Особе од 51 до 55 година су у узорку биле заступљене са 5%, док су лица узраста од 56 до 60 година и од 71 до 75 година чинила по 2% од укупног броја убица.

Упоређивањем малолетних и пунолетних убица видимо да је њихов однос 1 према 10, што је више него у раније спроведеном истраживању од

⁷ У пресуди Вишег окружног суда у Лесковцу, под бројем 12/10 (2009), не постоје подаци у вези датума рођења убице. Наиме, у пресуди пише само година рођења. Како тачан број година живота убица није могуће тачно установити, број година живота одређен је на основу одузимања године извршења убиства од броја година живота убице. Како дати убица на основу тога има 61 годину, он је сврстан у старосну групу од 61 до 65 година, иако је могуће да је имао непуну 61 годину.

стране криминолошкиње Биљане Сименуновић Патић. Наиме, у њеном узорку истраживања тај однос износи 1:6,6.⁸ Исто тако, у убиствима обухваћеним нашим просторним и временским оквиром истраживања, постоји велики удео лица веће старости (лица од 51 до 75 година). Иако је било за сходно очекивати да ће са повећањем броја година живота уједно опадати број убица, у нашем узорку велики број убица припада овим старосним групама. Из овога произилази да кривично дело убиства није само „младачачко“ кривично дело, већ га чине и особе у позним годинама живота. Особе од 51 до 75 година су у 22% биле убице у нашем узорку.



Графикон 1. Године старости убица у југоисточној Србији

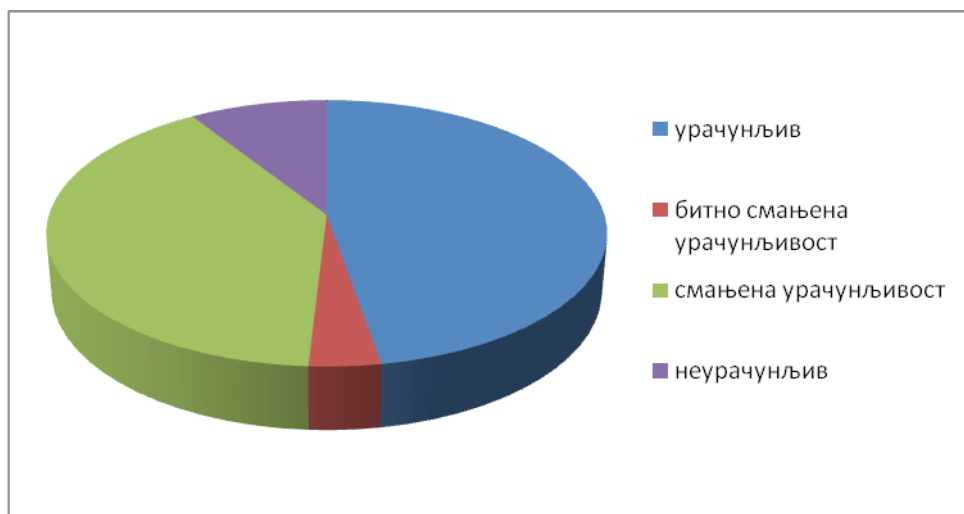
3. УРАЧУНЉИВОСТ УБИЦА

С обзиром на то да је Кривичним закоником Републике Србије прописано да је кривично дело оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено (члан 14 став 1), можемо закључити да кривица представља битан општи елемент дефиниције кривичног дела. Такође, Кривичним закоником посебно се одређује појам кривице (члан 22 став 1). Тако је за кривицу извршиоца кривичног дела потребно да је он урачунљив, да је кривично дело учињено са умишљајем или из нехата, ако је то законом прописано и да је учинилац био свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Из овога произилази да се кривица састоји од три елемента: урачунљивости, виности и свести да је дело забрањено.

⁸ Симеуновић Патић, Б., *op. cit.*, стр. 84.

Урачунљивост је психичко стање које постоји код починиоца у време извршења кривичног дела. Треба напоменути да у Кривичном закону није одређен појам урачунљивости, већ појам неурачунљивости (члан 23). Другим речима, урачунљивост је одређена негативно. Неурачунљив је онај учинилац који није могао да схвати значај свог дела или није могао да управља својим поступцима услед душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или друге теже душевне поремећености. Поред неурачунљивости постоји битно смањена урачунљивост и смањена урачунљивост. Док битно смањена урачунљивост представља факултативни основ за ублажавање казне, смањена урачунљивост може се узети као олакшавајућа околност приликом одмеравања казне. Ми се у овом делу рада нећемо бавити основама неурачунљивости.

У нашем просторно и временском одређеном узорку убистава, 47% (са) извршилаца, од укупно њих 55 је било урачунљиво, што чини 26 убица (*Графикон 2*). Такође, треба напоменути да овде није обрађена урачунљивост саучесника. Двадесет двоје убица или 40% је од стране вештака оцењено као смањено урачунљиво, али не и битно. Њих 5 (са)извршиоца убистава (9%) је било неурачунљиво, док је само њих 2 било битно смањено урачунљиво (4%). Уколико ове податке посматрамо мало шире, можемо закључити да чак 53% убица болује од одређених абнормалних психичких стања и поремећаја основних психичких функција.



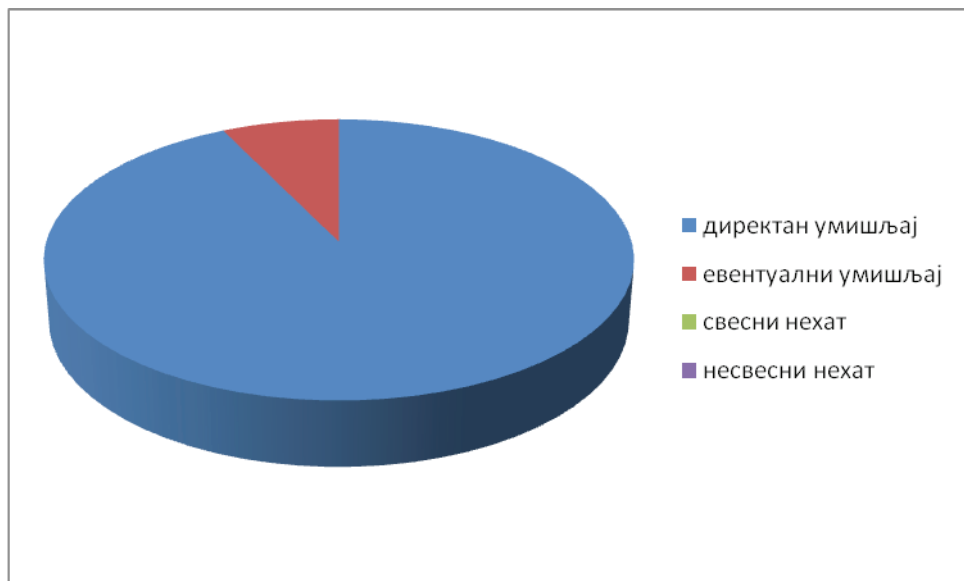
Графикон 2. Урачунљивост убица у југоисточној Србији

4. ОБЛИЦИ ВИНОСТИ УБИЦА

Виност, као други елемент кривице, представља психички однос учиниоца кривичног дела према свом делу. Виност је нужан услов за постојање кривице и кажњивости. Учинилац једног кривичног дела може бити кажњен за то дело само ако има одређени психички однос према том делу, као свом остварењу. Облици виности су умишљај и нехат. За дело учињено са умишљајем увек се одговара. Кривични законик РС предвиђа два облика умишљаја (члан 25). Први облик умишљаја је директан умишљај, који постоји када је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење, док други облик умишљаја, под именом евентуални умишљај, постоји када је учинилац био свестан да може учинити одређено кривично дело, па је на то пристао. Треба напоменути да КЗ не прави разлику у погледу кажњавања између ова два облика умишљаја. Другим речима, висина изречена казне зависи од оцене суда, у сваком конкретном случају. Иако теорија кривичног права познаје и неке друге облике умишљаја, они нису меродавни за наше истраживање. Стога неће бити предмет наше анализе.

Лакши облик виности је нехат (члан 26). Нехат постоји кад је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити или кад није био свестан да својом радњом може учинити дело иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности. За нехат се кажњава само када је то у закону изричито прописано. Из оваквог одређења нехата произилази да постоје његова два облика: свесни и несвесни нехат. И овде постоје неки други облици нехата. Као и код умишљаја, закон не прави разлику што се тиче кажњавања у односу на два облика нехата.

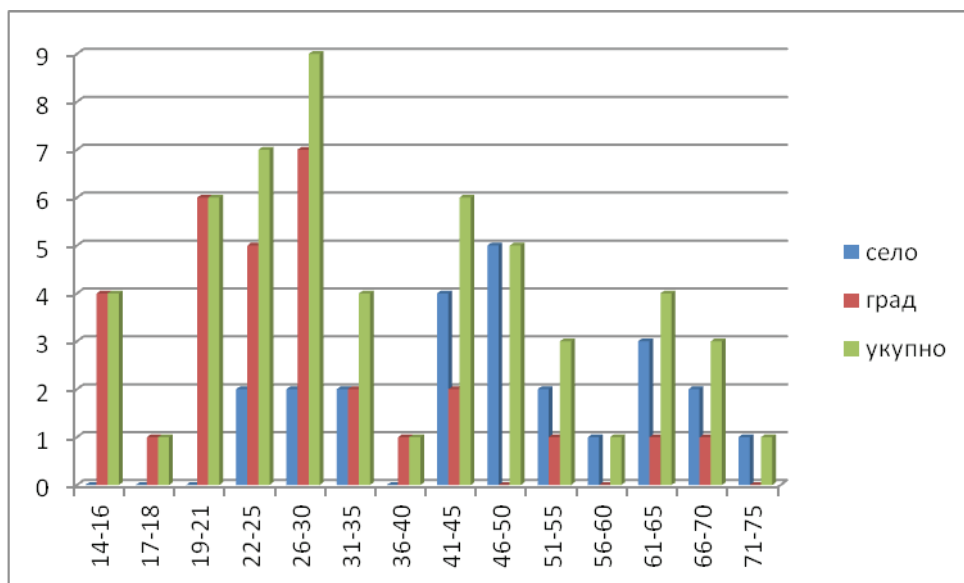
Анализом убистава обухваћеним нашим узорком, дошли смо до података да је 51 убица учинило разне облике убистава директним умишљајем, што чини 93% од укупног броја убица. Свега четворица убице су ово кривично дело извршили са евентуалним умишљајем (7%). Шире посматрано, постојање оволико великог процента умишљаја код убица указује на велику усмереност радњи ка остварењу лишења живота другог лица.



Графикон 3. Облици виности убица у југоисточној Србији

5. ОДНОС СТАРОСТИ УБИЦЕ СА МЕСТОМ ЊЕГОВОГ ЖИВЉЕЊА

У временском и просторном оквиру нашег истраживања убистава више извршиоца овог кривичног дела имало је пребивалиште у време извршења убиства у градовима – њих 31, што представља 56% од укупно 55 (са)извршилаца овог кривичног дела. Међутим, треба водити рачуна о томе да град, као место пребивалишта убица у време извршења убиства, није подједнако заступљено у свим старосним групама (*Графикон 4*). Наиме, млађе убице имале су пребивалиште у градовима, док учиниоци убистава старијег узраста имали су место живљења у селима. Млађи и старији малолетници су искључиво живели у градовима. Исти је случај и са млађим пунолетним лицима. Објашњења за овако добијене податке леже у томе да се начин живота младих људи у градовима и на селу драстично разликује. Док су млади људи на селу окренути извршавању свакодневних сеоских обавеза, адолесценти у градовима имају много више слободног времена. У старосној групи од 22 до 25 година, само су 2 убице, од њих 7, живели на селу, у време извршења убиства. Сличан однос постоји и у следећој старосној групи (26 до 39 година), док су особе од 31 до 35 године старости подједнако живеле и у граду и на селу. Већ од 41 године живота убица, постоји већа заступљеност убица који су живели на селу. Разлог оваквој појави се може тражити у већој покретљивости и већем контакту људи са села у њиховим познијим годинама, за разлику од особа истих година живота у градовима.



Графикон 4. Однос старости убице у југоисточној Србији са местом његовог живљења

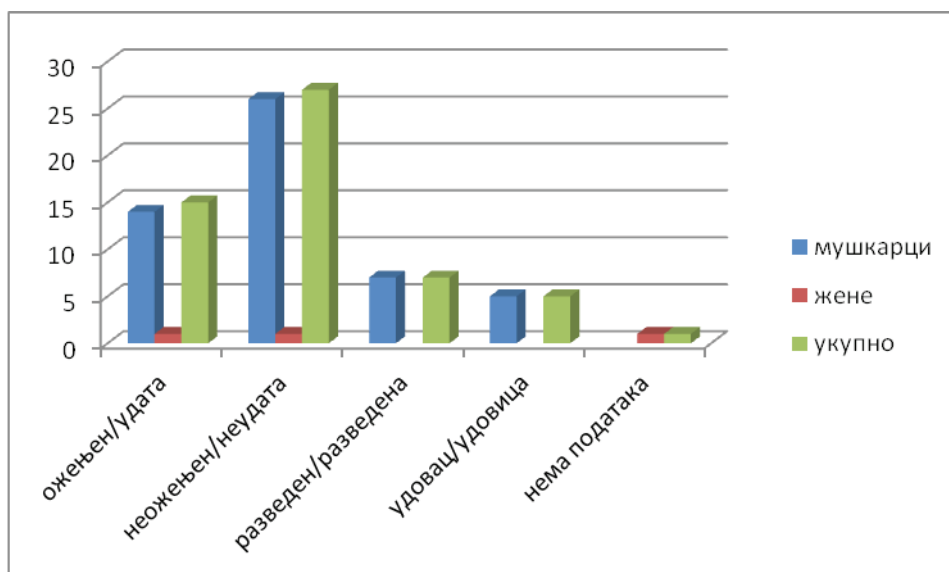
6. БРАЧНИ СТАТУС УБИЦА

Брачни статус убица привлачи посебну пажњу криминолога. Међутим, веома мали број истраживања је спроведен, како би се утврдио овај податак. Чак је један од недостатака у многим великим и обимним истраживањима управо у непостојању ових чињеница. Такав је случај, на пример, са Извештајима о убиствима, коју сачињава Федерални истражни Биро (ФИБ).⁹

Највећи број извршиоца убиства, њих 27, што чини 49% од укупно 55 убица на простору југоисточне Србије, је било неожењено, односно неудато у време извршења убиства (*Графикон 5*). Такође, 14 убица је било ожењено, док је једна жена правноснажно осуђена за убиство била удата (27%). Седам убица је било разведено, што представља 13% од укупног броја починиоца овог кривичног дела. Нешто мањи број убица је живео сам, због смрти своје супруге – 5 убица (9%). Код једне жене убице било је немогуће установити њен брачни статус, јер је она након извршења убиства побегла из Србије, при чему треба нагласити да је она држављанка друге земље (2%). Посматрајући добијене податке шире, можемо закључити да је 73% убица, у време лишења живота другог лица, живело само, без обзира на разлог оваквог брачног ста-

⁹ Terance, M., Wendy, R., Drass, K., *Rethinking homicide: exploring the structure and process underlying deadly situations*, Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2004, p. 42.

туса (неожењеност, разведеност, смрт брачног партнера). Иако би се из овог податка могао извући закључак да самачки живот представља један од криминогених фактора, треба бити крајње опрезан, јер не доводи такав начин живота непосредно до вршења убиства. Објашњење треба тражити у томе да се знатан број криминогених фактора јавља управо код оних лица која живе самачким животом.



Графикон 5. Брачни статус убица у југоисточној Србији

7. ЗАНИМАЊА УБИЦА

Занимање извршиоца кривичног дела убиства представља веома важан податак, ради правилне и свеобухватне анализе криминогенезе убиства. Истраживања углавном показују исте резултате. Тако се, према истраживању убиства у Вашингтону, од 1953. до 1956. године, највише убица бавило занимањима која не захтевају висок степен обуке, док су особе, које су предузетници, имали најмању стопу убиства.¹⁰ До сличних података се дошло у новијим истраживањима. Према истраживању криминолога Скота и Дејвиса, убице, ако су запослене, раде послове који захтевају велики удео физичке снаге.¹¹

¹⁰ Falk, G., *Murder, an analysis of its forms, conditions, and causes*, McFarland & Company, North Carolina, 1990, p. 171.

¹¹ Schwartz, J., *Murder in a Comparative Context, Washington State University*. Видети: http://cooley.libarts.wsu.edu/schwartz/pdf/Homicide_Schwartz_class.pdf, приступ 09.09.2011. године

Од 55 извршилаца кривичног дела убиства, на просторном и временском оквиру нашег истраживања, највећи број, њих 25, је било незапослено, што чини 45% (Графикон 6). Велики проценат убица (13%) је био у време извршења убиства пензионисан (7 убица). Занатлије су биле убице у 6 случајева (11%), док су лица, која су се бавила физичким пословима (радник) у 7% били извршиоци убиства (4). Исто тако, подједнак проценат учешћа, у односу на укупан број убица, имају радници, као и особе које су се издржавале земљорадњом (4 убица), док су троје извршилаца убиства били приватници – 5%. Двоје убица су имали посао у државној служби, при чему је једно од њих било женског пола (4%). Занимања, која су најмање заступљена у нашем истраживању, су трговински радник, домаћица и ученик (2%). За једну извршитељку убиства не постоје подаци, јер је страна држављанка, а при том је побегла из Србије по извршењу кривичног дела. Међутим, за њу се може рећи да се професионално бави извршењем убиства (плаћени убица).



Графикон 6. Занимање убица у југоисточној Србији

8. ОДНОС УБИЦА СА ЖРТВАМА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ

Однос који постоји између убице, са једне стране, и жртве, са друге стране, веома је значајан виктимолошки податак. Наиме, њихов однос има утицај на динамику извршења убиства.¹² Бројни криминолози су се бавили

¹² Fisher, C., *Extreme prejudice: A behavioral analysis of bias-motivated homicides*, City University of New York, New York, 2008, p. 61.

овим питањем, при чему су изградили јединствену типологију њихових односа. Према општеприхваћеној типологији, однос између убице и жртве се може поделити на: постојање брака, односно везе између њих, постојање сродничких веза, постојање пријатељства и познанства и непостојање било какве претходне везе између починиоца и жртве. Такође, потребно је навести да постоје убиства код којих је немогуће установити којој од ових типова припада однос између убице и жртве.¹³

У девет америчких градова је током 1978. године спроведено истраживање које је обухватило 1.373 убиства, уз коришћење другачије типологије: сродничка убиства, пријатељска убиства, убиства од стране особе која није претходно имала било какав контакт са жртвом (тзв. непозната убиства). Последњи тип односа убице и жртве у овом истраживању је само варијација убиства од стране непознате особе, познат под називом *убиства од стране непознате особе која пати од одређене душевне болести*. „Пријатељска“ убиства су почињена у 54% случаја, односно у 736 убиства. Убиство од стране рођака је почињено у 247 случајева, што чини 18%. Лица, која претходно нису знала жртву, су извршила убиства у 219 случајева (16%), док су душевно болесна непозната лица лишила живота 171 жртву (12%). У испитиваном узорку није било убиства у којима није било могуће сазнати однос између убице и жртве.¹⁴ У једном истраживању из 2008. године, у САД-у од убиства у којима је био познат однос између убице и жртве, највећи проценат 54,7% жртава је лишено живота од стране лица која су знали, док је 23,3% жртава било у сродничкој вези са убицом. Најмањи проценат жртава (22%) је убијено од стране непознатог лица.¹⁵

Слична типологија је прихваћена приликом спровођења нашег истраживања (*Графикон 7*). У 58% случајева, убица је познавао жртву пре извршења убиства, што у бројкама представља 37 жртава које су се познавале са убицом пре убиства.¹⁶ Једанаест жртава је било у сродству са убицом, како

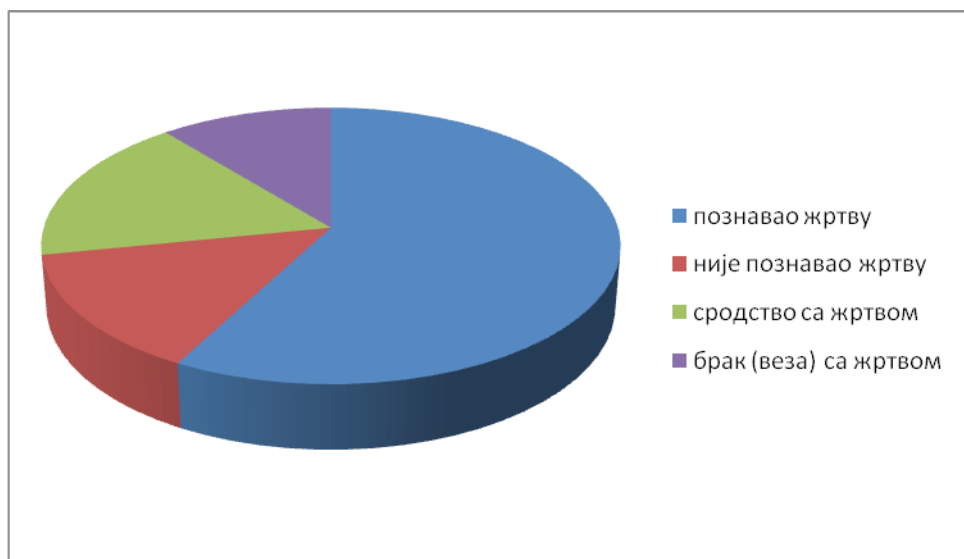
¹³ Graycar, A., Grabosky, P., *The Cambridge handbook of Australian criminology*, Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2002, p. 191.

¹⁴ Tobolowsky, P., *Understanding victimology: selected readings*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2000, pp. 47-49.

¹⁵ *Crime in the United States*, Bernan Press, 2010, p. 11.

¹⁶ Веома је занимљив податак, који указује како се од жртве криминалитета прогањања (stalking crime) постаје извршилац убиства. Цитирамо: „*Кад дођем да причам о убиству, много ми је тешко. Проблем је у психопати који ми је окренуо живот за 360%. Ја сам дошла на одмор из иностранства. Упознали смо се у дискотеци у Врању. Тај дечко се онда заљубио у мене. Прогањао ме је, мислио је да смо ми у вези. Слао ми је поруке, онда је кренуо физички да ме малтретира зато што нисам хтела да будем са њим. Обратила сам се полицији, али су ми рекли да не решавају љубавне проблеме. Обратила сам се и суду, али су ми рекли да не могу ништа да ураде, јер не постоји кривична пријава. Дошла сам ујутру у 6 сати из казина друга којем сам помагала, јер он није био ту. Онда су ми око десет сати стигле поруке увредљивог карактера, али му ја нисам одговарала. Око пола пет ми је стигла порука од њега: „Ако нећу бити његова, онда нећу бити ничија, онда ћеш бити Божија.“ Ја сам спавала кад ми је он слао поруке. Онда је провалио у стан и онда ме је напао. Онда је дошло до свачега, до покушаја силовања, до туче.*

у крвном, тако и у тазбинском сродству (17%), док је 7 жртава било у браку, односно у вези или је пре тога окончало везу са убицом (11%). У 14% случајева убица није познавао жртву пре извршења убиства. Посматрајући добијене податке шире, можемо закључити да су у 86% случајева убица и жртва били у таквом односу, који се базирао на познанству, сродству и браку (вези). До убиства у највећем броју случајева долази између лица међу којима је пре тога постојала одређена веза. Другим речима, мали удео убистава у којима се жртва не познаје са убицом доводи до закључка да се мало убистава дешава услед непостојања претходне предисторије развоја догађаја између убице и жртве, што је у крајњем случају веома значајан податак за развој ефикасних мера превенције против убистава.



Графикон 7. Однос убица са жртвама у југоисточној Србији

9. ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду коначност и по последицама свевременост самог чина убистава, као потпуно друштвено негативну појаву, никада се не може рећи да је овај проблем довољно осветљен. За његово свеобухватно схватање потребно је садејство истраживача из најразличитијих области.

Не зна се ко је кога ударао. Просто се не сећам како сам га убола. Просто ми је то изашло из памети. “ Након постављеног питања како је дошао до њеног мобилног телефона одговорила ми је: „Он је дошао до мобилног телефона преко мог друга. Кад сам излазила из дискотеке стигла ми је порука: „Оставила си нешто унутра, мислим да је то срце.“ Сретали смо се по граду, али ме никад није лично позвао да изађемо.“

Код пола убице утврђени су подаци који не одступају од ранијих сазнања. Наиме, као и код студија у САД-у и код криминолошкиње Биљане Симеуновић Патић, у нашем истраживању установљено је да је убиство, пре свега, кривично дело мушкарца – 95% убица је мушког пола. Ипак, обично убиство је, за разлику од ранијих сазнања, кривично дело „резервисано“ само за мушкарце. Највише убица са територије југоисточне Србије припада млађој старосној структури. Постоји скоро подједнак однос урачунљивих убица, са једне стране, и убица који су неурачунљиви, битно смањено урачунљиви и смањено урачунљиви, али не и битно.

Град, као место пребивалишта убица у време извршења убиства, има већи удео у односу на село. Такође, млађе особе, које живе у граду, најчешће су биле убице. Објашњење за тако нешто треба тражити у специфичном начину живота млађих особа у односу на лица исте старосне структуре са села. Скоро три четвртине убица је у тренутку извршења кривичног дела живело само. Другачије речено, специфичност самачког живота може условити да се на вредност људског живота гледа са мање респекта.

Ради правилног сазнања процеса криминогенезе убиства, потребно је утврдити занимање извршилаца овог кривичног дела. Из анализе личних листова произилази да су за убице, са подручја нашег истраживања, карактеристична занимања за које је потребан мањи степен образовања, као и да је велики број њих био незапослен.

Из податка да су се у већини случајева, убице и жртве познавале, можемо закључити да постоји „предиспонираност“ да одређено лице постане жртва овог кривичног дела, јер егзистирају неке чињенице које чине, како би рекао француски криминолог Леоте, „експлозивну мешавину“ фактора вршења убиства.

Библиографија

- Crime in the United States*, Bernan Press, 2010,
- Falk, G., *Murder, an analysis of its forms, conditions, and causes*, McFarland & Company, North Carolina, 1990,
- Fisher, C., *Extreme prejudice: A behavioral analysis of bias-motivated homicides*, City University of New York, New York, 2008,
- Graycar, A., Grabosky, P., *The Cambridge handbook of Australian criminology*, Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2002,
- Terance, M., Wendy, R., Drass, K., *Rethinking homicide: exploring the structure and process underlying deadly situations*, Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2004,

Tobolowsky, P., *Understanding victimology: selected readings*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2000,
Симеуновић Патић, Б., *Убиства у Београду – криминолошка студија*, Београд, 2003. година,

Интернет адресе

Crime in the United States. *Expanded Homicide Data*. Видети: http://www2.fbi.gov/ucr/cius2009/offenses/expanded_information/homicide.html
Schwartz, J., *Murder in a Comparative Context*, Washington State University. Видети: http://cooley.libarts.wsu.edu/schwartzj/pdf/Homicide_Schwartz_class.pdf,

Darko Dimovski, LL.D
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

MURDERERS IN THE TERRITORY OF SOUTHEASTERN SERBIA

Summary

Abstract: *The subject matter of this paper is an empirical research into the criminal offence of homicide in the territory of Southeastern Serbia. Author was observed the subject matter in light of the murderers' gender, age, mental capacity, criminal liability (culpability), place of residence, marital status and professional profile. In particular, the author focuses on the victim-offender relationship.*

Key words: *murderers, Southeastern Serbia, gender, age, mental capacity, criminal liability (culpability), place of residence, marital status, professional profile, victims*

JAVNI TUŽILAC I NOVI ZKP RS

Akademik prof. dr Stanko Bejatović*

***Apstrakt:** Predmet analize u radu je stručno-kritička analiza procesnog položaja javnog tužioca u ZKP RS iz 2011. godine. Među ne malim brojem analiziranih pitanja, posebna pažnja je posvećena pitanjima koja se tiču: opštih napomena o javnom tužiocu kao subjektu procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije; javnog tužioca kao rukovodioca predistražnog postupka; javnog tužioca kao subjekta zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela; javnog tužioca i načela oportuniteta krivičnog gonjenja; javnog tužioca kao subjekta zahtevanja održavanja ročišta za izricanje krivične sankcije i javnog tužioca kao ključnog aktivnog subjekta novog koncepta istrage.*

Analizirana pitanja su razmatrana sa tri aspekta (normativnog, teoretskog i aspekta njihove praktične primene). Na kraju rada data su zaključna razmatranja u kojima je na jedan rezimirani način iznesen stav autora o njegovom viđenju kvaliteta normativne razrade razmatranih pitanja u novom ZKP Srbije iz 2011. godine. Osnovni zaključak izvršene analize je da se u normativnoj razradi najvećeg broja novina vezanih za procesni položaj javnog tužioca u novom ZKP RS nije, u potrebnom stepenu, vodilo računa o većinskom shvatanju stručne javnosti Srbije i rešenjima prisutnim u kompetentnom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu.

***Ključne reči:** javni tužilac, ZKP, Srbija, okrivljeni, sporazum, krivično delo, istraga, predistražni postupak, oportunitet, policija, sud, krivični postupak.*

1. Opšte napomene o javnom tužiocu kao ključnom subjektu procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije

Proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije započet je donošenjem Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine¹ i njen poslednji rezultat je

* Проф. Правног факултета и председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу (st.bejatovic@eunet.rs)

¹ “Sl. list SFRJ”, br. 70/01 i 68/02, i “Sl. glasnik RS”, br. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 i 76/2010.

ZKP iz 2011. godine², sa nekoliko izmena i dopuna i pre početka njegove celovite primene³. Podsećanja radi, Zakonik je donesen u septembru mesecu 2011. i trebalo je da počne sa primenom 15. januara 2013. godine. Izuzetak su postupci za krivična dela organizovanog kriminala ili ratnih zločina koji se vode pred posebnim odeljenjima nadležnog suda u kojima je primena ovog zakonskog teksta počela 15. januara 2012. godine. Međutim, u međuvremenu (i pre početka njegove celovite primene) Zakonik je četiri puta menjan i njegov početak celovite primene planiran je za 1. oktobar 2013. godine. Uz sve ovo, u međuvremenu (septembra meseca 2012) pokrenut je i zvaničan postupak na izradi Zakona o izmenama i dopunama ZKP-a i njegov Nacrt smo dobili već krajem 2012. godine, sa izuzetno obimnim predlogom izmena i dopuna. Međutim, od daljnje rada na istom se odustalo.⁴

Više je ciljeva koji treba da budu ostvareni već duže od deset godina dugog rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.⁵ Među njima je ključni iznalaženje instrumenata za povećanje efikasnosti krivičnog postupka. Stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak, kao jedan od prioritetnih zadataka rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije uopšte, rezultat je činjenice da krivični postupak u Srbiji, što je slučaj i sa ne malim brojem drugih država, još uvek nije na potrebnom stepenu efikasnosti. Polazeći od ovog, kao i nespornog značaja zakonske norme za efikasnost krivičnog postupka, uopšte ne treba da čudi činjenica što je upravo ovo i jedan od ključnih ciljeva reforme. U celom periodu rada na reformi i u teoriji i praksi prisutno je, sasvim opravdano, mišljenje o postojanju ne malog broja subjekata čijim se adekvatnim normiranjem njihovog procesnog položaja stvara normativna osnova za željeni stepen efikasnosti njihovog rada, a time kroz njihovu kasniju adekvatnu primenu i željeni stepen efikasnosti krivičnog postupka kao celine. U teoriji i praksi više je nego jasno da od efikasnosti rada javnog tužioca, od činjenične pripremljenosti akta kojim pokreće krivični postupak i njegovim kasnijim adekvatnim zastupanjem, u ne malom zavisi i efikasnost krivičnog postupka kao celine, a pre svega efikasnost u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela i njihovih izvršilaca. Polazeći od ovoga, proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije doneo je najveći broj novina upravo po pitanju procesnog položaja javnog tužioca kao ključnog subjekta optužbe. Osnovni cilj svih tih novina je upravo identičan osnovnom cilju procesa reforme kao celine, a to je stvaranje normativne osnove za njegovo efikasnije delovanje, a time efikasniji krivični postupak uopšte. Shodno ovome, već ZKP iz 2001. god., kao zakonski tekst kojim započinje pro-

² "Sl.glasnik RS", br. 72/201, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.

³ Vidi: Bejatović, S., Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u prameni, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013, str. 11-31.

⁴ Bejatović, S., op. cit., str.14.

⁵ Vidi: Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.

ces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, donosi ne mali broj novina koje se tiču upravo procesnog položaja javnog tužioca. Među njima su osnovne dve (širenje mogućnosti primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja i na punoletne učinioce krivičnih dela i uvođenje mogućnosti izricanja krivičnih sankcija bez glavnog pretresa)⁶. Trend novih rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije, započet donošenjem Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. god., po pitanju promene procesnog položaja javnog tužioca nastavljen je njegovim kasnijim izmenama i dopunama. Tako npr. izmenama i dopunama Zakonika iz maja meseca 2004. god., proširena je mogućnost kažnjavanja pre glavnog pretresa, na krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do tri godine. Na ovome se nije stalo. Nasuprot tome, Izmene i dopune Zakonika iz avgusta meseca 2009. god., donose najznačajnije novine upravo po ovom pitanju, ozakonjenjem sporazuma o priznanju krivice⁷. No, i pored učinjenog napretka, ni ovde se nije stalo. Novi ZKP RS iz 2011. donosi takođe značajne novine i po ovom pitanju. Njihova opšta karakteristika je širenje polja moguće primene pojednostavljenih foprmi postupanja u krivičnim stvarima, i to pre svega preko tri moguća vida sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog, i načela oportuniteta krivičnog gonjenja i napuštanja sudskog koncepta istrage.⁸ Načelno posmatrano, ovakav stav zakonodavca je pozdravljen od strane stručne javnosti Srbije. No, za razliku od ovakve načelno date ocene način pojedinačne razrade ne malog broja pitanja vezanih za ove novine novog ZKP-a, i ne samo ove novine, predmet je oštre, sasvim opravdane kritike stručne javnosti Srbije. Kao rezultat ovoga, u oktobru mesecu 2012. godine zvanično je od strane Ministarstva pravde i državne uprave RS pokrenut postupak izmena i dopuna ovog zakonskog teksta i pre početka njegove celovite primene. Urađeni Nacrt izmena i dopuna Zakonika doneo je značajne novine upravo po pitanju procesnog položaja javnog tužioca. Njihov cilj je regulisanje procesnog položaja ovog procesnog subjekta na znatno drugačiji način. Međutim, kao što je to već konstatovano, nažalost, sa daljnim radom na ovom zakonskom projektu se stalo. Umesto usvajanja predloženih izmena i dopuna koje su podržane od najvećeg broja stručne javnosti, dobili smo Zakon o izmenama i dopunama Zakonika, kojim se skoro ništa ne menja u odnosu na izvorni tekst Zakonika, što za svoju posledicu ima njegovu potpunu primenu od 1. oktobra 2013. god., i pored iznesenih ne malih primedbi struke na njegov sadržaj⁹.

⁶ Bejatović, S., Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu, Zbor. "Oportunitet krivičnog gonjenja", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009, str. 125-144.

⁷ Nikolić, D., Sporazumi o priznanju krivičnog dela kao reprezentativna forma pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

⁸ Vidi: Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.

⁹ Škulić, M. - Ilić, G., Reforma u stilu "Jedan korak napred – dva koraka nazad", Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.

2. Javni tužilac kao rukovodilac predistražnog postupka

Jedna od novina koju donosi novi ZKP je i predistražni postupak sa javnim tužiocem kao njegovim ključnim subjektom. Kao takav, predstavlja tužilačku fazu postupka otkrivanja krivičnih dela i njihovih učinilaca i rezervisan je za radnje koje javni tužilac preuzima kao rukovodilac postupka. Shodno ovakvom njegovom svojstvu, javni tužilac navedene radnje može da poveri policiji, koja je dužna da izvrši njegov nalog i da ga, kao rukovodioca postupka, o tome redovno obaveštava. Kada je reč o odnosu javnog tužioca i policije, jedna od novih radnji koju u ovoj fazi postupka može da preduzme policija po nalogu javnog tužioca, je pribavljanje evidencije ostvarene telefonske komunikacije, korišćenih baznih stanica i lociranje mesta sa kojeg se obavlja komunikacija. O preduzimanju mera i radnjama, policija odmah, a najkasnije u roku od 24 časa nakon preduzimanja, obaveštava javnog tužioca, a lice prema kome je primenjena neka od mera i radnji ima pravo da podnese pritužbu nadležnom javnom tužiocu kao rukovodiocu postupka. Na sličan način se postupa i u slučaju preduzimanja dokaznih radnji od strane policije. Ako policija u predistražnom postupku preduzme dokaznu radnju, o tome će takođe bez odlaganja obavestiti javnog tužioca. U ovom kontekstu, pažnju zaslužuje i činjenica da dokazi koje je policija pribavila preduzimanjem dokaznih radnji mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog postupka, pod uslovom da su dokazne radnje sprovedene u skladu sa Zakonikom.

Jedna od najvažnijih dokaznih radnji, kada je reč o ovoj fazi postupka, je saslušanje osumnjičenog, gde se pravi razlika između saslušanja osumnjičenog i saslušanja uhapšenog. Saslušanje osumnjičenog se odnosi na lice koje se u svojstvu osumnjičenog odazvalo na poziv policije ili mu je u toku informativnog razgovora saopšteno da ga policija smatra osumnjičenim, dok se saslušanje uhapšenog odnosi na lice koje je od strane policije ili građanina uhapšeno i sprovedeno javnom tužiocu. Kada je reč o ove dve vrste saslušanja, napravljena je razlika i po pitanju aktivnog subjekta saslušanja. Saslušanje uhapšenog je u isključivoj nadležnosti javnog tužioca, dok saslušanje osumnjičenog može da obavi i policija. Da bi iskaz osumnjičenog dat prilikom saslušanja mogao da bude korišćen kao dokaz neophodno je da je dat u prisustvu branioca. S druge strane, kod saslušanja uhapšenog od strane javnog tužioca, prisustvo branioca je potrebno samo u slučajevima obavezne odbrane.¹⁰

Jedna od sledećih novina kada je reč o ovom postupku, odnosno položaja javnog tužioca u istom tiče se nekih pitanja zadržavanja osumnjičenog. O zadržavanju osumnjičenog odlučuje javni tužilac i po njegovoj odluci osumnjičeni može biti zadržan radi saslušanja najduže 48 časova od časa hapšenja, odnosno odazivanja na poziv. O zadržavanju, javni tužilac ili, po njegovom odobrenju, policija odmah,

¹⁰ Banović, B., *Policija i nova rešenja u ZKP*, Zbor. "Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013.

a najkasnije u roku od dva časa od kada je osumnjičenom saopšteno da je zadržan, donosi i uručuje rešenje. U rešenju moraju biti navedeni delo za koje se osumnjičeni tereti, osnovi sumnje, dan i čas lišenja slobode ili odazivanja pozivu, kao i vreme početka zadržavanja. Protiv rešenja o zadržavanju osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo žalbe u roku od šest časova od dostavljanja rešenja. O žalbi odlučuje sudija za prethodni postupak u roku od četiri časa od prijema žalbe. Žalba ne zadržava izvršenje rešenja. Ovome dodajmo i to da osumnjičeni mora imati branioca čim se donese rešenje o zadržavanju. Ako osumnjičeni sam, u roku od četiri časa, ne obezbedi branioca, javni tužilac će mu ga obezbediti po službenoj dužnosti, po redosledu sa spiska advokata koji dostavlja nadležna advokatska komora.

3. Javni tužilac kao subjekt zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela

Jedna od važnijih osobenosti koje je doneo proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije jeste ozakonjenje instituta sporazuma o priznanju krivice. Reč je o institutu čija se suština ogleda u prethodnom pregovaranju o priznavanju krivičnog dela između tužioca i okrivljenog i njegovog branioca i naknadnom prihvatanju ili neprihvatanju od strane suda postignutog sporazuma između ovih subjekata. Polazeći od nespornog značaja instituta sporazuma kao instrumenta efikasnosti krivičnog postupka Zakonom o izmenama i dopunama ZKP-a iz 2009. god. dolazi do njegovog ozakonjenja i u Srbiji kao jedne od dominantnih formi postupanja u krivičnim stvarima uopšte. Ozakonjenje instituta sporazuma o priznanju krivice u ZKP-u Srbije rezultat je skoro jedinstvenog stava stručne javnosti o sporazumu kao veoma važnom i korisnom instrumentu povećanja efikasnosti borbe protiv kriminaliteta uopšte - efikasnosti krivičnog postupka. S obzirom na ovo, sasvim je opravdano njegovo ozakonjenje i u srpskom krivičnom procesnom zakonodavstvu. Međutim, još i pre njegovog ozakonjenja (odmah po usvajanju ZKP-a 2006. god., čija je jedna od osobenosti bila i ozakonjenje sporazuma kao i u kasnijem procesu rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije) kritički je ukazivano, čini se ne bez osnova, na neka pitanja njegove normativne razrade. Nije mali broj pitanja o kojima se u stručnoj javnosti Srbije, a i uopšte vodila – i dalje vodi diskusija oko načina njihovog rešavanja. Među brojnim pitanjima kada je reč o sporazumu posebno se ističu ona koja se tiču vidova sporazumevanja procesnih subjekata, mogućeg obima njihove primene (da li za sva ili samo za određena – lakša krivična dela dati mogućnost primene instituta?), sadržaja teksta sporazuma, vrste i iznosa krivične sankcije u zaključenom sporazumu, mestu i ulozi lica oštećenog krivičnim delom u procesu zaključivanja sporazuma, uloge branioca u procesu pregovaranja i odlučivanja suda o sporazumu, trenutka procesnog aktiviranja suda, odnosno pitanja mogućnosti i osnova upotrebe pravnog leka u ovakvom jednom postupku i sl.¹¹ No pre analize

¹¹ Bejatović, S., Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP Srbije i regionalna komparativna analiza, Zbor. "Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012.

ovih i drugih pitanja ovog vida pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima, treba istaći sledeće. *Prvo*, nijedna stručna rasprava u Srbiji (a njih je bilo više) nije dovela niti dovodi u pitanje kriminalno-političku opravdanost instituta. Naprotiv.¹² Za relativno kratko vreme postojanja uinstituta je pokazao svoju punu kriminalno-političku opravdanost i sve intervencije i zalaganja idu u pravcu iznalaženja rešenja za njegovu što adekvatniju primenu uz predviđanje mehanizama koji sprečavaju njegovu eventualnu zloupotrebu. *Drugo*, zalaganja stručne javnosti o opravdanosti sporazuma svakim danom sve više prihvata i praksa.¹³ *Treće*, za razliku od ZKP-a RS koji prestaje da važi 30. septembra 2013, ZKP RS iz 2011. godine predviđa tri vrste sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog. To su: sporazum o priznanju krivičnog dela, sporazum o svedočenju okrivljenog i sporazum o svedočenju osuđenog. Međutim, samo na prvi pogled reč je o novim vidovima sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog. Suština je sasvim druga. U prvom slučaju (sporazum o priznanju krivičnog dela) reč je o samo drugačijoj varijanti sporazuma o priznanju krivice prethodnog ZKP-a. Druga dva sporazuma ovih procesnih subjekata su samo varijante “zadobijanja kooperativnog svedoka”. Predstavljaju osnov da se iskaz okrivljenog – osuđenog lica iskoristi kao dokaz optužbe protiv drugih optuženih lica. Odnosno, predstavljaju samo drugačije nomotehničko regulisanje instituta svedoka saradnika¹⁴. *Četvrto*, kada je reč o ZKP-u RS iz 2011. u normativnoj razradi sporazuma, stav je autora rada i ne samo autora rada, nije se dovoljno vodilo računa o stavovima stručne javnosti i rešenjima relevantnog komparativnog krivičnog procesnog zakonodavstva. U novom ZKP-u zadržan je ovaj vid pojednostavljenog postupanja, ali ne samo sa izmenjenim nazivom, već i izmenjenom sadržinom njegove normativne razrade u odnosu na rešenja prisutna u ZKP-u iz 2009. god., i to po, čini se, krucijalnim pitanjima njegovog obeležja. Ovakva rešenja ovog zakonskog teksta predmet su opravdane kritike stručne javnosti¹⁵. Najbolja potvrda ispravnosti opravdanosti ovakvog jednog zaključka je i obim predloženih izmena u nacrtu Za-

¹² Vidi Zbornik “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.

¹³ Najbolji primer za ispravnost jedne ovakve konstatacije su zvanični podaci o primeni sporazuma u Republici Srbiji, koji govore o njegovoj sve većoj praktičnoj primeni. (Vidi: Kiurski, J., Sporazum o priznanju krivice (krivičnog dela), Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 166-180).

¹⁴ Simović, M., Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom pravu BiH, Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009. god.; Nikolić, D., Sporazum o priznanju krivice, Beograd, 2009. god.; Bejatović, S., Sporazum o priznanju krivice i druge pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije kao instrumenat normativne efikasnosti krivičnog postupka, Zbornik, „Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope“, Pravni fakultet Kragujevac, 2009. god., knjiga IV, str. 85-106; Đurđić, V., Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/2009; Škulić, M., Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009.

¹⁵ Vidi “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni”, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.

kona o izmenama i dopunama ZKP-a iz februara meseca 2013. god., od kojih se, kao što je to već konstatovano, odustalo u ovom momentu reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.

Posmatrano s aspekta ZKP RS iz 2011. god., osnovne karakteristike ovog vida sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog ogledaju se u sledećem:

Prvo, promenjen je njegov naziv. Umesto naziva “Sporazum o priznanju krivice” uzet je naziv “Sporazum o priznanju krivičnog dela”. Ovakvo rešenje je ispravnije i u skladu je sa koncepcijom pojma krivičnog dela iz čl. 14 st. 1 KZ RS, prema kojoj je krivica sastavni – bitan element krivičnog dela.

Drugo, umesto normativno ograničene mogućnosti primene (za krivično delo ili krivična dela u sticaju za koja je propisana kazna zatvora do 12 godina) predviđena je mogućnost primene sporazuma kod svih, pa i najtežih krivičnih dela.

Treće, odsustvo propisivanja minimuma krivične sankcije koja se može predložiti u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela. Umesto toga propisano je samo “da je kazna ili druga krivična sankcija, odnosno druga mera u pogledu koje su javni tužilac i okrivljeni zaključili sporazum, predložena u skladu sa krivičnim ili drugim zakonom.” Ovakvo jedno rešenje je suprotno rešenju Zakonika iz 2009. god., u kojem je predviđeno da “kazna po pravilu ne može biti ispod zakonskog minimuma za krivično delo koje se okrivljenom stavlja na teret.”

Četvrto, kada je reč o sankciji obavezan element sporazuma jeste i “sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije.”

Peto, precizirani su procesni trenuci mogućnosti zaključenja sporazuma (Sporazum o priznanju krivičnog dela javni tužilac i okrivljeni mogu zaključiti od donošenja naredbe o sprovođenju istrage, pa do izjašnjenja optuženog o optužbi na glavnom pretresu).

Šesto, pravo predlaganja zaključenja sporazuma pripada isključivo samo javnom tužiocu i okrivljenom, odnosno njegovom braniocu. Javni tužilac može predložiti okrivljenom i njegovom braniocu zaključenje sporazuma, odnosno okrivljeni i njegov branilac mogu javnom tužiocu predložiti zaključenje sporazuma. Nakon upućivanja predloga o zaključenju sporazuma stranke i branilac mogu pregovarati o uslovima priznanja krivičnog dela koje se okrivljenom stavlja na teret. Sud nema nikakva prava u pogledu inicijative, niti u pogledu procesa pregovaranja i zaključivanja sporazuma.

Sedmo, odluka o sporazumu o priznanju krivičnog dela donosi se na ročištu na koje se pozivaju javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac. O ročištu se čak i ne obaveštava oštećeni. Funkcionalna nadležnost suda za odlučivanje o sporazumu zavisna je od procesnog trenutka podnošenja sporazuma sudu. Shodno ovom kriterijumu, “O sporazumu o priznanju krivičnog dela odlučuje sudija za prethodni postupak, a ako je sporazum podnet sudu nakon potvrđivanja optužnice – predsednik veća“ (čl. 315 st. 1 ZKP RS).

Sedmo, tri su moguće odluke suda o ponuđenom tekstu sporazuma. To su: odbacivanje, prihvatanje ili odbijanje sporazuma. Ročište na kojem se odlučuje o sporazumu drži se bez prisustva javnosti.

Osmo, presudu o prihvatanju sporazuma o priznanju krivičnog dela i oglašavanju okrivljenog krivim sud će izreći ako utvrdi: da je okrivljeni svesno i dobrovoljno priznao krivično delo, odnosno krivična dela koja su predmet optužbe; da je okrivljeni svestan svih posledica zaključenog sporazuma, a posebno da se odriče prava na suđenje i da prihvata ograničenje prava na ulaganje žalbe protiv odluke suda donesene na osnovu sporazuma; da postoje i drugi dokazi koji nisu u suprotnosti sa priznanjem okrivljenog da je učinio krivično delo; da je kazna ili druga krivična sankcija, odnosno druga mera u pogledu koje su javni tužilac i okrivljeni zaključili sporazum predložena u skladu sa krivičnim ili drugim zakonom. Izrečena presuda mora da sadrži razloge kojima se sud rukovodio prilikom prihvatanja sporazuma. U slučaju da nije ispunjen jedan ili više od ovih uslova, kao i u slučaju kada postoje razlozi za obustavu postupka sud će doneti obrazloženo rešenje kojim se sporazum o priznanju krivičnog dela odbija. U takvom slučaju priznanje okrivljenog dato u sporazumu ne može biti dokaz u krivičnom postupku. Po pravnosnažnosti ovako donesenog rešenja sporazum i svi spisi koji su sa njim povezani, uništavaju se pred sudom, o čemu se sastavlja zapisnik, a sudija koji je doneo rešenje ne može učestvovati u daljem postupku. Ovome dodajmo i to da će sud rešenjem odbaciti sporazum u dva slučaja. Prvo, ako utvrdi da on ne sadrži zakonom propisanu sadržinu. Drugo, ako na ročište na kojem se odlučuje o sporazumu ne dođe okrivljeni pod daljnim uslovom da je uredno pozvan i da nije opravdao izostanak.

Deveto, sporazumom o priznanju krivičnog dela okrivljeni se može obavezati na ispunjenje obaveza pod kojima javni tužilac ima pravo, shodno načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, da odloži krivično gonjenje, pod uslovom da priroda obaveze omogućava da se započne sa njenim izvršenjem pre podnošenja sporazuma sudu.

Deseto, protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela postoji mogućnost ulaganja žalbe. Naime, shodno čl. 319 st. 3 Zakonika¹⁶ protiv ove presude javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac mogu u roku od osam dana od dana dostavljanja presude izjaviti žalbu zbog postojanja razloga zbog kojih se postupak obustavlja po ispitivanju optužnice u smislu čl. 338 st. 1, kao i u slučaju da se presuda ne odnosi na predmet sporazuma o priznanju krivičnog dela. Nasuprot ovom, protiv rešenja kojim se sporazum o priznanju krivičnog dela odbacuje ili odbija, žalba nije dozvoljena.

Jedanaesto, za razliku od Zakonika iz 2009, novi ZKP izričito propisuje obaveznost odbrane od početka pregovora sa javnim tužiocem o zaključenju sporazuma, pa do donošenja odluke suda o sporazumu.¹⁷ Ovakvo rešenje treba pozdraviti.

¹⁶ Pod rečju "Zakonik" podrazumeva se ZKP RS iz 2013. god.

¹⁷ Vidi čl. 313-319. Zakonika.

Ne upuštajući se u prikaz drugih odredaba Zakonika o sporazumu¹⁸, čini se da se navedene, i ne samo navedene, odredbe kojima je normativno razrađen sporazum u ZKP RS iz 2011. god. ozbiljno mogu staviti pod znak pitanja. Odnosno, skoro da se može zaključiti da u njegovoj normativnoj razradi nisu, u potrebnoj meri, uzeti u obzir preovlađujući stavovi naše, i ne samo naše, stručne javnosti. Podsećanja radi treba i ovde istaći da su navedena pitanja ujedno i najaktuelnija pitanja u stručnoj javnosti kada je reč o sporazumu uopšte. Stav autora jeste puna kriminalno-politička opravdanost ozakonjenja mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim, opravdano se može staviti pod znak pitanja veći broj rešenja njegove normativne razrade u tekstu novog ZKP-a. Navodimo samo najdiskutabilnije:

Prvo, svaka ozbiljnija analiza radova posvećenih problematici sporazuma pokazuje da je, sasvim opravdano, preovlađujuće mišljenje, da sporazum o priznavanju krivice – krivičnog dela treba da bude vid pojednostavljenog postupanja koji svoju primenu treba da nađe pre svega kod krivičnih dela koja pripadaju grupi tzv. lakšeg i srednjeg kriminaliteta. Uostalom, to je slučaj i sa drugim formama pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima. U savremenom krivičnom procesnom zakonodavstvu pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima namenjene su rešavanju lakših krivičnih dela, krivičnih dela koja imaju manji stepen društvene opasnosti što samo po sebi nameće i manje angažovanje materijalnih sredstava i vremena nego u slučajevima kada se radi o težim, a posebno najtežim krivičnim delima. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima treba da počivaju na načelu srazmernosti između procesne forme i predmeta suđenja, i to tako da u toj diferencijaciji osnovna prava procesnih subjekata predstavljaju graničnu liniju ispod koje se ne sme ići na uprošćavanje procesne forme. S obzirom na ovo, čini se da nije u skladu sa prirodom sporazuma dozvoljavanje mogućnosti njegove primene i za najteža krivična dela. Uz ovo, ovakvim jednim rešenjem stvara se, sasvim nepotrebno, i mogućnost sumnje u njegovu eventualnu zloupotrebu, o čemu se takođe mora voditi računa u njegovom normiranju. Ako se ovome doda i činjenica da Zakonik, načelno posmatrano, sasvim opravdano, predviđa i još dve dodatne forme sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog (sporazum o svedočenju okrivljenog i sporazum o svedočenju osuđenog) kao instrumente otkrivanja i dokazivanja najtežih krivičnih dela, onda izneseni stav još više dobija na svojoj opravdanosti.¹⁹

Drugo, rešenje po kojem nema izričitog propisivanja minimuma ispod kojeg ne može da se predloži krivična sankcija u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela, takođe ozbiljno može da se dovede u pitanje. Pored iznesenih argumenata koji govore i u prilog opravdanosti postavljanja i ovakvog jednog pitanja, treba uzeti u obzir i opštu svrhu izricanja krivične sankcije. Potpuno je nesporno

¹⁸ O tome vidi: Zbor. "Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012.

¹⁹ Vidi: Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

da se ona postiže, pored ostalog, samo pod uslovom adekvatno izrečene krivične sankcije. Da li tako nešto garantuje rešenje po kojem i za teška krivična dela može da bude izrečena i blaga, zašto ne reći i najblaža krivična sankcija, što je moguće pretpostaviti, a što bi bilo u skladu sa čl. 321 st. 1 tač. 3 Zakonika? Stav je autora da je svaki komentar suvišan.

Treće, uz izneseno, mora se postaviti i pitanje adekvatnosti zaštite prava oštećenog lica u postupku pregovaranja o sporazumu o priznanju krivičnog dela. Iole detaljnija analiza položaja ovog subjekta u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela govori da je ovim zakonskim tekstom njegov položaj čak i pogoršan u odnosu na predhodni ZKP. Primera radi, navodimo samo dve činjenice. Prvo, o ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu o priznanju krivičnog dela oštećeni se čak i ne obaveštava. Drugo, oštećeni nije subjekat prava na izjavljivanje žalbe protiv odluke suda o sporazumu. Jednom rečju, Zakonik ne daje instrumente putem kojih oštećeno lice može uspešno da brani svoje interese u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela. U kontekstu ovog treba konstatovati da ovakvo jedno rešenje nije u skladu ni sa uglavnom prihvaćenim rešenjima u kompetentnom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu. Ilustracije radi, navodimo samo dva primera. Prvo, shodno čl. 301 st. 10 ZKP CG, “protiv rešenja kojim se sporazum o priznanju krivice usvaja žalbu može izjaviti oštećeni”²⁰. Drugo, prema rešenjima krivičnog procesnog zakonodavstva BiH, prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivice, sud proverava, pored ostalog i to “da li je oštećenom pružena mogućnost da se pred tužiocem izjasni o imovinskopравnom zahtevu”²¹ (čl. 231 st. 6 tač. e ZKP BiH).

Četvrto, obavezan element teksta sporazuma je, pored ostalog, i sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije. S obzirom na ovakvu formulaciju, može se zaključiti da se stranke mogu sporazumeti samo o rasponu kazne u okviru zakonskog raspona kažnjavanja (npr. kazna od tri do pet godina zatvora), a da se sudu prepusti da u okviru “dogovorenog raspona “izrekne konkretnu meru kazne određene vrste. Ovakva jedna mogućnost pre svega nije u skladu sa odredbom čl. 317, po kojoj sud presudom prihvata sporazum kada utvrdi da su ispunjeni određeni uslovi. S obzirom na ovo, postavlja se pitanje: Kako sud može prihvatiti sporazum u kojem je u pogledu krivične sankcije dogovoren samo raspon kazne? Koja se kazna u takvim slučajevima izriče u osuđujućoj presudi? Pored ovog, ako se prihvati (a to je moguće prema čl. 314 st. 1 tač. 3 Zakonika) da sud u slučajevima kada je u sporazumu dogovoren samo raspon kazne može slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru “dogovorenog raspona”, onda se mora postaviti i pitanje: Kako sud može izreći bilo koju kaznu, tj. odrediti meru određene vrste kazne, ako uopšte nije izvodio dokaze koji se tiču propisanih okolnosti kao parametara odmeravanja kazne?

²⁰ Radulović, D., Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore, Zbor. “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima –Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

²¹ Sijerčić-Čolić, H., Specifični instituti u razvoju novog krivičnog postupka u BiH, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 1/2010.

Umesto bilo kakvog komentara mišljenje autora jeste da je takva jedna mogućnost više nego nelogična. Ako se po ugledu na neka druga zakonska rešenja želela predvideti mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne, a da se sudu prepusti da, u slučaju prihvatanja sporazuma, u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se morala propisati i obaveza suda da izvede dokaze na osnovu kojih će utvrditi činjenice od kojih zavisi konkretna mera kazne.²²

Peto, jedno od rešenja novog ZKP-a, kada je reč o sporazumu o priznavanju krivičnog dela, koje se ozbiljno može staviti pod znak pitanja, jeste i rešenje po kojem je predviđena mogućnost ulaganja žalbe protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela od strane javnog tužioca, okrivljenog i njegovog branioca. Više je argumenata koji se mogu istaći protiv opravdanosti ovakvog jednog rešenja. Među njima, poseban značaj imaju tri. Prvo, sporazum o priznavanju krivičnog dela treba da bude institut koji za rezultat svoje primene ima efikasniji krivični postupak. Da li se ovakvim jednim rešenjem to postiže? Sigurno ne. Naprotiv, doprinosi se odugovlačenju postupka, i to bez ikakve potrebe. Drugo, razlozi za mogućnost ulaganja žalbe ne samo da nemaju svoje opravdanje, već mogu i da govore o neozbiljnoj pripremljenosti glavnih subjekata pregovaranja i odlučivanja o sporazumu, pre svega na ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu, što ne bi smelo ni da se pretpostavi. Primera radi, u vezi sa ovim mora se postaviti pitanje: Da li je moguće da sud presudom prihvati sporazum, a da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je učinjeno krivično delo, da delo nije krivično delo, da je nastupila zastarelost i sl.? Da li u takvom slučaju sud postupa suprotno čl. 324 Zakonika? Ili, da li se sme i zamisliti da tužilac sa okrivljenim ponudi tekst sporazuma, a da ne zna da li se radi o krivičnom delu ili da je krivično gonjenje zastarelo, odnosno da postoje i neke druge okolnosti koje se javljaju kasnije kao mogući osnov ulaganja žalbe? Zatim, kako je moguće i zamisliti da neko od subjekata ne zna na ročištu prava ulaganja žalbe na okolnosti koje predstavljaju razloge mogućeg ulaganja žalbe, a zna u tako kratkom intervalu nakon završetka ročišta na kojem se odlučivalo o sporazumu? Pored ovih, tu se mogu postaviti i druga pitanja ovakvog karaktera, ali odgovori su uvek isti i ukazuju na neopravanost ovakvog normiranja prava na ulaganje žalbe na presudu o prihvatanju sporazuma.²³

Šesto, jedan od elemenata teksta sporazuma o priznanju krivičnog dela može da bude i izjava okrivljenog o prihvatanju ispunjenja obaveze pod kojom javni tužilac ima pravo, shodno načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, da odloži krivično gonjenje, pod uslovom da priroda obaveze omogućava da se započne sa njenim izvršenjem pre podnošenja sporazuma sudu. I u vezi sa ovim, inače načelno posmatrano sasvim opravdanim elementom, mora se postaviti pitanje: Koje su posledice neispunjenja preuzetih obaveza od strane okrivljenog? Ovako postavljeno pitanje rezultat

²² Škulić, M., Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009.

²³ Bejatović, S., Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP Srbije i regionalna komparativna analiza, Zbor. "Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012, str. 102-119.

je stava zakonodavca da je za prihvatanje teksta sporazuma od strane suda dovoljno da okrivljeni do podnošenja sporazuma o priznanju krivičnog dela započne sa ispunjavanjem obaveze - obaveza. Ako se ovome doda i činjenica da u sporazumu o priznanju krivičnog dela čiji je sastavni deo i ovaj elemenat, ne mora da bude preciziran ni krajnji rok izvršenja preuzete obaveze - obaveza, što je inače obaveza u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja kao ključnog vida načela oportuniteta, onda postavljeno pitanje još više dobija na svojoj aktuelnosti. Imajući u vidu izneseno, sasvim je opravdano što je u pokrenutom, a potom, stav je autora, neopravdano obustavljenom radu na izmenama i dopunama Zakonika, posvećena posebna pažnja upravo pitanjima normativne razrade sporazuma. U prilog tačnosti ovakve jedne konstatacije najilustrativnije govori tadašnji predlog novih rešenja vezanih za način normiranja sporazuma koje je sačinila obrazovana Radna grupa Ministarstva pravde i državne uprave. Među predloženim izmenama isticalo se nekoliko: 1) javni tužilac i okrivljeni mogli bi zaključiti sporazum od donošenja rešenja o sprovođenju istrage, pa do izjašnjenja optuženog o optužbi na glavnom pretresu; 2) u predloženom tekstu sporazuma morala bi da bude precizirana i vrsta i mera kazne, a ne samo njeni okviri kao što je to slučaj sada. Brisana bi bila mogućnost da sporazum sadrži samo „raspon“ kazne, jer tako nešto ne samo da ne bi bilo pravično, već bi u praksi bilo i veoma demotivišuće po spremnost okrivljenog da sklapa sporazum o priznanju krivičnog dela. S druge strane, kako sud onda kada je sporazum prihvaćen ne bi ni izvodio dokaze, a to svakako ne bi, odnosno ne bi to mogle činiti ni stranke, on ne bi ni bio u stanju da utvrdi činjenice od kojih zavisi mera kazne, jer se do njih može doći samo dokazivanjem, odnosno vođenjem odgovarajućeg dokaznog postupka, pa se na ovaj način izbegavaju i ti praktični problemi. Pored ovoga, kada je reč o ovom elementu sporazuma, predloženo je i to da je njegov sastavni deo i sporazum stranaka o načinu izvršenja kazne ili o jedinstvenoj kazni za krivična dela u sticaju. Zatim, kao mogući elemenat sporazuma mogao bi da bude i sporazum u pogledu imovine proistekle iz kriminalne aktivnosti koja može biti oduzeta po posebnom zakonu (reč je o Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela); 3) O ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu obaveštavao bi se oštećeni i njegov punomoćnik, s tim da oni ne bi bili u mogućnosti da spreče zaključenje sporazuma, ali bi mogli da se izjasne o elementu sporazuma koji se tiče imovinskopravnog zahteva. Četvrto, predloženo je dvofazno odlučivanje o tekstu sporazuma i drugačije je rešeno pitanje žalbe protiv odluka suda o tekstu sporazuma. Shodno ovom, sud bi prvo donosio obrazloženo rešenje o prihvatanju, odbijanju ili odbacivanju sporazuma, a dozvoljenost njegovog pobijanja žalbom zavisila bi od vrste rešenja. Protiv rešenja o prihvatanju sporazuma ne bi bila dozvoljena žalba. Nasuprot ovom, protiv rešenja kojim se sporazum o priznanju krivičnog dela odbacuje ili odbija, žalba bi bila dozvoljena tužiocu, okrivljenom i braniocu, u roku od osam dana od dana dostavljanja. Krajnji rezultat donošenja rešenja o prihvatanju sporazuma je donošenje presude kojom se okrivljeni oglašava krivim i kod iste bi razlozi pobijanja bili svedeni sa četiri na jedan. Ona bi se mogla pobijati samo ako nije u skladu sa zaključenim sporazumom. Isključuje

se mogućnost njenog pobijanja po drugim osnovama i na taj način se potvrđuje ozbiljnost stranaka u postupku pregovaranja o tekstu sporazuma. Kako npr. opravdati sadašnje rešenje po kojem je žalba na presudu dozvoljena i po osnovu da delo koje je predmet sporazuma nije krivično delo ili da nema dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet sporazuma, a samo pre nekoliko dana je sporazum prihvaćen. U sklopu ovog vredan pažnje je i predlog po kojem bi sud rešenjem odbijao sporazum o priznanju krivičnog dela i "ako utvrdi da su krivična sankcija, vrsta ili mera kazne, odnosno način izvršenja kazne utvrđeni sporazumom, očigledno nesrazmerni krivičnom delu".²⁴

4. Javni tužilac i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja

I u radu na izradi novog Zakonika posebna pažnja bila je posvećena normiranju načela oportuniteta krivičnog gonjenja. Nije mali broj pitanja o kojima se u stručnoj javnosti vodila diskusija oko načina njihovog rešavanja. Među ne malim brojem pitanja posebno su se isticala ona koja se tiču mogućeg obima njegove primene, kontrole odluke javnog tužioca o primeni načela, uslova pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja i prava oštećenog lica u primeni načela²⁵ i sl.²⁶. Međutim, pre prikaza osnovnih karakteristika novih rešenja načela u ZKP iz 2011. god., valja još jednom podsetiti da nijedna stručna raprava (a njih je bilo više) nije dovodila pod znak pitanja njegovu kriminalno-političku opravdanost. Naprotiv. Za veoma kratko vreme nakon njegovog ozakonjenja načelo je pokazalo svoju punu kriminalno-političku opravdanost i sve intervencije su išle u pravcu iznalaženja rešenja za njegovu što adekvatniju primenu uz predviđanje mehanizama kontrole ispravnosti njegove primene u konkretnim slučajevima.

Posmatrano sa aspekta normativne razrade, nekoliko je novina kada je reč o načelu oportuniteta krivičnog gonjenja kod punoletnih učinilaca krivičnih dela, u novom ZKP-u. Među njima, najznačajnije su sledeće:

²⁴ Predlog Zakona o izmenama i dopunama ZKP-a, Ministarstvo pravde i državne uprave, Beograd, 2013.

²⁵ Kada je reč o pravima oštećenog lica u primeni načela oportuniteta krivičnog gonjenja, onda je jedinstven stav da se istom mora posvetiti posebna pažnja, pošto on u tim slučajevima po samom zakonu ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca i zahtevati pokretanje krivičnog postupka. U vezi s tim, zalaganja idu u pravcu traženja saglasnosti oštećenog za primenu pojedinih vidova oportuniteta, posebno u slučajevima kada to nije u protivrečnosti s razlozima zbog kojih je ocena celishodnosti gonjenja i uvedena kod istih. Zatim, za postizanje saglasnosti ili obeštećenja žrtve, prilikom odluke o primeni oportuniteta treba predvideti postupak medijacije između oštećenog i učinioaca, ali tako da se to ne pretvori u prepreku koja će sprečavati primenu oportuniteta krivičnog gonjenja.

²⁶ Vidi: Bejatović, S., Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu, Zbor. „Oportunitet krivičnog gonjenja“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009, str. 125-144. Kiurski, J., Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni, Zbor. "Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu - teoretski i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2011.

Prvo, u skladu sa rešenjima prisutnim u kompetentnom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu i novi ZKP zadržava više vidova načela oportuniteta krivičnog gonjenja, što je u zavisnosti od osnova koji predstavljaju mogućnost njegove primene. Predviđanje većeg broja vidova ovog načela je, kako u funkciji njegove što adekvatnije primene, tako i u funkciji stvaranja mogućnosti njegove primene u zavisnosti od niza okolnosti vezanih za ličnost izvršioca, za vrstu krivičnog dela, okolnosti pod kojima je delo izvršeno, odnosno krivičnu sankciju propisanu za njegovo izvršenje, odustanak od krivičnog gonjenja zbog već pokrenutog postupka i sl. Kada je reč o punoletnim učiniocima krivičnih dela,²⁷ Zakonik predviđa tri osnovna vida ovog načela. To su: 1) Odlaganje krivičnog gonjenja kao poseban - dominantan vid načela oportuniteta; 2) Odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti; Uslovno odlaganje krivičnog gonjenja kao mogući element sporazuma o priznanju krivičnog dela.

U vezi sa ovim obeležjem načela oportuniteta krivičnog gonjenja, pažnju zaslužuju i dve sledeće stvari. Prvo, novi ZKP ne predviđa mogućnost primene ovog načela u toku trajanja krivičnog postupka iz razloga celishodnosti (uslovno odustajanje od optužbe na glavnom pretresu) predviđeno u čl. 236 st. 6, 7 i 8 prethodnog ZKP-a. Imajući u vidu činjenicu da su ova rešenja već od samog njihovog ozakonjenja (novelom Zakonika 2009. god.) podložna, čini se sasvim opravdano, kritici stručne javnosti, kao i činjenicu da su, upravo zbog tih kritika i veoma malo primenjivana u praksi, sasvim opravdan je stav zakonodavca o njegovom ukidanju.

Drugo, došlo je do širenja mogućnosti primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja, tako što je data mogućnost javnom tužiocu da „odloži krivično gonjenje za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina”,²⁸ i to bez kontrole suda i neovisno od pristanka oštećenog. Izostavljanjem zahteva za saglasnost suda i pristanak oštećenog u određenim situacijama,²⁹ oportunitet javnog tužioca podignut je na još veći nivo i treba da dovede do šire primene načela u javnotužilačkoj praksi.

Treće, smanjen je broj mogućih obaveza pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja, a sadržina jedne obaveze je promenjena. Preciznije, brisanje je ranije moguća obaveza osumnjičenog “da položi vozački ispit, obavi dodatnu vozačku obuku ili završi drugi odgovarajući kurs”. Zatim, umesto obaveze “da se podvrgne psihosocijalnoj terapiji” predviđena je kao moguća obaveza “podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja”³⁰. Smanjenje obaveza koje javni tužilac može naložiti osumnjičenom u primeni ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja može se opravdano staviti pod znak pitanja. Ovo tim pre što je jedna od karakteristika ovog zakonskog teksta i širenje

²⁷ Kada je reč o maloletnim učiniocima krivičnih dela, vidi ZMKURD RS.

²⁸ Čl. 283 st. 1 novog ZKP-a.

²⁹ Vidi čl. 236 st. 2 i 4 prethodnog ZKP-a.

³⁰ Vidi čl. 283 st. 1 novog ZKP-a.

ovlašćenja javnog tužioca i njegovo preuzimanje jednog dela sudske nadležnosti. Takođe se može postaviti i pitanje zašto se obavezivanje osumnjičenog da se podvrgne psihosocijalnom tretmanu ograničava samo na otklanjanje uzroka nasilničkog ponašanja.

Četvrto, za primenu odlaganja krivičnog gonjenja Zakonik ne traži saglasnost suda. U vezi sa ovim njegovim obeležjem, treba podsetiti da je Zakonom o izmenama i dopunama ZKP-a iz 2004. mogućnost odlaganja krivičnog gonjenja od strane javnog tužioca bila uslovljena saglasnošću suda, s tim što nije bila izričito propisana njegova funkcionalna nadležnost. Ovakva jedna odredba otvorila je niz dilema u svojoj praktičnoj primeni i od strane naše stručne javnosti uglavnom je osporavana. Kao takva, čini se sasvim opravdano, otklonjena je Zakonom o izmenama i dopunama ZKP-a iz 2009. god., čijim je čl. 61 brisan uslov saglasnosti suda. Međutim, u vezi sa ovakvim rešenjem novog Zakonika treba imati u vidu i sledeće. Izostavljanje saglasnosti - angažovanja suda u primeni načela oportuniteta je opravdano, ali je neophodna kontrola odluke javnog tužica u njegovoj primeni i treba je obezbediti. Npr. mogućnost preispitivanja takve odluke od strane neposredno višeg ili najvišeg javnog tužioca, što je inače uglavnom i prisutno rešenje u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu. Da li ovakvu ili neku drugu adekvatnu kontrolu odluke javnog tužioca o korišćenju ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja obezbeđuje novi ZKP? Zasigurno ne.

Peto, za odlaganje krivičnog gonjenja više se ne traži pristanak oštećenog. Po prethodnom ZKP-u traži se pristanak oštećenog za nalaganje obaveza osumnjičenom da plati određeni novčani iznos u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove, kao i za obavezu da obavi određeni društveno koristan ili humanitarni rad. Za ostale obaveze pristanak oštećenog se ne traži. Ne ponavljajući već rečeno o ulozi oštećenog u primeni ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja, treba samo konstatovati da je u prethodnom Zakoniku bio potpuno nejasan kriterijum zbog čega se za primenu nekih mera traži pristanak oštećenog, a za primenu drugih ne. Zatim, takođe se mora konstatovati i nesporna činjenica da je novim Zakonikom potpuno neopravdano pogoršan položaj oštećenog u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja. Argumente za tako nešto autor ovog teksta ne vidi.

Šesto, Zakonikom je rešeno pitanje forme odluke o odlaganju krivičnog gonjenja. To je naredba u kojoj se, pored ostalog, mora odrediti i rok u kojem osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze (čl. 283 st. 2 novog ZK-a).

Sedmo, produžen je rok u kojem "osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze" odlaganja krivičnog gonjenja. kao posebnog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja, i on sada može da iznosi i "godinu dana".³¹

Osmo, predviđen je način kontrole izvršenja naloženih obaveza, tako što je propisano da „nadzor nad izvršenjem obaveza obavlja poverenik iz organa uprave nadležnog za poslove izvršenja krivičnih sankcija, u skladu sa propisom koji donosi

³¹ Čl. 283 st. 2 novog ZKP-a.

ministar nadležan za poslove pravosuđa”.³² Ovakvo rešenje je za pozdraviti i može se, sa puno opravdanja, verovati da se na ovakav način stiču uslovi za stručno i profesionalno praćenje izvršenja obaveza iz naredbe o odlaganju krivičnog gonjenja. Ovo tim pre što već sada u praksi sasvim dobro funkcioniše Odeljenje za tretman i aletrnativne sankcije Uprave za izvršenje krivičnih sankcija.

Deveto, brisana je obaveza javnog tužioca da pre podnošenja optužnog predloga ispita postojanje mogućnosti za odlaganje krivičnog gonjenja u cilju čega može obaviti razgovor sa osumnjičenim i oštećenim, kao i drugim licima, odnosno prikupiti druge potrebne podatke. Ovakvo rešenje Zakonika je za pozdraviti i u saglasnosti je sa prirodom načela oportuniteta, odnosno njegovim odnosom sa načelom legaliteta krivičnog gonjenja.

Deseto, jedna od specifičnosti koje je doneo proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, jeste ozakonjenje instituta sporazuma o priznavanju krivice.³³ Jedan od sasvim opravdanih elemenata teksta sporazuma može da bude i obavezivanje okrivljenog da ispuni jednu ili više obaveza pod kojima, u smislu čl. 236 prethodnog ZKP-a, javni tužilac može da koristi načelo oportuniteta krivičnog gonjenja putem njegovog odlaganja. Normativnoj razradi ovakvog jednog rešenja upućivane su određene, čini se sasvim opravdane primedbe, ali načelno posmatrano, rešenje je pozdravljeno.³⁴ Zahvaljujući ovakvom odnosu stručne javnosti prema istom, novi ZKP ovo rešenje, sasvim opravdano, zadržava. Međutim, u njegovoj normativnoj razradi došlo je do određenih modifikacija. Naime, i po novom ZKP-u jedan od mogućih elemenata sporazuma o priznanju krivičnog dela je I izjava okrivljenog o prihvatanju obaveza “pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja od strane javnog tužioca, pod uslovom “da priroda obaveze omogućava da se započne sa njenim izvršenjem pre podnošenja sporazuma sudu”³⁵. Pored ovog, kada je reč o ovom mogućem elementu sporazuma o priznavanju krivičnog dela, njega u novom ZKP-u karakteriše kako modifikacija obaveza – obaveze, tako i odsustvo bilo kakvog uticaja oštećenog na odlučivanje suda o ovom elementu i pregovaranje stranaka o istom. Naime, broj mogućih obaveza je smanjen³⁶, a sadržaj jedne obaveze je promenjen.³⁷ U vezi sa ovim može se postaviti pitanje opravdanosti smanjenja broja mogućih obaveza uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja kao mo-

³² Čl. 283 st. 2 novog ZKP-a.

³³ Institut je ozakonjen Zakonom o izmenama i dopunama ZKP-a iz 2009. god.

³⁴ Vidi: Bejatović, S., Pojednostavljene forme postupanja, kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona, Zbor. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

³⁵ Čl. 314 st. 2 tač. 2 novog ZKP-a.

³⁶ “Brisana je prethodno moguća obaveza osumnjičenog da položi vozački ispit, obavi dodatnu vozačku obuku ili završi drugi odgovarajući kurs.”

gućeg elementa sporazuma, odnosno i pitanje “zašto se obavezivanje okrivljenog da se podvrgne psihosocijalnom tretmanu ograničava samo na otklanjanje uzroka nasilničkog ponašanja”. Ako se ovome doda da su i ovom prilikom ostala nerešena i neka druga pitanja ovog elementa sporazuma, onda diskutabilnost normativne razrade ove problematike postaje još veća. Slučaj npr. sa pitanjem: Koje su posledice neispunjenja preuzetih obaveza od strane okrivljenog? Ovako postavljeno pitanje rezultat je stava zakonodavca da je za prihvatanje teksta sporazuma od strane suda dovoljno da okrivljeni do podnošenja sporazuma o priznanju krivičnog dela započne sa ispunjavanjem obaveze - obaveza. Ako se ovome doda i činjenica da u sporazumu o priznanju krivičnog dela čiji je sastavni deo i ovaj elemenat, ne mora da bude preciziran ni krajnji rok izvršenja preuzete obaveze - obaveza – što je inače obaveza u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja kao ključnog vida načela oportuniteta³⁸, onda postavljeno pitanje još više dobija na svojoj aktuelnosti. Međutim, i pored svega ovog, ni ovaj elemenat sporazuma o priznanju krivičnog dela, kao ni sporazum u celini, i pored ozbiljnih primedbi na način njegove normativne razrade, ne sme se staviti pod znak pitanja. Naprotiv. Treba preduzeti mere za njegovu primenu u skladu sa njegovom suštinom i kriminalno-političkim razlozima koji su doveli do njegovog ozakonjenja uopšte. Treba težiti da sporazum o priznanju krivičnog dela, zajedno sa načelom oportuniteta krivičnog gonjenja, bude i praktično posmatrano jedan od važnijih instrumenata efikasnosti borbe protiv kriminaliteta i kod nas, što još uvek i pored značajnog napretka nije slučaj.

5. Javni tužilac kao subjekat zahtevanja održavanja ročišta za izricanje krivične sankcije

Jedna od sledećih novina vezanih za procesni položaj javnog tužioca u novom ZKP-u je ročište za izricanje krivične sankcije. Međutim, za razliku od niza drugih rešenja, ročište za izricanje krivične sankcije je, istina pod drugačijim nazivom, sa drugačijim obimom moguće primene, a i sa nekim drugim obeležijima normativne razrade, prisutno još od 2001. god. Prema rešenjima ZKPa iz 2001. godine, mogućnosti praktične primene ovog postupka bile su relativno skromne, što se može objasniti činjenicom da se radilo o postupku do tada potpuno nepoznatom ne samo u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu, već i u krivičnom procesnom zakonodavstvu uopšte na području bivše Jugoslavije.³⁹ Svestan korisnosti ovakvog jednog postupka i skromnosti mogućnosti njegove primene, prema rešenjima ZKP-a iz

³⁸ Čl. 283 st. 2 novog ZKP-a.

³⁹ Bejatović, S., Aktuelna pitanja tekuće reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, Zbor. "Aktuelne tendencije u razvoju evropskog kontinentalnog prava", Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010; Jakulin, V., Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Slovenije, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

2001. god., a u nameri stvaranja normativne osnove za pojednostavljenje i ubrzanje krivičnog postupka u svim slučajevima kada to kriminalnopolitički razlozi opravdavaju izmenama i dopunama ZKP-a iz maja meseca 2004. god., proširena je mogućnost kažnjavanja bez održavanja glavnog pretresa na krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do tri godine i proširen je krug sankcija koje se mogu izreći u ovakvom postupku.⁴⁰ Ovakvo jedno rešenje je pozdravljeno i bilo je u skladu sa zalaganjima struke po tom pitanju. Međutim, sa ovim se nije stalo. Kao i kod drugih formi pojednostavljenog postupanja, nastavlja se i ovde širenje mogućnosti polja njegove primene. Ratio legis je i ovde stvaranje normativne osnove za ubrzanje krivičnog postupka. Posmatrano sa aspekta ZKP-a iz 2011. god., u slučaju kada javni tužilac smatra da na osnovu složenosti predmeta i prikupljenih dokaza, a naročito usled hapšenja okrivljenog pri izvršenju krivičnog dela ili priznanja da je učinio krivično delo, održavanje glavnog preteresa nije potrebno, može predložiti sudiji održavanje ročišta za izricanje krivične sankcije. Ovakva mogućnost je predviđena za krivična dela za koja se može izreći kao glavna kazna novčana ili kazna zatvora do pet godina, s tim da krivična sankcija koju javni tužilac predloži može dostići u proseku najviše trećinu propisane kazne. Pored ovog, za razliku od prethodnih rešenja ovo ročište je zasnovano na raspravnom modelu. Strankama je i ovde data mogućnost da se, istina u ograničenom obimu, izjasne o okolnostima. Dalje, kada je reč o ovom vidu pojednostavljenog postupanja bitno je istaći i to da je njegova praktična realizacija zavisna od prihvatanja predloga tužioca od strane suda. Naime, samo u slučaju da se složi za zahtevom za održavanje ročišta za izricanje krivične sankcije, sudija naredbom određuje dan, čas i mesto održavanja ročišta. Ročište se održava u roku od 15 dana od dana donošenja naredbe i na isto se pozivaju stranke i branilac, a uz poziv se optuženom i njegovom braniocu dostavlja i optužni predlog. Ročište počinje sažetim izlaganjem javnog tužioca o dokazima kojima raspolaže i o vrsti i meri krivične sankcije čije izricanje predlaže. Nakon toga, sudija poziva optuženog da se izjasni i upozorava ga na posledice saglašavanja sa navodima javnog tužioca, a naročito da ne može podneti prigovor i izjaviti žalbu protiv prvostepene presude. Sudija odmah po okončanju ročišta za izricanje krivične sankcije donosi osuđujuću presudu ili naredbom određuje glavni pretres. Osuđujuća presuda se donosi ako se optuženi: saglasio sa predlogom javnog tužioca iznetim na ročištu, odnosno ako se nije odazvao na poziv za ročište. U slučaju da se optuženi na ročištu nije saglasio sa predlogom javnog tužioca ili ako sudija nije prihvatio predlog javnog tužioca, sudija naredbom određuje dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa. Osuđujuća presuda se dostavlja strankama i braniocu i optuženi i njegov branilac mogu u roku od osam dana od dana dostavljanja podneti prigovor protiv iste. Ako sudija rešenjem ne odbaci prigovor kao neblagovremen ili nedozvoljen, naredbom određuje dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa po optužnom predlogu javnog tužioca. Na glav-

⁴⁰ Brkić, S., *Pojednostavljene forme postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji*, Zbor. "Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.

nom pretresu sudija nije vezan za predlog javnog tužioca u pogledu vrste i mere krivične sankcije. U slučaju da protiv presude ne bude podnet prigovor, presuda postaje pravnosnažna (čl. 512-518 Zakonika).

6. Javni tužilac i novi koncept istrage

U radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije posebna pažnja je posvećena pitanju koncepta istrage. Naime, u toku celog rada na reformi, jedno od najaktuelnijih pitanja je pitanje koncepta istrage. I teorija i praksa skoro da su saglasni da od načina rešavanja ovog pitanja zavisi, u ne malom stepenu, pitanje efikasnosti ne samo istrage, već i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, tj. jednog od ključnih ciljeva reforme uopšte.⁴¹ Upravo zahvaljujući takvom pristupu, jedna od krucijalnih osobenosti procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije je napuštanje sudskog konca istrage u ZKP-u iz 2011. god. i ozakonjenje novog (po stavu zakonodavca) tužilačkog koncepta istrage. No, i pored toga što je tek ZKP iz 2011. god. napušten sudski koncept istrage, to ni u kom slučaju ne znači da on nije bio predmet zakonodavnih aktivnosti i pre - u toku celokupnog postupka rada na reformi. Tako npr. izmenjeni koncept istrage je bio i jedan od glavnih faktora ne samo višestrukog (trostrukog) pomeranja roka početka primene ZKP-a iz 2006. god., već i njegovog definitivnog stavljanja u koš i pre nego što je počeo da se primenjuje⁴², što samo po sebi govori i o tako visokom stepenu njegove aktuelnosti. S obzirom na sve ovo, kao ključno javlja se pitanje: Koji su to razlozi koji opravdavaju napuštanje sudskog i prelazak na tužilački koncept istrage? Razlozi opravdanosti napuštanja sudskog i prelaska na tužilački koncept istrage su brojni. Među njima poseban značaj imaju sledeći: *Prvo, stvara se normativna osnova za efikasniji krivični postupak.* Rezultati do kojih se došlo u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu u vezi sa ovom problematikom nedvosmisleno potvrđuju ovakvu jednu konstataciju⁴³. *Drugo, veći stepen aktivnosti javnog tužioca.* U sudskom konceptu istrage tužilac je poprilično pasivan i oslanja se uglavnom na ono što policija i istražni sudija prikupe i dostave mu, a što mora se priznati nije u skladu sa njegovom osnovnom funkcijom krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih dela. Isto tako, ovakav njegov odnos prema istrazi, koji je posledica pre svega ovakvog njenog modela, nije ni u funkciji

⁴¹ Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), "Pravo u zemljama regiona" Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.

⁴² Škulić, M., Komentar Zakonika o krivičnom postupku, JP "Službeni glasnik", Beograd, 2007.

⁴³ Vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), "Pravo u zemljama regiona", Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010; Radulović, D., Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

efikasnosti krivičnog postupka. Uz to, pitanje je koliko je sudski koncept istrage u saglasnosti i sa načelom legaliteta krivičnog gonjenja koje obavezuje javnog tužioca na pokretanje i vođenje krivičnog postupka kada su ispunjeni zakonski uslovi za to, kao i u skladu sa njegovom obavezom pružanja dokaza kojima dokazuje osnovanost svog optužnog akta. *Treće, adekvatniji način regulisanja odgovornosti za neefikasnost istrage.* Jedna od karakteristika sudskog koncepta istrage, jeste, čini se takođe nesporna činjenica, da se u istom odgovornost za njenu (ne)efikasnost bez ikakvih problema, bezmalo bez bilo kakvih posledica, prebacuje sa javnog tužioca na istražnog sudiju i policiju i suprotno, a što itekako može da utiče na praktičnu realizaciju njenog ključnog cilja. *Četvrto, usaglašavanje krivičnog procesnog zakonodavstva jedne države sa savremenim komparativnim krivičnim procesnim zakonodavstvom i međunarodnim krivičnim pravom.* Naime, jedna od bitnih odlika istrage, odnosno prethodnog ili pripremnog krivičnog postupka uopšte u savremenom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu, jeste sve veće povećanje uloge javnog tužioca i policije, odnosno angažovanje policije uz nadzor i rukovođenje javnog tužioca i sve veće opadanje značaja sudije kao subjekta preduzimanja istražnih radnji. Čak, štaviše, i zemlje koje se smatraju kolevkom sudskog koncepta istrage isti sve više napuštaju. Takav je slučaj npr. sa Francuskom. Jednom rečju tužilački, odnosno tužilačko-policijski koncept istrage je dominantan u savremenom krivičnom procesnom pravu, i to kako u komparativnim nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima, tako i pred međunarodnim krivičnim sudovima. Odnosno, slobodno se može konstatovati da on kao takav predstavlja trend. I onaj mali broj zemalja koji još uvek nije prešao na ovaj koncept istrage ozbiljno radi na prethodnom stvaranju praktičnih preduslova za prelazak na isti. Reč je pre svega o kvalifikaciono-tehničkoj opremljenosti tužilaštva i policije za praktičnu realizaciju ovog koncepta istrage, kao skoro jedinog preostalog preduslova za prelazak na isti i u ovim krivičnoprocesnim zakonodavstvima. Shodno ovome, može se dalje konstatovati da je samo pitanje vremena kada će i ove zemlje preći na tužilački, tužilačko-policijski koncept istrage). *Peto, kabinetски karakter rada istražnog sudije.* U sudskom konceptu istrage istražni sudija je kao njen glavni aktivni subjekat prevashodno angažovan na prikupljanju ličnih dokaza, dok ostali dokazni materijal potiče iz prethodne aktivnosti policije. Shodno ovome, može se dalje zaključiti da i u sudskom konceptu istrage policija igra značajnu ulogu. Istražni sudija u ovom konceptu istrage u ne malom broju slučajeva prihvata dokaze prikupljene od strane policije u pretkrivičnom postupku. Isto tako, u ne malom broju slučajeva poverava im i preduzimanje određenih istražnih radnji. *Šesto, smanjenje mogućnosti nepotrebnog ponavljanja dokaza.* U tužilačkom konceptu istrage izbegava se nepotrebno ponavljanje izvođenja dokaza. Tako npr. posmatrano sa aspekta prethodnog ZKP-a Republike Srbije, do saslušanja pretpostavljenog učinioca krivičnog dela (osumnjičenog - okrivljenog), može da dođe čak i tri puta (u pretkrivičnom postupku od strane organa unutrašnjih poslova, u istrazi i na glavnom pretresu). *Sedmo, pravna priroda istrage.* Po svojoj pravnoj prirodi istraga nije sudska, već tužilačko-policijska delatnost. Ovakva njena pravna priroda u saglasnosti je

i sa njenim ciljem, a to je prikupljanje materijala potrebnog za podizanje optužnog akta od strane javnog tužioca, što u skladu sa prednje iznesenim načelima treba da radi on samostalno ili zajedno sa policijom. *Osmo, doprinos potpunijoj realizaciji osnovnih načela krivičnog procesnog prava*. Reč je, pre svega, o načelu neposrednosti.⁴⁴

U vezi sa postavljenim pitanjem koncepta istrage, treba uzeti u obzir i razloge koji se u krivičnopravnoj teoriji i praksi ističu protiv istog. Bilo bi pogrešno zaključiti da je tužilačkom konceptu istrage nemoguće staviti nikakve primedbe. Naprotiv. One su prisutne i o njima se mora voditi računa. I one takođe moraju biti uzete u obzir iz razloga što odluka o pitanju koncepta istrage mora da bude zasnovana ne na prostim željama i utiscima, već na argumentima, a do njih se može doći samo istovremenom analizom razloga i za i protiv ovog koncepta istrage. Međutim, kada je reč o razlozima protiv tužilačkog koncepta istrage, stav je autora rada, i ne samo autora rada, da oni samo na prvi pogled mogu staviti pod znak pitanja opravdanost ovakve jedne ideje. Među argumentima koji se ističu protiv tužilačkog koncepta istrage, posebnu pažnju zaslužuju sledeći: Prvo, tužilačkim konceptom istrage, a time i ozakonjenjem policije kao njenog aktivnog subjekta vrši se „Atak na međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovane slobode i prava građana (Opasnost od zloupotreba ovlašćenja)“; Drugo, na ovaj način vrši se neopravdana koncentracija više funkcija u rukama tužioca (funkcije krivičnog gonjenja i funkcije istraživanja), što neminovno utiče na njegovu objektivnost u rad; Treće, tu je i prigovor još uvek nedovoljne spremnosti prakse (nedostatak kadrovskih i tehničkih potencijala policije i javnog tužilaštva za uspešnu praktičnu realizaciju ovakve jedne novine i dr.).⁴⁵ Međutim, kao što je već konstatovano, ove kao i neke druge primedbe koje se pripisuju tužilačkom konceptu istrage, samo na prvi pogled mogu staviti pod znak pitanja njegovu opravdanost. No, sa druge strane ni tužilački koncept istrage nije bezrezervno u funkciji koja se od njega očekuje. I kod tužilačkog koncepta istrage otvorena su brojna pitanja. Od načina njihovog rešavanja zavisi i ostvarenje ciljeva tužilačkog koncepta istrage. Među pitanjima ovog karaktera poseban značaj imaju ona koja se tiču: Organa koji treba da sprovedu istragu; Ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage? Zatim, tu je i pitanje: Da li su sudski organi koji sprovedu istragu dovoljno stručni iz oblasti kriminalistike, što u ovom postupku najviše dolazi do izražaja? Potom, kako i na koji način zaštititi slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage?

⁴⁴ Opširnije vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), „*Pravo u zemljama regiona*“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010; Radulović, D., Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore, Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocena zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

⁴⁵ Vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), „*Pravo u zemljama regiona*“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.

Ili, koji sistem-model tužilačke istrage je najprikladniji, posmatrano sa aspekta kako njene efikasnosti, tako i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, ali da to ne ide na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava subjekata istrage? i dr.⁴⁶ U okviru ovih, i ne samo ovih pitanja, pitanje efikasnosti istrage je jedno od njenih aktuelnijih pitanja uopšte, iz razloga što je dobro poznato i još više nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog postupka kao celine. Samo u slučajevima normiranja tužilačkog koncepta istrage na načelima svojstvenim njemu, on je u funkciji očekivanog. U protivnom..... S obzirom na ovo, postavlja se kao ključno pitanje: Kako normativno razraditi tužilački koncept istrage da bi on bio u funkciji ostvarivanja cilja koji se očekuje od njega, a to je efikasnost uz puno poštovanje međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava okrivljenog i drugih učesnika istražnog postupka? Postizanje ovako postavljenog cilja moguće je pod uslovom da je tužilački koncept istrage normativno razrađen uz puno poštovanje sledećih principa: javni tužilac kao jedini ovlašćeni subjekat pokretanja istražnog postupka; osnovana sumnja kao materijalni uslov pokretanja istrage; preciziranje uslova pod kojima policija može da se pojavi u svojstvu aktivnog subjekta istrage, kao i vrste istražnih radnji koje ona može preduzeti u takvom svojstvu; predviđanje konkretnih mehanizama koji obezbeđuju adekvatnu saradnju javnog tužioca i policije u istrazi; tačno i precizno propisivanje uslova pod kojim i kod kojih dokaznih radnji kao aktivni subjekat njihovog preduzimanja može da se pojavi sudija za istragu; predviđanje instrumenata za zakonito i efikasno sprovođenje istrage, kao i načina postupanja javnog tužioca nakon okončanja istrage i posledica nepridržavanja tako predviđenih normi; zaštita osnovnih prava oštećenog lica koja proizilaze iz krivičnog dela za koje se sprovodi istraga; predviđanje mehanizama obezbeđenja prikupljanja dokaza, kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga.

Među ne malim brojem osobenosti koje je doneo proces reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva, je napuštanje sudskog i prelazak na tužilački koncept istrage. No, za razliku od najvećeg broja drugih novina koje je doneo dosadašnji proces reforme, promena koncepta istrage je najnovija osobenost reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, duge preko deset godina. Kao takva, ozakonjena je tek donošenjem ZKP-a iz 2011. god. Istina tužilački koncept istrage bio je i obeležje i ZKP iz 2006. godine. Međutim, s obzirom na njegovu sudbinu, on kao takav nije praktično primenjen uopšte.

Osnovne karakteristike novog koncepta istrage, prema ZKP-u iz 2011. god., ogledaju se u sledećem:

1. Istraga se pokreće naredbom nadležnog javnog tužioca. Naredba se donosi pre ili neposredno posle prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od trideset dana od

⁴⁶ Vidi: Zaključci XLVII redovnog godišnjeg savetovanja Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 26. septembra 2010.

dana kada je javni tužilac obavešten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela (čl. 296, st. 1 i 2 ZKP-a). Naredba o sprovođenju istrage se dostavlja osumnjičenom i njegovom braniocu, ako ga ima, zajedno sa obaveštenjem o prvoj dokaznoj radnji kojoj mogu prisustvovati, a o pokretanju istrage javni tužilac obaveštava i oštećenog i poučava ga o pravima koja mu pripadaju u takvoj situaciji (čl. 297 st. 1- 3 ZKP-a).

2. Mogućnost pokretanja istrage dozvoljena je i protiv nepoznatog učinioca.
3. Za pokretanje istrage dovoljan je najniži stepen sumnje – osnov sumnje, tj. isti onaj stepen sumnje koji se traži i za postupanje policije u predistražnom postupku.
4. Istrazi prethodi delatnost određenih subjekata predistražnog postupka (ranije pretkrivični postupak). Predistražnim postupkom rukovodi javni tužilac koji je ovlašćen da preduzima radnje radi gonjenja učinilaca krivičnih dela, s tim što te radnje može poveriti i policiji, koja je dužna da poverene radnje izvrši i o tome obavijesti javnog tužioca (čl. 285 ZKP). Pored ovih radnji, policija može da u predistražnom postupku preduzima i dokazne radnje i dokazi pribavljeni tim radnjama, ako su sprovedene po zakonu, mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog postupka (čl. 287 st. 2 ZKP).⁴⁷
5. Jedno od najdiskutabilnijih rešenja ove faze postupka u novom ZKP-u je njegov čl. 301 st. 1 ZKP-a, po kojem osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane. U cilju ostvarivanja ovog ovlašćenja, osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo: da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke (uz pristanak tog lica); da ulaze u privatne prostorije ili prostorije koje nisu otvorene za javnost, u stan ili prostorije povezane sa stanom (uz pristanak njihovog držaoca) i da od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obaveštenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost.
6. Iako je istraga u načelu tužilačka, može da dođe do uključivanja policije u preduzimanju pojedinih dokaznih radnji, pod uslovom da joj to javni tužilac poveri (čl. 299 st. 4 ZKP-a).
7. Pored policije, u istragu može da se uključi i sudija za prethodni postupak, ukoliko javni tužilac odbije predlog osumnjičenog i njegovog branioca za preduzimanje dokazne radnje ili ako o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U tom slučaju, osumnjičeni i njegov branilac mogu podneti predlog sudiji za prethodni postupak i ako se predlog usvoji, sudija za prethodni postupak nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju u korist odbrane i određuje mu rok za to (čl. 302 ZKP-a).
8. Novi ZKP Srbije, slično ne malom broju drugih zakonodavstava koja su pri-

⁴⁷ Banović, B., Policija i nova rešenja u ZKP-u, Zbor. "Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013.

hvatila koncept tužilačke istrage (BiH, Hrvatske, Crne Gore), dozvoljava mogućnost da se u određenim slučajevima za preduzimanje određenih dokaznih radnji uključi i sud. Međutim, prema ZKP-u Srbije, uključenje sudije za prethodni postupak u istragu različito je u odnosu na ova druga zakonodavstva, u smislu što on sam ne preduzima dokaznu radnju, nego nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju (čl. 302 st.1-3 ZKP-a). Shodno ovakvom rešenju može se zaključiti da javnom tužiocu kao rukovodiocu ne samo predistražnog postupka, nego i istrage neko drugi (sud) nalaže da preduzme dokaznu radnju i to u korist odbrane. Rešenje je više nego diskutabilno.⁴⁸

Iznesena i ne samo iznesena rešenja novog koncepta istrage predmet su, čini se sasvim opravdane, ne male kritike stručne javnosti Srbije i kao takva mogu opravdano dovesti u pitanje funkcionisanje novog koncepta istrage i skladu sa očekivanim. Među njima, poseban značaj imaju sledeće:

1. Jedan od opšteprihvaćenih stavova, kako teorije tako i prakse, kada je reč o pokretanju krivičnog postupka, je i stav da on mora biti uslovljen ispunjenjem materijalnog uslova konkretizovanog u postojanju činjenica i okolnosti konkretnog krivičnog događaja, koje osnovano upućuju na zaključak, te ukazuju na to da je određeno - konkretno lice, izvršilac krivičnog dela koje mu se stavlja na teret – tj. postojanjem osnovane, a ne samo osnova sumnje. Pokretanje i vođenje krivičnog postupka ne može se zasnivati na pretpostavkama. Mora biti zasnivano na stvarnim – konkretnim podacima. Pitanje je: Da li je samo na osnovu osnova sumnje (kao što je to slučaj sada) ili i samo na osnovu indicija, moguće pokretanje krivičnog postupka, s obzirom na sve njegove implikacije? Naše je, i ne samo naše, mišljenje da nije moguće⁴⁹. Ako se ovom doda i činjenica da se u smislu odredbe čl. 7 tač. 1, krivični postupak smatra pokrenutim donošenjem naredbe o sprovođenju istrage, pitanje postaje još aktuelnije, odnosno izneseni stav još opravdaniji.
2. Shodno čl. 295 st. 1 tač. 2, mogućnost pokretanja istrage postoji i protiv “nepoznatog učinioca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo“. I ovo rešenje je, čini se više nego opravdano, izloženo kritici. Ono, kao takvo, ne samo da nema opravdanja, već je i u direktnoj suprotnosti sa ne malim brojem opšteprihvaćenih rešenja u krivičnom materijalnom i procesnom zakono-

⁴⁸ Simović, M., Osnovne karakteristike sistema krivične istrage u zakonodavstvu BiH i njen uticaj na pojednostavljenje krivičnog postupka, Zbor. “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013.

⁴⁹ Simović, M., Osnovne karakteristike sistema krivične istrage u zakonodavstvu BiH i njen uticaj na pojednostavljenje krivičnog postupka, Zbor. “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013; Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), “Pravo u zemljama regiona“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.

davstvu. Tako, na primer, u suprotnosti je sa odredbom čl. 14 st. 1 i 2 KZRS, iz koje jasno proizlazi da “nema krivičnog dela bez krivice”, a pitanje krivice moguće je posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica. Ili, opravdano se mora postaviti i pitanje odnosa ove odredbe sa čl. 286 st. 1 Zakonika, u kojoj je, sasvim ispravno, propisano postupanje policije u tzv. predistražnom postupku, koji obuhvata i slučajeve “kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a učinilac krivičnog dela je nepoznat” i sl.⁵⁰

3. U st. 1 čl. 301 Zakonika propisano je: „Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane.” U vezi sa ovako datim rešenjem postavljaju se tri pitanja. Prvo, da li se na ovaj način u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije uvodi ne tužilački koncept istrage, već paralelna istraga? Da li na ovakav način položaj lica protiv kojeg se sprovodi istraga zavisi od njegovog materijalnog statusa, odnosno da li se na ovakav jedan način pravi razlika među licima protiv kojih se sprovodi istraga prema kriterijumu njihovog imovnog stanja? Zatim, tu je i pitanje: Da li su dokazi koje prikupe osumnjičeni i njegov branilac u funkciji zadatka istrage iz st. 2 čl. 295 Zakonika, a time i u skladu sa osnovnim razlogom prelaska sa sudskog na tužilački koncept istrage (njena efikasnost)? U tužilačkom konceptu istrage moraju da budu predviđeni mehanizmi obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga na način koji će biti u skladu sa njenim zadatkom i njenom efikasnošću. Da li je to slučaj u konkretnom? Mišljenje autora rada je ne.
4. U tužilačkom konceptu istrage osnovna – glavna funkcija sudije za istragu (sudije za prethodni postupak) mora da bude odlučivanje o pitanjima vezanim za slobode i prava okrivljenog i drugih subjekata istrage. Preduzimanje pojedinih istražnih radnji od strane suda treba da bude samo izuzetna mogućnost, samo onda kada se opravdano pretpostavlja da se ta radnja neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili da bi njeno izvođenje bilo skopčano sa velikim teškoćama, a uz to neophodno ja da je ona bitna (neophodna) za pravilno rešenje konkretne krivične stvari shvaćene u smislu donošenja sudske odluke o istoj. Jednom rečju, radnje dokazivanja koje se preduzimaju od strane suda u ovom postupku ne bi smele da budu u funkciji ostvarivanja osnovnog zadatka istrage. Ne bi smele da budu u funkciji donošenja odluke javnog tužioca o podizanju optužnice ili obustavi postupka, što je slučaj u konkretnom.
5. Jedna od neizostavnih osobenosti tužilačkog koncepta istrage treba da bude i takav položaj oštećenog, koji će mu omogućiti realizaciju njegovih osnovnih prava koja se javljaju kao posledica krivičnog dela povodom kojeg se vodi istraga. Iole ozbiljnija analiza relevantnih odredaba Zakonika po ovom pitanju

⁵⁰ Vidi Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.

pokazuje da ova osobenost tužilačkog koncepta istrage nije ispoštovana. Čl. 297 st. 3 Zakonika, kao jedina odredba po ovom pitanju, daleko je od željenog. On samo obavezuje javnog tužioca da obavesti oštećenog o pokretanju istrage i da mu dâ pouku o pravima koja mu pripadaju u takvom slučaju, i ništa više.⁵¹

Zaključna razmatranja

ZKP RS iz 2011. godine doneo je niz značajnih novina koje se tiču javnog tužioca kao krivičnoprocesnog subjekta. Među ne malim brojem novena, posebno su značajne one koje se tiču promene koncepta istrage, sporazuma javnog tužioca i okrivljenog lica, načela oportuniteta krivičnog gonjenja i predistražnog postupka. Sa novinama koje donosi novi ZKP, uloga javnog tužioca u postupku otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela postaje znatno veća. Jednom rečju, može se konstatovati da značajan procenat krivičnih slučajeva, zahvaljujući novim ovlašćenjima javnog tužioca, može da se reši upravo od njegove strane. To je slučaj, pre svega, sa velikim brojem krivičnih dela koja spadaju u mogući krug primene instiuta sporazuma o priznanju krivičnog dela i načela oprtuniteta krivičnog gonjenja. Načelno posmatrano, sve ove novine su u funkciji ostvarivanja osnovnog cilja reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije – u funkciji stvaranja normativne osnove za efikasniji krivični postupak, i kao takve su za pozdraviti. Međutim, sa druge strane, ako se ova problematika posmatra sa aspekta normativne razrade najvećeg broja ovih načelno posmatrano opravdanih novena, ocena je sasvim drugačija. Izuzetno je širok krug pitanja koja se tiču normativne razrade sporazuma između javnog tužioca i okrivljenog, novog koncepta istrage, načela oportuniteta i drugog vezanog za novi procesni položaj javnog tužioca koja se ozbiljno mogu staviti pod znak pitanja. Stav je autora rada da se u normativnoj razradi najvećeg broja novina vezanih za procesni položaj javnog tužioca, nije u potrebnom stepenu vodilo računa o većinskom shvatanju stručne javnosti Srbije i rešenjima prisutnim u kompetentnom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu.

LITERATURA

- Banović, B.*, Policija i nova rešenja u ZKP, Zbor. “Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihva praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013.
- Brkić, S.*, Pojednostavljene forme postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji, Zbor. “Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.

⁵¹ Škulić, M., Ilić, G., Reforma u stilu “Jedan korak napred – dva koraka nazad”, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.

- Brkić, S., Kritički osvrt na prvu glavu radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14. septembra 2010. god., *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2010.
- Brkić, S., Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004.
- Beziz-Ayache, A., Dictionnaire de droit penal general et procedure penale, 2e edition, Paris 2003.
- Bernardi, A., Europe sans frontieres et droit penal, *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 2002/1.
- Bejatović, S., Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Bejatović, S., Izmene i dopune ZKP i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/09.
- Bejatović, S., Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP Srbije i regionalna komparativna analiza, Zbor. "Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012.
- Bejatović, S., i dr., Primena načela oportuniteta u praksi: Izazovi i preporuke, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.
- Bejatović, S., Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u Zakonik o krivičnom postupku, Zbor "Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.
- Bejatović, S., Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa, Zbornik "Reforma krivičnog pravosuđa", Pravni fakultet Niš, 2010.
- Bejatović, S., Aktuelna pitanja tekuće reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, Zbor. "Aktuelne tendencije u razvoju evropskog kontinentalnog prava", Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010.
- Bejatović, S., Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije i institut sporazumevanja javnog tužioca i okrivljenog, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 2012.
- Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i Srbiji, u: Čolović, V. (ur.), "Pravo u zemljama regiona", Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.
- Beziz-Ayache, A., Dictionnaire de droit penal general et procedure penale, 2e edition, Paris, 2003.

- Bubalović, T.*, Skraćeni kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Damaška, M.*, Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, br. 1/2006.
- Damaška, M.*, O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 14, br. 1/2007.
- Grubač, M.*, Racionalizacija krivičnog postupka uprošćavanjem procesnih formi, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-3/84.
- Ilić, G.*, Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i standardi Evropske unije, Zbor. "Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Jakulin, V.*, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Slovenije, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Jakulin, J., Korošec, D.*, Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnom zakonodavstvu Slovenije, Zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.
- Joseph G. Cook, Paul Marens*, Criminal Procedure (5th edition), Lexis Publishing, New York, 2001.
- Kiurski, J.*, Sporazum o priznanju krivice (krivičnog dela), Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.
- Kiurski, J.*, Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni, Zbor. "Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu - Teoretski i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2011.
- Kalajđijev, G.*, Ubrzanje postupka kao jedan od ciljeva reforme krivičnog postupka u Republici Makedoniji, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Lutz Meyer-Gossner*, Strafprozessordnung, 46. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2003.
- Lowe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Groskomentar, 23. Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988.

- Nikolić, D.*, Sporazumi o priznanju krivičnog dela kao reprezentativna forma pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Radulović, D.*, Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Podgorica, 2009.
- Radulović, D.*, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Radisavljević, M.*, Iskustva Tužilaštva za organizovani kriminal u primeni instituta sporazuma o priznanju krivičnog dela, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Prelević, R.*, Oportunitet krivičnog gonjenja kao pojednostavljena forma rešavanja krivične stvari u Crnoj Gori, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Pavišić, B.*, Neka pitanja skraćenog kaznenog postupka u evropskom kaznenom pravu, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z.*, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.
- Simović, M.*, Krivični postupci u Bosni i Hercegovini, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008.
- Simović, M.*, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom pravu BiH, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.
- Simović, M.*, Osnovne karakteristike sistema krivične istrage u zakonodavstvu BiH i njen uticaj na pojednostavljenje krivičnog postupka, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Sieber, U.*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.

- Sijerčić-Čolić, H.*, Postupak za izdavanje kaznenog naloga: Procesno zakonodavstvo u BiH i regionalni uporednopravni osvrt, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Sijerčić-Čolić, H.*, Specifični instituti u razvoju novog krivičnog postupka u BiH, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 1/2010.
- Tiedemann, K.*, Die Europaisierung des Strafrechts, u: Kreuzer, Scheuing, Sieber; Die Europaisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 1977.
- Durđić, V.*, Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka, Zbornik "Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – teoretski i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.
- Durđić, V.*, Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/2009.
- Durđić, V.*, Presuđenje na osnovu sporazuma o priznanju krivice, Pristup pravosuđu, Niš, 2007.
- Durđić, V.*, Osnovna načela krivičnog procesnog prava i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Durđić, V.*, Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka, u: Bejatović, S. (ur.) *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva* (str. 71-87), Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.
- Fišer, Z.*, Državni tužilac kao subjekt skraćenih i pojednostavljenih krivičnih postupaka u Sloveniji, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Fischer, T.*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2009.
- Škulić, M.*, Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Škulić, M.*, Pogrešna koncepcija Nacrta ZKP Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2/2010.
- Škulić, M.*, Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009.

- Škulić, M., Ilić, G., Reforma u stilu “Jedan korak napred – dva koraka nazad”, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.
- Škulić, M., Osnovi kriminalističke istrage, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2-3/2011.
- Škulić, M., Komentar Zakonika o krivičnom postupku, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2007.

STATE PROSECUTOR AND THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE SERBIAN

Abstract

Topic of this article is expert critical analysis of the procedural position of the public prosecutor in the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia 2011th year. Among non small number of analyzed issues, special attention was paid to issues related to: General remarks on the public prosecutor as the subject of the process of reform of the criminal procedure legislation of Serbia, the public prosecutors in the preliminary investigation; Public Prosecutor as the subject of the signing of the grant of the offense; Public Prosecutor and principle of Opportunity criminal prosecution, the public prosecutor as the entity requesting the hearing for the imposition of criminal sanctions and the public prosecutor as a key new concept of an active subject of investigatio

Analyzed issues were discussed with three asprkta (normative teroretskog and aspects of their application). At the end of the paper concluding remarks in which he summarized in a manner presented by the attitude of his view of the quality of normative elaboration of the issues discussed in the new Serbian Criminal Procedure Code of 2011. The main conclusion of the analysis is to develop a normative most of the papers related to the procedural position of the public prosecutor in the new Criminal Procedure of the Republic of Serbia is not in the required extent, take account of the understanding of the majority of experts Serbia and solutions contained in comparative criminal procedure competent Legislation.

Keywords: *Law of Criminal Procedure, Serbia, the defendant, the agreement, crime, investigation, preliminary investigation, opportunism, police, courts, process efficiency*

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE U SVJETLU ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU CRNE GORE

Prof. dr Drago Radulović*

Apstrakt: Rad je posvećen jednom novom institutu u našem procesnom zakonodavstvu uvedenom novim Zakonikom o krivičnom postupku 2009. godine. Podijeljen je na četiri dijela. U prvom dijelu autor govori o pojmu i opravdanosti uvođenja u naše zakonodavstvo sporazuma o priznanju krivice i očekuje da će se ovim institutom doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka, bez obzira što su dosadašnja iskustva pokazala da je ovaj institut nedovoljno zaživio u praksi. Autor tu nedovoljnu primjenu u praksi objašnjava činjenicom da naše pravosuđe inače u početku s oprezom šire otvara vrata novim institutima. U drugom dijelu govori se o zakonskim uslovima za zaključenje sporazuma, od kojih su neki vezani za krivično djelo (težina krivičnog djela), a neki za učinioca (priznanje krivice), te o nekim problemima koji se tiču granica primjene sporazuma (katalog djela), kao i onim koji se tiču samog čina priznanja. Treći dio posvećen je predmetu sporazuma, odnosno onome o čemu se stranke sporazumijevaju: vrsti i visini kazne i drugih sankcija, odricanju od prava na žalbu, troškovima krivičnog postupka i imovinskopравnom zahtjevu. I na kraju, u četvrtom dijelu se govori o ulozi i mjestu suda u postupku sporazumijevanja, jer sud na kraju odlučuje o sporazumu i time mu daje pravno dejstvo. Odlučujući o sporazumu, sud ga može odbaciti, odbiti ili usvojiti. Da bi usvojio sporazum, sud mora da utvrdi da li su ispunjeni svi uslovi koje ZKP traži i nakon toga bez održavanja glavnog pretresa u kratkom roku (tri dana) donosi presudu.

Ključne riječi: Zakonik o krivičnom postupku, sporazum, priznanje, stranke, sud, branilac.

I. Pojam i opravdanost ozakonjenja sporazuma o priznanju krivice

Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva u Crnoj Gori, koja je započela 2003. godine donošenjem Zakonika o krivičnom postupku¹, nastavljena donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2006. godine², okončana je donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku (u daljem tekstu

*Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица

¹ „Službeni list RCG“ br. 71/03.

² „Službeni list RCG“ br. 47/06.

ZKP) 2009. godine³. Novi ZKP je zadržao mješoviti, akuzatorsko-inkvizitorski sistem krivičnog postupka, uz naglašene elemente akuzatornosti, što je tipično za evropske kontinentalne države.⁴ To je u saglasju sa težnjama naše zemlje ka evropskim integracijama. Međutim, ne možemo pobjeći od sve izraženije univerzalnosti nauke krivičnog procesnog prava i njenog sve većeg uticaja na zakonodavna rješenja u nacionalnim zakonodavstvima, bez obzira na nacionalne i druge specifičnosti. Zato danas dolazi do sve većeg smanjenja razlika u krivičnoprocesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, odnosno danas pojedini krivičnoprocesni instituti, bez obzira iz kojih sistema potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih zakonodavstava.⁵ Tako, i one države koje imaju kontinentalno-evropski tip krivičnog postupka postepeno uvode neke institute koji su do sada bili tipični za adverzijalne krivične postupke, tako da se savremeno krivično procesno pravo sve više karakteriše izvjesnom konvergencijom elemenata ta dva velika pravna sistema, što je, u određenoj mjeri, prisutno i u našem novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu.

Upravo jedan potpuno nov institut u našem novom ZKP-u jeste sporazum o priznanju krivice. *Ratio legis* uvođenja ovog instituta u naše procesno zakonodavstvo jeste stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak, imajući u vidu da je u nekim zemljama ovaj institut u praksi postigao izvanredne rezultate. Tako je, na primjer, u postojbini ovog instituta u SAD zabilježeno da se putem sporazuma okonča i preko 90 % predmeta.⁶ Iluzorno je očekivati da će se kod nas i za duže vrijeme, a kamo li tako brzo, zabilježiti i približno ovakvi rezultati, ali i manji procenat ovako riješenih predmeta doprinijeće rasterećenju sudova.

Inače, primjena integralnog teksta ZKP-a u Crnoj Gori počela je od septembra 2011. godine, a odredbe o sporazumu o priznanju krivice su znatno ranije počele sa primjenom (od 26.02.2010. godine), tako da već možemo govoriti o trogodišnjem iskustvu primjene ovog instituta.

Međutim, do sada ovaj institut nije naišao na širu primjenu, jer statistika kaže da je zaključno sa 2012. g. u Crnoj Gori 36 predmeta riješeno na osnovu sporazuma o priznanju krivice.⁷

Koji su razlozi ovakve (ne) primjene ovog instituta, teško je reći, ali mislimo da se, dobrim dijelom, razlozi nalaze u činjenici da je naše pravosuđe prilično "konzervativno" i teško šire otvara vrata primjeni novih instituta. Takva situacija je bila i kad je riječ i o drugim novim institutima, kao što je diverzija krivičnog postupka,

³ „Službeni list CG“ br. 49/09.

⁴ O tome šire dr Drago Radulović: *Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore*, RKK broj 2, 2010. g., str. 95-111.

⁵ Dr Stanko Bejatović: *Opšteprihvaćeni pravni standardi i predlog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK broj 2, 2006. god., str. 44

⁶ T. Lunch: *The case against plea bargaining*, Law, Cato Institute, str. 23.

⁷ Dr Drago Radulović: *Aktuelna pitanja krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore*, Pravni zbornik, br. 1-2, 2013. godine, str. 132.

koja je uvedena u ZKP 2003. godine i trebalo je da prođe više godina da se počne sa primjenom u širem obimu.

U krivičnoprocesnoj teoriji preovladavaju mišljenja o potrebi, odnosno opravdanosti ozakonjenja instituta sporazuma o priznanju krivice,⁸ ali ima i mišljenja da se ovaj institut ne može opravdati, jer se jedna funkcija koju treba da vrši isključivo sud prenosi na državnog tužioca, potire načelo legaliteta krivičnog gonjenja i pravo okrivljenog na prezumpciju nevinosti, dozvoljava da se voljom pojedinih procesnih subjekata mijenjaju opšte norme materijalnog krivičnog prava o kažnjavanju učinilaca krivičnog djela.⁹

U svakom slučaju, kako se ističe u literaturi, državni tužilac kod zaključivanja sporazuma mora da bude obazriv i umješšan, jer postoji opasnost da pojedini loše zaključeni sporazumi o priznanju krivice kompromituju institut i tužilaštvo.¹⁰ Uglavnom, nesporno je da primjena ovog instituta ima za posljedicu, brži, efikasniji i ekonomičniji krivični postupak, rasterećenje sudova, pa i pravosuđa u cjelini, a od koristi je ne samo državnom tužiocu, nego i okrivljenom.

Sporazumom državni tužilac brže i lakše dolazi do presude, pogotovo kada, cijeneći sve okolnosti, procijeni da će imati teškoća za oslobađajuću presudu. S druge strane, okrivljeni pred sobom ima izvjesnost krivične sankcije umjesto neizvjesnosti procesa suđenja. Ovdje je riječ o jednoj uprošćenoj procesnoj formi čiji cilj jeste brže i sigurnije izricanje presude na bazi uzajamnih ustupaka stranaka¹¹, a sporazum se uzima kao instrument konsesualne pravde.¹²

Dakle, sporazum o priznanju krivice je sporazum *sui generis*¹³, koji se zaključuje između državnog tužioca i okrivljenog, odnosno njegovog branioca u pismenoj formi, kao saglasnost slobodnih volja,¹⁴ kojim se državni tužilac obavezuje da okriv-

⁸ Dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivice, Beograd, 2009. godine, dr Stanko Bejatović: Sporazum o priznanju krivice i druge pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije kao instrument normativne efikasnosti krivičnog postupka, Zbornik "Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Savjeta Evrope", Pravni fakultet Kragujevac, 2009, Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS, RKK br. 1-2, 2012. g, dr Vojislav Đurđić: Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku RKK br. 3/2009; dr Milan Škulić: Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009. g., dr Miodrag Simović: Pojednostavljene forme postupka u krivičnom procesnom pravu BiH, u Zborniku "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim strvarima i alternativne krivične sankcije", Zlatibor, 2009. g.

⁹ Dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković: Komentar zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Tivat, 2010. g, str. 722.

¹⁰ Mr Jasmina Kiurski: Sporazum o priznanju krivice (krivičnog djela) i izricanje krivične sankcije utvrđene u sporazumu, Zbornik "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)", Zlatibor, 2012. str. 167.

¹¹ Dr Snežana Brkić: Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, 2004. g, str. 144.

¹² Dr Vojislav Đurđić: Stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku, RKK br. 3/2009, str. 85

¹³ Dr Vojislav Đurđić: Op. cit., str. 85.

¹⁴ Dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na

ljenom ublaži optužnicu i predloži izricanje blaže kazne, dok se okrivljeni za uzvrat obavezuje da prizna krivicu i odrekne prava na suđenje.¹⁵

Kod ozakonjenja sporazuma o priznanju krivice, naš zakonodavac, kao i zakonodavstva koja su krenula putem uvođenja ovog instituta u svoja zakonodavstva, imao je u vidu nekoliko najznačajnijih pitanja, kao što su katalog krivičnih djela na koja se primjenjuje predmet sporazumijevanja, uloga suda u postupku sporazumijevanja, uloga branioca, položaja oštećenog i slično.¹⁶

II. Zakonski uslovi za zaključenje sporazuma

Glavni cilj zaključenja sporazuma jeste da se izbjegavanjem glavnog pretresa i tako uprošćenom procesnom formom lakše i brže dođe do presude. Zakonske pretpostavke za zaključenje sporazuma su: a) izvršeno krivično djelo ili više krivičnih djela, b) priznanje krivice (krivičnog djela) od strane okrivljenog i c) postojanje optužnog akta, odnosno akta o pokretanju istrage.

U članu 300 st. 1 ZKP-a propisano je da se sporazum o priznanju krivice može zaključiti ako se krivični postupak vodi za jedno krivično djelo ili za krivična djela u sticaju, za koja je propisana kazna zatvora u trajanju do deset godina. Inače, kada je riječ o katalogu krivičnih djela (granicama primjene sporazuma) za koja se može ići na sporazum, zakonodavstva se mogu podijeliti u dvije grupe: 1) ona zakonodavstva gdje nema ograničenja u pogledu težine djela, pa se sporazum može primijeniti na sva djela, i 2) ona gdje su granice primjene sporazuma ograničene težinom krivičnog djela.

Ovu drugu varijantu prihvatio je naš zakonodavac, a prva varijanta od zemalja u okruženju prihvaćena je u zakonodavstvu BiH, Srbije i Hrvatske.

U Italiji, koja je jedna od prvih evropskih zemalja koja je u svoje zakonodavstvo uvela jedan vid sporazuma o priznanju krivice (*patteggiamento*), primjena ovog instituta je ograničena na krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora do sedam i po godina, odnosno, izrečena kazna umanjena za jednu trećinu ne prelazi pet godina zatvora.¹⁷

U njemačkom zakonodavstvu još nije uveden ovaj institut, ali to ne znači da stranke ne bi mogle i na ovaj način da rješavaju i najteža krivična djela.

kriminalitet, zbornik "Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija", Trebinje, 2013. g., str. 2.

¹⁵ Mr Vanja Bajović: Sporazum o priznanju krivice – uporednopravni prikaz, Beograd, 2009. g, str. 56.

¹⁶ O tome šire: dr Stanko Bejatović: Sporazum javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS, RKK, br. 1-2, 2012. g. Dr Vojislav Đurđić: stranački sporazum o priznanju krivice u krivičnom postupku RKK br. 3/09. Dr Miodrag Simović: Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom pravu BiH, u publikaciji „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Zlatibor, 2009. g, dr Milan Škulić: Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet, Beograd, 2009. g; Dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivice, Beograd 2009. g.

¹⁷ Vidjeti Veljko Turanjanin: Sporazum o priznanju krivice u pravu evropskih zemalja: primjer Italije, Strani pravni život, broj 2/2011 g. str. 155.

U kolijevci ovog instituta, SAD-u, primjena sporazuma nije ograničena težinom krivičnog djela, ali ipak, u praksi za najteža krivična djela i ona koja izazivaju veliku pažnju javnosti, tužilac ide na kompletan krivični postupak pred porotom.¹⁸

Mišljenja smo da je naš zakonodavac, s pravom prihvatio jednu umjerenu varijantu prihvatljivu u našim uslovima. I ovako limitiranje sporazuma, kako se s pravom ističe u literaturi,¹⁹ ipak omogućava da veliki broj krivičnih djela bude predmetom sporazuma, a izostavljanje teških krivičnih djela opravdano je, s jedne strane, činjenicom da se radi o potpuno novom institutu koji ipak zahtijeva određenu opreznost i, s druge strane, ne može se prenebregavati moguće reagovanje javnosti prema konkretnim sporazumima o priznanju krivice do koje može doći u praksi.

Ipak, ovaj institut, u dobroj mjeri, potire javnopravni karakter krivičnog djela i pravo na disponiranje krivičnim djelom, krivicom i kaznom, koje se daje okrivljenom i vodi svojevrsnoj reprivatizaciji krivičnog postupka.²⁰

Ima predloga da se i u našem ZKP-u brišu ograničenja u pogledu težine krivičnog djela, sa obrazloženjem da je za rasvjetljenje i rješenje najtežih krivičnih djela i najpotrebnije ići na sporazum o priznanju krivice. Nije nam poznato na čemu se temelje ovi stavovi, ali iskustva u primjeni ovog instituta u zemljama u okruženju, koje ga već deset godina primjenjuju, govore nam da u najtežim predmetima priznavanja krivice nisu bila tako česta kao što bi se očekivalo.²¹

Jedan od zakonskih uslova za zaključenje sporazuma jeste priznanje krivice za krivično djelo, odnosno za krivična djela u sticaju. Kod zakonskog uređenja ovog uslova postoje određene nejasnoće, naročito kada je riječ o kvalitetu i obimu priznanja. Tako, u članu 301 st. 1 ZKP-a navedeno je da “sporazumom o priznanju krivice okrivljeni u potpunosti priznaje djelo za koje se tereti, odnosno priznaje jedno ili više krivičnih djela učinjenih u sticaju koja su predmet optužbe”. Nakon toga, u čl. 302 st. 8 tač. 1 navodi se da će sud usvojiti sporazum ako utvrdi “da je okrivljeni svjesno i dobrovoljno priznao krivično djelo, odnosno krivična djela koja su predmet optužbe”. Upoređivanjem odredbi ovih članova, jezičkim tumačenjem bi se moglo zaključiti da se po čl. 301 može u slučaju sticaja djelimično priznati (neko od djela u sticaju), dok ta mogućnost po članu 302 ne postoji. Zato mislimo da priznanje treba da bude potpuno i da se odnosi na sve tačke optužnice, što se radi i u praksi zemalja koje odavno imaju ovaj institut.²²

Priznanje okrivljenog mora da bude dato dobrovoljno, uz poštovanje svih prava zagaranovanih međunarodnim dokumentima i unutrašnjim pravom, i sadržavati

¹⁸ Vidjeti mr Vanja Bajović: Sporazum o priznanju krivice, RKK br. 3/09, str. 322.

¹⁹ dr Milan Škulić: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Podgorica, 2009. g., str. 863.

²⁰ A. Eser: Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava na putu ka “reprivatiziranju” krivičnog postupka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1992. g. str. 167.

²¹ dr Veljko Ikanović: Materijalno-pravni i procesni aspekt priznavanja krivice, RKK br. 1-2, 2012. godina str. 278.

²² Vidi dr Miodrag Simović: Krivično procesno pravo, Posebni dio, Banja Luka, 2006. g., str. 84.

izjašnjenje i objašnjenje okrivljenog o svim činjenicama izvršenja krivičnog djela, koje mora da bude argumentovano, bez bilo kakvih protivrječnosti, kako unutar svoje logičke cjeline, tako i u vezi sa drugim činjenicama i dokazima.²³

Zakonik se ne izjašnjava o načinu i formi priznanja, ali mislimo da se ono mora dati na zapisnik gdje će okrivljeni detaljno opisati sve detalje, počev od same radnje, eventualne pripreme, pribavljanja sredstava izvršenja i slično.

Sporazum o priznanju krivice podnosi se, ako optužnica još nije podignuta, predsjedniku vijeća iz člana 24 st. 7 (vanpretresno vijeće), a nakon podizanja optužnice predsjedniku vijeća. Dosadašnja praksa u Crnoj Gori pokazala je da je oko 83% sporazuma o priznanju krivice zaključeno nakon podizanja optužnice, a oko 17% prije podizanja optužnice.²⁴ Ako se sporazum o priznanju podnosi prije podizanja optužnice, onda on mora da sadrži sve elemente koje sadrži optužnica. Međutim, mislimo da bi pravo rješenje bilo da do procesa pregovaranja može da dođe u svim fazama krivičnog postupka zaključno sa prvim ročištem za glavni pretres, a procesna faza razmatranja sporazuma o priznanju krivice je moguća tek nakon potvrđivanja optužnice. Razlozi čisto racionalne prirode ukazuju na moguću apsurdnu situaciju u koju bi bilo dovedeno vijeće iz člana 24 st. 7, ako bi se od predsjednika tog vijeća tražilo da razmatra sporazum o priznanju krivice, a to isto vijeće nije potvrdilo optužnicu.

U zemljama u okruženju situacija je drugačija, pa se u ZKP-u Srbije (čl. 313) sporazum o priznanju može zaključiti od donošenja naredbe o sprovođenju istrage do izjašnjavanja optuženog o optužbi na glavnom pretresu, ali ako je sporazum zaključen prije podizanja optužnice, javni tužilac će zajedno sa sporazumom dostaviti sudu i optužnicu koja čini sastavni dio sporazuma. Po ZKP-u Hrvatske (čl. 360 st. 3), sud o sporazumu odlučuje nakon podizanja optužnice. Procesno zakonodavstvo u BiH nije po tom pitanju decidno, ali preovladava stanovište da je potvrđena optužnica uslov za razmatranje sporazuma.²⁵ Pogrešno je mišljenje, koje se može naći u literaturi, da je tužilac dužan da podigne optužnicu ako je prethodno nije podnio, jer je sporazum podnesen prije podizanja optužnice.²⁶

III. Predmet sporazuma o priznanju krivice

Predlog za zaključenje sporazuma može da potekne od državnog tužioca, odnosno od okrivljenog i njegovog branioca (čl. 300 st. 1). Kad se uputi predlog, stranke i branilac mogu pregovarati o uslovima priznanja krivice (čl. 300 st. 2). Sporazum o priznanju, zaključen u pisanom obliku i potpisan od stranaka i branioca, može se

²³ Dr Milan Škulić: Komentar, str. 869.

²⁴ Vidjeti Svetlana Vujanović: Sporazum o priznanju krivice u praksi pravosudnih organa Crne Gore, u Zborniku "Savremene tendencije krivično procesnog prava u Srbiji i regionalna procesna zakonodavstva," Beograd 2012. g., str. 123.

²⁵ Vidjeti dr Miodrag Simović: Op. cit., str. 84

²⁶ Dr Momčilo Grubač i dr Branko Vučković: Komentar ... str. 723.

podnijeti najkasnije na prvom ročištu za održavanje glavnog pretresa pred prvostepenim sudom (čl. 300 st. 39).

Iz gore citiranih odredbi ZKP-a možemo izdvojiti nekoliko pitanja. Prvo, na koji način se stavlja predlog. Zakonodavac koristi termin “predložiti” (predlog) ne određujući njegovu formu i sadržinu, za razliku od sporazuma kojem je određena i forma i sadržina. Mislimo da predlog treba da bude u pismenom obliku i u pravnom smislu u vidu ponude.

Ima mišljenja da se ponuda može dati i usmeno ili pismeno, telefonom, elektronskom poštom ili bilo kojim sredstvom komunikacije, a izbor sredstava komuniciranja i forme u kojoj će se pregovori predložiti treba da odgovara procijenjenom i potrebnom nivou konspirativnosti.²⁷ Ponuda predstavlja jednostranu izjavu slobodne i dobrovoljne volje upućene drugoj strani u cilju zaključenja sporazuma o priznanju krivice. Predlog može da bude samo inicijativa da se pristupi pregovaranju, ali može odmah sadržati neke ili sve uslove pod kojima je predlagač spreman da zaključi sporazum.

Strankama se ostavlja potpuna sloboda prilikom pregovaranja o uslovima pod kojima se može zaključiti sporazum, a sud nema nikakva prava ni u pogledu inicijative ni u procesu pregovaranja i zaključivanja sporazuma.

Zakonodavac, pogrešno, u čl. 300 st. 2 kaže “da kad se predlog uputi, stranka i branilac mogu pregovarati o uslovima priznanja krivice”, jer je potrebno da se suprotna strana izjasni o predlogu, pa da se onda pregovara o uslovima priznanja.

Kao što je već rečeno uslov za zaključenje sporazuma jeste da “okrivljeni u potpunosti priznaje krivično djelo za koje se tereti, odnosno priznaje jedno ili više krivičnih djela učinjenih u sticaju koja su predmet optužbe” (čl. 301 st. 1).

Kada se kaže da okrivljeni priznaje krivično djelo, odnosno krivična djela, onda to znači da priznaje djelo onako kako je činjenično i pravno određeno. Kad je riječ o sporazumu zaključenom poslije podizanja optužnice onda je riječ o djelu onakvom kakvim je ono činjenično i pravno navedeno u optužnici. Međutim, postavlja se pitanje činjeničnog i pravnog oformljenja djela prije podizanja optužbe. Ako idemo jezičkim tumačenjem odredbi člana 300 st. 1, “da okrivljeni i njegov branilac mogu da stave predlog za zaključenje sporazuma...”, a da je, shodno članu 22 tač. 2, “okrivljeni lice protiv koga je donesena naredba o sprovođenju istrage ili protiv koga je podignuta optužnica, optužni predlog ili privatna tužba”, smatramo da se početak pregovora za krivično djelo za koje se vodi istraga treba vezati za donošenje naredbe o sprovođenju istrage, a za krivično djelo za koje se vodi skraćeni postupak od podnijetog optužnog predloga.²⁸

²⁷ Dr Vojislav Đurđić: Op. cit., str. 96.

²⁸ Tako i dr Danilo Nilolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na kriminalitet... str. 3.

To dalje znači da je predmet priznanja u ovoj situaciji krivično djelo onako kako je činjenično i pravno оформљено u naredbi za sprovođenje istrage, odnosno u optužnom predlogu.

U članu 301 ZKP predviđeni su obavezni i fakultativni elementi sporazuma. Obavezne elemente čini:

- 1) priznanje okrivljenog,
- 2) visina kazne i druge krivične sankcije,
- 3) troškovi krivičnog postupka i imovinskopravni zahtjev,
- 4) odricanje stranaka i branioca od prava na žalbu protiv odluke donesene na osnovu sporazuma o priznanju krivice,
- 5) obaveza okrivljenog da vrati imovinsku korist stečenu izvršenjem krivičnog djela, kao i predmet koji se po Krivičnom zakoniku ima oduzeti.

Kao fakultativne elemente sporazuma, okrivljenom se može odrediti neka od obaveza iz člana 272 st. 1 (obaveze vezane za diverziju krivičnog postupka).

Trebalo bi nam dosta prostora da se bavimo svim elementima sporazuma, pa ćemo se ograničiti samo na neke elemente. O priznanju krivice kao elementu sporazuma već smo naprijed govorili, pa se na ovom mjestu njime nećemo baviti. Pažnju ćemo zadržati na drugom, gore navedenom obaveznom elementu, kako ga ZKP imenuje, "visini kazne i drugim krivičnim sankcijama".

Iz ove zakonske formulacije, jezičkim tumačenjem, moglo bi se zaključiti da se podrazumijeva da kazna, kao vrsta krivične sankcije, mora biti u sporazumu, a da se dogovara samo njena visina. Međutim, to bi bilo pogrešno i smatramo da se državni tužilac i okrivljeni sporazumijevaju ne samo o visini, nego i o vrsti kazne, a mogu da se sporazumiju i o krivičnim sankcijama koje ne predstavljaju kaznu.

Kod sporazumijevanja o vrsti i visini kazne državni tužilac mora imati u vidu da on, faktički, vrši ulogu suda i mora da vodi računa o pravilima krivičnog prava u odnosu na odmjeravanje kazne, o granicama ublažavanja kazne, pravilima o izricanju uslovne osude i slično.

Pored vrste krivičnog djela i propisane kazne, državni tužilac mora da ima u vidu i druge okolnosti, kao što je raniji život okrivljenog, da li je riječ o primarnom učiniocu ili povratniku, ponašanje poslije izvršenog krivičnog djela, pobude, stepen krivice i slično, a jedan od važnih orijentira prilikom pregovaranja o visini kazne i drugim krivičnim sankcijama jeste kaznena politika u odnosu na predmetno krivično djelo.²⁹

Vidjeli smo da je jedan od obaveznih sadržajnih elemenata sporazuma o priznanju krivice i imovinskopravni zahtjev oštećenog. Osim toga, u članu 302 st. 8 tač. 4 predviđeno je da sud prilikom odlučivanja o sporazumu utvrđuje da sporazumom nisu povrijeđena prava oštećenog, pri čemu se ne misli samo na imovinskopravni in-

²⁹ Mr Jasmina Kiurski: Op. cit., str. 172.

teres, nego i na njegov javnopravni interes, interes za kažnjavanjem. Radi toga bi poželjno bilo da državni tužilac, iako to ZKP ne zahtijeva, u postupak pregovaranja, na određeni način uključi i oštećenog, makar i u najmanjoj mjeri da kontaktiranjem sa njim sazna i njegov stav i obavijesti ga o toku i rezultatima pregovora sa okrivljenim.

Pored toga, kako se ističe u literaturi, uključivanje oštećenog u proces pregovaranja o krivici može poboljšati transparentnost i stvoriti povjerenje kako oštećenog, tako i cjelokupne javnosti u proces pregovaranja o krivici, odnosno zaključenje sporazuma o priznanju krivice.³⁰

Sporazumom se mora riješiti i pitanje troškova krivičnog postupka, gdje se državni tužilac u odnosu na dogovaranje o troškovima stavlja u ulogu suda kod donošenja osuđujuće presude. To su troškovi postupka koji su nastali do momenta zaključenja sporazuma, kao i oni koji su nastali pred sudom prilikom odlučivanja o sporazumu. Odluka o troškovima u praksi ne bi trebalo da bude problematična. Tužilac može sa okrivljenim ugovarati i oslobađanje od troškova krivičnog postupka, ako je okrivljeni slabog imovnog stanja.

Odluka o imovinskopравnom zahtjevu, kao obavezni sadržajni element sporazuma, ima se tumačiti ne u smislu da je nužno da se u potpunosti sporazumiju o visini imovinskopравnog zahtjeva, već da se mogu i djelimično sporazumjeti, a za ostatak dogovoriti da se ostvaruje u redovnom parničnom postupku, ili da se u cijelosti o zahtjevu odlučuje u parnici.

Pravo na žalbu je jedno od visokorangiranih prava okrivljenog, zagarantovano i međunarodnim dokumentima i nacionalnim konstitucijama, pa je jedan od obaveznih elemenata sporazuma odricanje stranaka i branioca od prava na žalbu, ukoliko sud u potpunosti prihvati sporazum, čime se doprinosi efikasnosti krivičnog postupka. Podrazumijeva se da je isključeno pravo na žalbu i subjektima koji u redovnom postupku imaju pravo da izjave žalbu u korist okrivljenog (čl. 382 st. 2).

Jedan od fakultativnih sadržajnih elemenata sporazuma može da bude obavezivanje okrivljenog na ispunjenje neke od obaveza iz člana 272 (odloženo gonjenje).

Bez obzira što vlada mišljenje da ugovaranje ovih obaveza predstavlja važnu mogućnost davanja posebnog kvaliteta sporazumu, čime se mogu postići neki izrazito pozitivni efekti, kako oni koji uopšte proističu iz takvih svojevrsnih parasankcija, tako i oni koji su povezani sa svojevrsnim namirenjem oštećenog³¹, otvara se nekoliko spornih pitanja. Da podsjetimo, shodno članu 272, odlaganje krivičnog gonjenja (diverzija krivičnog postupka) kao vid oportuniteta krivičnog gonjenja primjenjuje se prema osumnjičenom, gdje se u zamjenu za pokretanje postupka može odrediti neka od obaveza iz pomenutog člana. S druge strane, sporazum o priznanju krivice se zaključuje sa okrivljenim, a ne sa osumnjičenim, i njemu se ne oprašta kazna, odnosno krivična sankcija, pa bi onda ispalo da se ugovaranjem ispunjenja obaveza iz čl. 272 u sporazumu o priznanju krivice okrivljeni dvostruko "sankcioniše". Zašto

³⁰ Mr Jasmina Kiurski: Op. cit., str. 172.

³¹ Dr Milan Škulić: Krivično procesno pravo, Podgorica, 2012.g, str. 380.

bi onda okrivljeni imao razloga da prihvati izvršenje neke od alternativnih krivič-nopravnih mjera.

Ako je zakonodavac ovim računao da će se ovim mjerama u sporazumu posti-ći restorativna pravda³² onda se opet može postaviti pitanje u kakvom odnosu stoje ove mjere sa pitanjem imovinsko-pravnog zahtjeva kao obaveznog sadržajnog ele-menta sporazuma o priznanju krivice. Ako se rješenjem imovinskopravnog zahtjeva okrivljenom nadoknadi šteta, ne može se dodatnom mjerom iz člana 272 okrivljeni obavezati na dodatnu istu činidbu.

Kako oštećeni, po logici stvari, nije ni zainteresovan za ispunjenje onih oba-veza iz člana 272 koje se njega lično ne dotiču (na primjer da okrivljeni uplati odre-đeni iznos u korist nekog fonda) i koje se ne mogu dovesti u vezu sa restorativnom pravdom, onda ispada da izvršenje ovih obaveza može da bude korisno za državnog tužioca, odnosno za javni interes. Međutim, u tom slučaju, da bi okrivljeni prihvatio tu obavezu, morao bi da dobije dodatnu beneficiju, možda blaže kažnjavanje i ubla-žavanje kazne.³³

Sporazum o priznanju krivice mora da bude zaključen u pismenom obliku i potpisan od stranaka i branioca, a može se podnijeti najkasnije na prvom ročištu za održavanje glavnog pretresa pred prvostepenim sudom.

Iako ZKP kaže da sporazum “mora da bude potpisan i od branioca” ne znači da je kod zaključivanja sporazuma obavezna odbrana izuzev ako je riječ o slučaje-vima obavezne odbrane. Inače, lično smo mišljenja da bi trebalo u svim slučajevima sporazuma o priznanju krivice predvidjeti obaveznu stručnu odbranu, kao što je to predviđeno u nekim drugim zakonodavstvima (na primjer, u ZKP-u Srbije).

IV. Odlučivanje o sporazumu o priznanju krivice

U procesu zaključivanja sporazuma o priznanju krivice sud nema nikakvog udjela, niti inicijative. Međutim, da bi sporazum proizveo pravno dejstvo, sud mora o njemu dati konačnu riječ, jer o sporazumu odlučuje sud i to predsjednik vijeća iz člana 24 st. 7, ako je sporazum podnesen prije podizanja optužnice, odnosno pred-sjednik vijeća ako je sporazum podnesen nakon podizanja optužnice. Odlučujući o sporazumu, sud može da donese dvije vrste odluka – formalnu (procesnu), kada rješenjem odbacuje sporazum, i meritornu – kada sporazum usvoji ili odbije.

Sporazum se odbacuje ako je isti podnesen po isteku roka iz člana 300 stav 3 i ako na ročište na kojem se odlučuje o sporazumu nije došao uredno pozivani okrivljeni. Zakonik ne reguliše mogućnost traženja odlaganja ovog ročišta od strane okrivljenog ili povraćaj u predašnje stanje, ali pošto je ZKP (čl. 217) predvidio u koj-im situacijama je okrivljenom dato pravo povraćaja u predašnje stanje, onda znači da to pravo okrivljeni ovdje nema.

³² Dr Vojislav Đurđić: Op. cit., str. 93.

³³ Dr Vojislav Đurđić: Op. cit., str. 93.

Sudija na ročištu upoznaje okrivljenog sa svim njegovim pravima, a posebno sa posljedicama koje proističu iz sporazuma, da će na osnovu njega biti donesena osuđujuća presuda koja će svim elementima sporazuma dati pravnu snagu, kao i klauzulu izvršnosti, što podrazumijeva i pravo na prinudno izvršenje i slično.

Da bi usvojio sporazum o priznanju krivice, sud mora naročito da utvrdi:

1) Da je okrivljeni svjesno i dobrovoljno priznao krivično djelo. Ocijeniti da li je okrivljeni svjesno priznao krivično djelo, znači utvrditi njegovu sposobnost da misli i rasuđuje o objektivnom svijetu različitosti činjenica, te o sebi samom i svojim postupcima. Pojednostavljeno rečeno, to znači da je okrivljeni sposoban da shvati djelo koje je izvršio, prije svega u njegovom prirodnom smislu polazeći od radnji – činjenja ili nečinjenja koje prouzrokuju određenu posljedicu, kao i društveni smisao i značaj djela.³⁴

Dobrovoljnost priznanja krivice treba šire tumačiti i ne vezati ga samo za “priznanje krivičnog djela, odnosno krivičnih djela”, nego dobrovoljnost treba da bude izražena i kod svih uslova sporazuma.

Isključenje mogućnosti priznanja krivičnog djela u zabludi znači da nije kod okrivljenog postojala nijedna pogrešna predstava o nekoj od okolnosti koje su opredijelile okrivljenog da prizna krivično djelo, prihvati i potpiše sporazum. Mora se raditi samo o pravnorelevantnim činjenicama i okolnostima o kojima je okrivljeni imao pogrešnu predstavu;

2) Da okrivljeni potpuno razumije posljedice zaključenog sporazuma, a naročito da se odriče prava na suđenje i prava na žalbu protiv odluke suda, donesene na osnovu sporazuma;

3) Sud takođe mora utvrditi da sporazumom nisu povrijeđena prava oštećenog, te da je sporazum u skladu sa interesima pravičnosti, a sankcija odgovara svrsi izricanja krivičnih sankcija.

Bez obzira što sud ne može da ide van okvira sporazuma ni u pogledu dogovorene sankcije i drugih elemenata sporazuma, on ne treba da bude samo “ovjerivač” sporazuma i zato se naglašava da mora da vodi računa i o interesima pravičnosti. Taj interes pravičnosti, s jedne strane, veže se i za oštećenog, jer nije dovoljno da se sporazumom zadovolji njegov imovinski interes (izražen imovinskopravnim zahtjevom), nego i njegov javnopravni interes (interes za kažnjavanjem) i, s druge strane, za načelo pravičnosti izraženo u članu 1 ZKP-a. Bez obzira što sud ne izvodi dokaze, pa ni one od kojih zavisi izbor krivične sankcije, on ne bi trebao da usvoji sporazum ako je i na prvi pogled vidljivo da ugovorena kazna (sankcija) ne odgovara svrsi kažnjavanja.

Sud može odbiti sporazum o priznanju krivice.

Protiv rješenja kojim se sporazum o priznanju krivice usvaja, žalbu može izjaviti oštećeni, a protiv rješenja kojim se sporazum odbija, državni tužilac i okrivljeni.

³⁴ Dr Danilo Nikolić: Sporazum o priznanju krivičnog djela kao instrument državne reakcije na kriminalitet, Zbornik “Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija”, Trebinje, 2013. g., str. 20.

Kad rješenje o usvajanju sporazuma postane pravosnažno, predsjednik vijeća, bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana donosi presudu kojom se optuženi oglašava krivim u skladu sa usvojenim sporazumom. Protiv presude dozvoljena je žalba samo u slučaju kad ona nije u skladu sa sporazumom. Postavlja se pitanje da li se protiv presude donesene na osnovu sporazuma o priznanju krivice mogu koristiti vanredni pravni lijekovi, budući da ZKP pominje samo “odricanje prava na žalbu”. Mislimo da se vanredni pravni lijekovi shodno primjenjuju i na ovu presudu.

Drago Radulovic, Ph.D.
Full professor, of Faculty of Law in Podgorica
University of Montenegro

PLEA AGREEMENT IN THE LIGHT OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF MONTENEGRO

Summary

The article is dedicated to a new institution in our procedural legislation introduced with new Criminal Procedure Code in 2009. The article is divided into four parts. In the first part, the author talks about the concept and feasibility of introducing in our legislation the plea agreement with expectation that this institute will contribute to the effectiveness of criminal proceedings, no matter what experience has shown that this concept was not enough used in practice. Author explaining lack of it practical implementation by the fact that our justice system is reserved to new institutions, especially on the beginning of its implementations. The second section focuses on the legal requirements for the conclusion of agreements of which some are related to crime (severity of the offense), and some of the offender (confession of guilt), and some of the problems affecting the limits of the agreements (catalog of criminal acts) as and those related to the act of recognition. The third part is dedicated to the Agreement, or the issues on which the parties hereby agree: the type and high of penalty and other sanctions, waiving of the right to appeal, costs of the criminal proceedings and property claims. Finally, the fourth section discusses the role and place of the court in the plea bargaining process, because the court ultimately decides on the agreement and gives legal effect. Deciding on the agreement the court may dismiss, deny or adopt. In order to adopt the agreement the court must determine whether the agreement contains all conditions required by the CPC and thereafter without trial in the short term (three days) render a verdict.

Key words: *Criminal Procedure Code, the Plea agreement, Confession, Court, Defense counsel.*

УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Др Војислав Ђурђић*

Апстракт: У овом раду се анализирају превасходно теоријска схватања о утврђивању чињеница у кривичном поступку. Објашњава се дефиниција самих чињеница које даје општа логика, за коју се сматра да је прихватљива и за теорију кривичног процесног права, а затим и процесноправне дефиниције, које се критикују као непотпуне, јер не обухватају остале важне чињенице, осим одлучних. У том контексту, аутор сматра да је за дефиницију чињеничног стања и његово утврђивање корисно узети појам правних чињеница изграђен у општој теорији права. У другом делу, полазећи од оцене да је срж суђења умеће коришћења извора података, даје се претходна дефиниција утврђивања чињеница, односно чињеничног стања, кроз анализу схватања опште теорије сазнања и гледишта процесноправне теорије. У даљем излагању анализирају се схватања о врстама чињеница које се утврђују у кривичном поступку, а затим ко се има сматрати субјектом утврђивања чињеница, јер су то појмови на којима се гради дефиниција утврђивања чињеница. У погледу субјеката, између монистичке и плуралистичке теорије, аутор се приклања првој, сматрајући да су за процесну стварност од значаја само чињенице које у својим одлукама утврди суд. Сучељавајући аргументе два, у доброј мери супротстављена теоријска гледишта, аутор на крају рада изграђује своју дефиницију утврђивања чињеница у кривичном поступку.

Кључне речи: чињенице, правне чињенице, чињенично стање, утврђивање чињеница.

1. О ЧИЊЕНИЦАМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У поступку примене права, па и у кривичном поступку у коме се одлучује о основаности казненог захтева, утврђивање чињеница је обавезна и по садржини изузетно сложена делатност. Будући да се чињенице утврђују, по правилу, помоћу доказа с циљем да се правилно одлучи има ли места праву држа-

* Др Војислав Ђурђић, професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ве на кажњавање у конкретној кривичној ствари, у процесној ликтератури се више излаже о доказима и утврђивању истине, него о чињеницама, које се само узгредно помињу. У таквом логичком приступу, доказивање се јавља као примарна активност суда, а истина као предмет тог доказивања, па је разумљиво што се губи значај самих чињеница. Међутим, у теорији кривичног процесног права постоји и схватање које одређени примат даје чињеницама које се утврђују у кривичном поступку, у односу на доказе којима се чињенице утврђују.¹ Према том гледишту, докази су само средство за утврђивање чињеница, а истина само њихов атрибут, док је у поступку главна активност кривичног суда утврђивање „чињеничног стања“ неопходног за одлучивање. Тако гледано, дескрипција чињеница избија у први план.

За одређивање појма чињеница, теорија кривичног процесног права ослања се на дефиниције наука које се баве општом теоријом сазнања. У општој логици се чињеница дефинише као „мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа.“² Ово енциклопедијско значење чињеница чини се прихватљивим и за теорију кривичног процесног права,³ али се у неким радовима уз појам чињенице који одређује логика додају и дефиниције процесноправне теорије,⁴ док се у неким излагањима о чињеницама о појму чињеница и не расправља.⁵

Као појам чињенице који даје теорија кривичнопроцесног права, наводи се дефиниција: „Све те појаве у стварности, у којима се састоје увјети материјалног кривичног права за примјену кривичне санкције у конкретном случају и увјети процесног права за вођење кривичног поступка и вршење процесних радњи, називамо чињеницама.“⁶ Овој дефиницији се може приговорити да се у кривичном поступку утврђују и чињенице које нису услови ни материјалног ни процесног кривичног права већ служе за доказивање тих услова, а те чињенице нису обухваћене цитираном дефиницијом. Примера ради, скоро да нема поступка у коме се не утврђују чињенице индиције, а оне нису услов примене ни материјалног ни процесног кривичног права, већ служе за утврђивање других, правно релевантних чињеница за које кривични прописи везују примену норми кривичног или кривичнопроцесног закона. Отуда би се цитирано гледиште пре могло сматрати дефиницијом правних чињеница у кривичном поступку, одно-

¹ Ово схватање најпре је изложио Младен Грубиша у монографији: *Чињенично стање у кривичном поступку*, која је објављена 1963. године, а затим и В. Бауер у делу: *Југославенско кривично процесно право, књига II, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку* из 1978. године.

² Богдан Шешивић, *Логика и научна методологија*, Београд 1962, стр. 620.

³ Ч. Стевановић, *Кривично процесно право*, Београд, 1994, стр. 191.

⁴ Д. Радловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 148 и 149.

⁵ С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр. 286 и 287.

⁶ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II*, Zagreb, 1978 (u daljem tekstu V. Bayer, knj. II), стр. 4.

сно правно релевантних (тј. одлучних) чињеница, како се те правне чињенице означавају у кривичнопроцесној теорији.

Не спорећи вредност дефиниција које даје кривичнопроцесна теорија, сматрамо да енциклопедијски значај дефиниције чињенице коју даје логика, оправдава њену примену у свим научним областима, па и у домену права и правне теорије, те је из тог разлога прихватљива и за теорију кривичног процесног права. Поред те дефиниције опште логике, за боље разумевање шта се сматра чињеницама у кривичном поступку, за дефинисање чињеничног стања и класификацију чињеница, треба још користити *појам правних чињеница* које даје општа теорија права. Правним чињеницама се означавају чињенице предвиђене у претпоставкама правних норми, *на основу којих настају, мењају се и престају правни односи* (за разлику од других чињеница).⁷ У судском силогизму, правне чињенице представљају доњи силогистички став (*premissa minor*), која је претпоставка за примену права и прописаних правних последица, што се у области кривичних прописа испољава у форми изрицања кривичне санкције.

2. ПРЕТХОДНА ДЕФИНИЦИЈА УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА

У кривичном поступку се утврђују правне чињенице на основу којих настаје кривичноправни однос између учиниоца кривичног дела и државе, која из тог правног односа црпи своје право на кажњавање, а такође и правне чињенице које непосредно утичу на заснивање, развој и окончање кривичнопроцесног односа. Поред правних чињеница, у кривичном поступку се утврђују и друге чињенице које немају непосредно дејство ни на кривичноправни ни на кривичнопроцесни однос, већ као што је речено, служе за утврђивање правних, тј. правно релевантних чињеница. Утврђивање чињеница у кривичном поступку је сложена делатност, јер су те чињенице најпре везане за догађај из прошлости који треба реконструисати да би суд донео одлуку има ли места примени материјалног кривичног права. Поред тих чињеница које су услов примене материјалног кривичног права и због тога повод кривичном поступку, разуме се, нужно је утврђивање и чињеница које су претпоставка за примену кривичног процесног права (једино се применом норми процесног права могу утврдити услови за примену материјалног кривичног права). Без утврђивања тих чињеница, било да су материјалноправно или процесноправно релевантне, не може бити суђења: правилна примена кривичног материјалног права као циљ кривичног поступка (тј. утврђивање да ли је дело кривично дело, да ли је окривљени учинилац и да ли се према таквом окривљеном по закону могу при-

⁷ Радомир Д. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд, 1995, стр. 183; Д. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2010, стр. 308.

менити кривичне санкције), могућа је једино помоћу утврђивања чињеница.⁸ Сву ту комплексност, а особито његов значај, у расправи о утврђивању чињеница, уверљиво осликава исказана симплификована мисао, да се суђење заправо своди на познавање чињеница.⁹

Из овог реалног значаја извире и значај доктринарног дефинисања појма утврђивања чињеница. Утврђивање чињеница може се посматрати са аспекта опште теорије сазнања или као кривичнопроцесна установа, па су отуда могуће две дефиниције – епистемолошка и процесноправна. На нивоу појмовног одређивања, те две дефиниције не морају бити супротстављене и зато, апстрактно узев, није искључена могућност њиховог обједињавања.

Са епистемолошког становишта, утврдити неку чињеницу значи *уверити се да чињеница постоји или не постоји*. Чињенице се могу сазнати непосредним опажањем на основу сопственог искуства или посредно, логичким закључивањем. Наведена дефинија утврђивања чињеница у хармонији је са теоријом кореспонденције о истини у кривичном поступку.

Има мишљења да зато што наведена епистемолошка дефиниција важи и за све процесне субјекте у кривичном поступку, као што важи за све субјекте спознаје у другим људским делатностима, није потребно посебно разматрати судску спознају чињеница.¹⁰ То би значило да је непотребна процесноправна дефиниција утврђивања чињеница. Међутим, то што на чисто епистемолошком плану нема суштинских разлика у спознаји чињеница у кривичном поступку и изван њега, још не значи да нема потребе да се иста појава посматра и са правног аспекта. Пре свега, чињенице се морају утврђивати у кривичном поступку, не изван њега. То што судија сазна из разговора с другим лицима изван поступка да је неко провалио у туђ стан, ма колико судија био у то уверен, не може се сматрати чињеницом утврђеном у кривичном поступку, а процес таквог начина сазнавања чињеница не може се, процесноправно гледано, поимати као утврђивање чињеница. Чињенично стање и с њим повезане друге важне чињенице, утврђује се, дакле, једино у кривичном поступку. Међутим, ни у кривичном поступку субјект који утврђује чињенице нема неограничено слободу избора извора и начина сазнања. Применом правног метода, утврђивање чињеница у кривичном поступку подлеже извесним ограничењима и забранама, јер исправно утврђивање чињеница важних за поступак (тј. утврђивање истине) није једина сврха процесних правила, већ и заштита слобода и права субјеката поступка.¹¹ Поједина правна правила која служе заштити гаранто-

⁸ Ђ. Stevanović – V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš, 2006, str. 222.

⁹ D. Krapac, *Procesnopravni aspekt problema utvrđivanja činjeničnog stanja u krivičnom postupku*, JRKK, 3-4/1981, str. 527.

¹⁰ Види: D. Krapac, *Utvrđiti činjenice znači uveriti se u njihovo postojanje – vlastitim opažanjem ili dokazivanjem*, *Naša zakonitost*, br. 11-12/1982, str. 107.

¹¹ Бауер сматра да у мноштву прописа о положају субјеката који учествују у поступку утврђивања чињеница једну групу чине прописи којима се настоји осигурати квалитет сазнања чињеница,

ваних слобода и права човека у кривичном поступку и којима се осигурава правичност кривичног поступка, могу бити препрека да се сазнају чињенице важне за поступак, а ако се ипак чињенице сазнају противно правним забранама, сматраће се да правно не постоје и не могу се правно ковалидирати (за неку правно релевантну чињеницу орган поступка може сазнати из исказа окривљеног добијеног употребом силе, али се та чињеница не може сматрати утврђеном иако су за њу сазнали сви учесници поступка). Из реченог следи да поред чисто епистемолошке, постоји и правна страна утврђивања чињеница.

Такво уређење кривичног поступка којим се зарад заштите човека препречава пут сазнања чињеница важних за поступак, а чињенице сазнате из извора и на начин који су правно недопуштени, сматрају да правно не постоје (тј. да нису утврђене иако субјект сазнања може бити уверен да постоје), изискује процесноправну дескрипцију и дефиницију утврђивања чињеница.

Процесноправно гледиште не може бити изван дефиниције утврђивања чињеница које даје општа теорија сазнања. Међутим, шта се има сматрати утврђивањем чињеница са процесноправног становишта, зависи пре свега од схватања које се чињенице утврђују у кривичном поступку и од гледишта који процесни субјект или субјекти утврђују те чињенице. У извесном смислу, дефиниција утврђивања чињеница зависна је и од регулативе и тумачења циља кривичног поступка: ако се поступак уреди тако да утврђивање истине није уопште циљ кривичног поступка (разуме се не једини), онда утврђивање чињеница поприма посве друкчију димензију – садржај и одлике утврђивања чињеница у том случају потребно је посматрати и тумачити саобразно тим другим циљевима кривичног поступка. Разматрању дефиниције, овога пута процесноправне, вратићемо се након објашњења гледишта о њеним конститутивним елементима који је одређују.

Од његовог покретања до коначног пресуђења кривичне ствари, у кривичном поступку се чињенице утврђују с *различитим степеном уверења*, зависно од фазе поступка и предмета одлучивања. У кривичнопроцесној теорији ти степени се означавају изразима „основи сумње“, „основана сумња“, „вероватноћа“ (или довољно основана сумња) и „извесност“ (или истинитост). За покретање кривичног поступка довољно је уверење органа поступка на нивоу основа сумње¹² или основане сумње¹³ о делу и учиниоцу. За подизање оптужбе потребно је да постоји вероватноћа или „оправдана сумња“¹⁴ о делу и учиниоцу. Одлуке којима се кривични поступак окончава пред првостепеном судском инстанцом или у поступку по правним лековима, морају бити засноване на чињеницама које су утврђене са највишим могућим степеном уверења

а другу, прописи којима се заштићују људска права лица у чијим су исказима докази (V. Bayer, knj. II, str. 110).

¹² Види чл. 295 ст. 1 тач. 1 ЗКП Србије.

¹³ Види чл. 275 ст. 1 ЗКП Црне Горе.

¹⁴ Види чл. 331 ст. 1 ЗКП Србије.

(судија мора бити у потпуности уверен да је извесно да одлучне чињенице постоје, да је доказано да постоје). Тај степен уверења потребан је и кад се у поступку одлучује о правима процесних субјеката.

У погледу начина утврђивања чињеница важних за поступак, постоје два гледишта. Према једном гледишту све чињенице се утврђују помоћу доказа,¹⁵ али има и схватања да се чињенице важне за поступак утврђују на два начина: *непосредним опажањем и доказивањем*.¹⁶

3. ВРСТЕ ЧИЊЕНИЦА КОЈЕ СЕ УТВРЂУЈУ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У кривичном поступку утврђују се разноврсне чињенице, јер су кривичне ствари као предмет поступка о коме се одлучује, многобројне, различите сложености и одлика. За објашњење које се све чињенице утврђују у кривичном поступку, као полазна тачка може се узети законска регулатива, да би се сагледало на којим и каквим чињеницама мора да се заснива судска одлука.

Право државе на кажњавање у конкретној кривичној ствари може бити установљено само судском одлуком којом је правилно утврђено има ли места примени материјалног кривичног права. Према слову закона, чињенично стање је погрешно или непотпуно утврђено „кад је суд неку *одлучну* чињеницу погрешно утврдио или је није утврдио“ (чл. 370 ст. 1). Из ове одредбе следи да се норме кривичног материјалног и процесног права непосредно примењују на „*одлучне*“ чињенице. То значи да су одлучне чињенице, у ствари, правне чињенице, које се у теорији кривичног процесног права означавају као *правно релевантне чињенице*. То су правно важне (релевантне) чињенице, зато што су у диспозицији правне норме означене као услов за примену те норме, па се на њих правне норме непосредно примењују и тако стварају правне последице.

У прописима материјалног кривичног права одређено је које су чињенице одлучне за сваки кривични догађај. Те одлучне чињенице односе се на елементе општег појма кривичног дела и основна обележја посебног бића кривичног дела, на опште институте кривичног права (покушај, стицај кривичних дела и сл.), на основе и услове кривичне одговорности (неурачунљивост, умишљај, нехат и др.), на услове за примену врсте и мере кривичне санкције (олакшавајуће и отежавајуће околности, темибилитет и др.), итд. Кад утврди да одлучне чињенице постоје, суд непосредно примењује норме материјалног кривичног права (и по правилу, изриче санкцију учиниоцу кривичног дела), па се зато ове правне чињенице означавају као *материјално правно релевантне чињенице*.

¹⁵ М. Грубиша, *Чињенично стање ...*, стр. 12 и 13.

¹⁶ Види Д. Крапац, *Институције*, стр. 403-406.

За покретање и одвијање кривичног поступка потребно је да се испуне претпоставке прописане нормама кривичног процесног права. То су такође правне чињенице које суд утврђује да би поступак могао да започне и одвија се до коначног пресуђења, а тичу се процесних услова за покретање поступка (нпр. својство оштећеног за супсидијарног тужиоца), критеријума за заснивање надлежности (на пример, место извршења кривичног дела) или за форму процесних радњи итд. По својој природи то су *процесне правно релевантне чињенице*.

Све *материјалне правно релевантне и процесне правно релевантне чињенице*, које се утврђују у кривичном поступку о једној конкретној кривичној ствари, у својој укупности чине *правно релевантно чињенично стање*.¹⁷ На утврђено чињенично стање у сваком конкретном случају, кривични суд примењује правне прописе кривичног материјалног и кривичног процесног права. Због тога се и сматра да је чињенично стање „скуп чињеница на којима се непосредно заснива примјена материјалног или формалног кривичног закона у одређеном кривичном предмету“.¹⁸ Већ смо објаснили да се те чињенице на које се непосредно примењују правне норме, означавају изразом одлучне чињенице. Отуда, уважавајући законску лексику, може се дати исто тако садржински исправна, али далеко краћа дефиниција: *чињенично стање је скуп одлучних чињеница*.

У свакој конкретној кривичној ствари суд на основу проучавања кривичних прописа сазнаје које одлучне чињенице треба да утврди, а на основу околности конкретног случаја закључује које се одлучне чињенице могу сматрати утврђеним без извођења доказа, које се могу утврдити непосредним доказима, а за које одлучне чињенице је потребно утврдити друге важне чињенице на основу којих ће тек бити могуће утврдити да ли постоје преостале одлучне чињенице. Те друге чињенице на основу којих се посредно закључује да ли постоји нека одлучна чињеница, такође су важне, јер се без њих не би могле утврдити неке одлучне чињенице у конкретној кривичној ствари. Међутим, иако су важне, оне нису правно важне, нису правне чињенице, јер се на њих непосредно не примењује правна норма, па их самим тим нема у диспозицији кривичноправних и кривичнопроцесних норми. Те чињенице на основу којих се утврђује постојање одлучних (тј. правно релевантних) чињеница називају се *чињенице-индиције*. Најчешће су извори индиција у материјалним доказима (нпр. предмети извршења, трагови кривичног дела и др.). Индиције имају двојаку природу: оне су најпре *предмет доказивања*, па кад се утврди да постоје, постају *докази* помоћу којих се посредним путем доказује постојање одлучне чињенице. За утврђивање неке одлучне чињенице потребно је више ових посредних доказа, потребан је тзв. *ланац индиција*.

¹⁷ В. Бауер, књ. II, стр. 18.

¹⁸ Младен Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1963, стр. 15.

Понекад је потребно да се провери истинитост исказа неког лица или веродостојност неког другог извора сазнања о одлучним (правно релевантним) чињеницама. На пример, ради провере да ли је сведок са одређеног места могао да јасно види осумњиченог, може се извршити реконструкција кривичног догађаја. Чињенице помоћу којих се утврђује веродостојност доказних средстава називају се *помоћне чињенице*.

Из претходног излагања следи да се у кривичном поступку утврђују три врсте чињеница – одлучне чињенице, чињенице-индиције и помоћне чињенице. Без утврђивања свих ових чињеница није могућа правилна примена материјалног кривичног права на конкретан кривични догађај. Зато се може рећи да *скуп свих важних чињеница* (одлучних, индиција и помоћних чињеница) представља *стање ствари*. То значи да је стање ствари шири појам који инволвира чињенично стање и све остале важне чињенице које се утврђују у кривичном поступку.

Иако је ова трихотомија неспорна, тј. троеоба чињеница које се утврђују у кривичном поступку, у теорији кривичног процесног права, разлике се јављају приликом одређивања које чињенице се узимају у обзир приликом дефинисања појма „утврђивања“ чињеница, односно чињеничног стања.

Једни, посматрајући утврђивање чињеница са становишта теорије сазнања, узимају у обзир све три врсте чињеница и закључују да утврдити неку чињеницу значи уверити се да ли она постоји или не постоји, односно значи спознати њено постојање или непостојање.¹⁹ Други, посматрајући утврђивање чињеница са процесноправне стране, комплексну делатност „утврђивања“ везују само за одлучне (правно релевантне) чињенице и уместо дефиниције „утврђивања чињеница“, дају дефиницију „утврђивања чињеничног стања“: „утврдити чињенично стање у процесноправном смислу значи *установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку*“.²⁰ Из дефиниције је видљиво да се утврђивање чињеничног стања односи само на закључивање суда у одређеним процесним формама о постојању или непостојању одлучних чињеница из прикупљених основа сазнања. Делатности које тој логичкој операцији претходе, па и утврђивање чињеница-индиција, не потпадају под утврђивање чињеничног стања (и индиције се на темељу истог процеса утврђују, али представљају тек *средство* за утврђивање одлучних чињеница). И према овом схватању индиције су чињенице које се такође утврђују у кривичном поступку, али је изостала дефиниција шта се има сматрати под утврђивањем индиција (и других за поступак важних чињеница, тзв. помоћних чињеница). Због ових различитих приступа и појмова који се

¹⁹ В. Бауер, књ. II, стр. 12.

²⁰ Др Младен Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице)*, тко га утврђује у кривичном поступку, *Наша законитост*, бр. 6/1982, стр. 96.

дефинишу, има мишљења у процесној теорији да треба разликовати предмет утврђивања чињеница у ужем смислу, кога чине одлучне чињенице, од предмета утврђивања у ширем смислу, који обухвата све за поступак важне чињенице.²¹

Поводом овог другог гледишта које садржи само дефиницију утврђивања чињеничног стања, које се засебно посматрано чини прихватљивим, може се рећи да и утврђивање индиција, по својој суштини, представља утврђивање чињеница. Отуда се поставља питање има ли и у чему су разлике у утврђивању одлучних чињеница од утврђивања других важних чињеница, кад се дефиниција ових других изоставља. Епистемолошки посматрано не могу се запазити никакве разлике – утврдити било одлучну, било индицију, значи уверити се да она постоји или не постоји. То, само по себи, не значи да није могућа и процесно-правна дефиниција утврђивања осталих важних чињеница, већ се питање своди на то да ли са процесноправног становишта има каквих разлика у утврђивању одлучних од утврђивања других важних чињеница. Ми сматрамо да ни ту нема разлика у суштини утврђивања чињеница, већ у дејству утврђених одлучних од дејства утврђених чињеница-индиција и помоћних чињеница. Стога би из дефиниције утврђивања чињеничног стања требало изоставити одреднице које се тичу дејства утврђених одлучних чињеница, да би се та дефиниција могла распрострајети и на све друге важне чињенице.

Подвођењем утврђивања чињеница индиција под јединствену дефиницију утврђивања чињеница, не прејудуцирају се субјекти утврђивања чињеница нити начин њиховог утврђивања. Независно од схватања на који се начин утврђују чињенице у кривичном поступку (доказивањем или и непосредним опажањем), и без обзира на гледиште ко се сматра субјектом који утврђује чињенице (суд или уз овај орган поступка и странке и други учесници поступка), у суштини процесноправне дефиниције утврђивања чињеница је стицање уверења, из допуштеног извора сазнања и на правно допуштен начин, да нека важна чињеница постоји или не постоји, што се проглашава у судској одлуци. Разлика између утврђивања одлучних и других важних чињеница је у томе што се утврђене одлучне чињенице проглашавају у диспозитиву судске одлуке, на које се надовезује примена кривичноправне или кривичнопроцесне норме, док се утврђене чињенице-индиције и помоћне чињенице проглашавају у образложењу судске одлуке и служе као логички аргумент на коме се темељи уверење да нека, у диспозитиву наведена одлучна чињеница, постоји или не постоји. Изузетно, када се ради о покретању кривичног поступка или обустави истраге, да су утврђене чињенице које представљају услов за покретање кривичног поступка, односно за обуставу истраге, проглашава се у одлуци органа који је за то по закону надлежан, а тај орган не мора бити суд (нпр. у правним системима у којима је установљена јавнотужилачка истрага, покретање и

²¹ Др Драго Радловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 151.

обустава истраге у надлежности је јавног тужиоца, па се утврђене чињенице проглашавају у његовим одлукама).

4. СУБЈЕКТИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У погледу субјеката који утврђују чињенице, може се рећи да постоје два гледишта – монистичко и плуралистичко.

Монистичко схватање засновано је на процесноправној дефиницији утврђивања чињеничног стања: „утврдити чињенично стање у процесно-правном смислу значи *установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку*“.²² Из оваквог поимања утврђивања чињеничног стања, произлази: да се „као утврђено чињенично стање може сматрати *једино оно за које је суд закључио (нашао) да постоји*; у процесно-правном смислу могу се као утврђене сматрати „искључиво оне чињенице *за које је суд у својој одлуци закључио (утврдио) да постоје*“; то даље значи да се утврђене чињенице никако не могу тражити „у резултату доказа, у списима, у тврдњама странака и других учесника у поступку који би били открили постојање неких чињеница, односно дознали за њих“; да форма судске одлуке у којој су утврђене чињенице може бити различита и да долазе у обзир све врсте одлука које суд доноси у кривичном поступку – пресуде, решења и наредбе.²³

Плуралистичка концепција полази од епистемолошког појма утврђивања чињеница у кривичном поступку. Према присталицама овог гледишта, нема суштинске разлике у епистемолошком и правном смислу између судијске спознаје чињеница и спознаје чињеница од стране других процесних субјеката. За све субјекте кривичног поступка мора се „концедирати да појам `утврдити неку чињеницу` значи увјерити се у њезино постојање или непостојање, дакле исто као што то значи и за субјекте спознаје у другим људским дјелатностима“.²⁴ Осим што у савременим кривичним поступцима више није заступљена тзв. теорија о законској оцени доказа, суд се, правно гледано, може уверити у постојање или непостојање чињеница на темељу истих извора сазнања као и други процесни субјекти. Из оваквог поимања утврђивања чињеница проистиче да у кривичном поступку постоји више субјеката који утврђују чињенице: (а) органи који у поступку доносе одлуке морају утврђивати чињенице и тако се

²² Dr Mladen Grubiša, Što znači u procesnopravnom smislu utvrditi činjenično stanje (činjenice), tko ga utvrđuje u krivičnom postupku, Naša zakonitost, br. 6/1982, str. 96.

²³ Ibidem, str. 97.

²⁴ D. Krapac, Utvrditi činjenice znači uveriti se u njihovo postojanje – vlastitim opažanjem ili dokazivanjem, Naša zakonitost, br. 11-12/1982, str. 107.

уверити да су се стекли услови у конкретном случају за доношење одговарајуће одлуке, а то могу бити судски органи различитог састава и други државни органи; (б) органи који сами не доносе одлуке већ предузимају радње које имају за циљ припремање доношења одлука од стране других органа кривичног поступка или с циљем да странкама омогуће остваривање њихових процесних функција; (ц) кривичнопроцесне странке кад желе да државни орган донесе какву одлуку; и (д) вештаци, по правилима своје струке, на основу непосредног опажања и сопственог знања и искуства (по правилу, утврђују чињенице-индиције које постоје у време вођења кривичног поступка и вештачења).²⁵

У вези са изнетим гледиштима, може се рећи да је монистичко учење, посматрано са процесноправног становишта, примереније процесној стварности и стога прихватљивије. Тачно је да у поступку утврђивања чињеница учествује више процесних субјеката, странке, бранилац, вештаци, итд. и напослетку кривични суд. Међутим, власт одлучивања о основаности казног захтева има само суд, па он мора имати и овлашћење да коначно утврди постојање свих правно релевантних чињеница на којима се та одлука заснива. Зато се може рећи да *суд утврђује чињенице* у кривичном поступку. Процесне странке и бранилац му само помажу да стекне уверење о постојању чињеница важних за поступак (предлажу чињенице које треба утврдити и доказе, учествују у извођењу доказа или их сами изводе, претресају изведене доказе и сл.). Њихово уверење да неке чињенице постоје, макар било и вишег степена него судијско, још не значи да су те чињенице утврђене. Потребно је да уверење о постојању чињеница стекне суд, да би биле утврђене и постале чињенична подлога судске одлуке. Уверење странака о правно релевантним чињеницама може некада посредно утицати да се одлучне чињенице сматрају утврђеним, на пример кад закључе споразум о признању кривице, али је и тада уверење суда о одлучним чињеницама пресудно. Само изузетно, чињенице у кривичном поступку може утврђивати други државни орган, али на то мора бити законом овлашћен (нпр. увођењем јавнотужилачке истраге). Међутим, и у том случају чињенице правно релевантне за мериторну одлуку о кривичној ствари утврђује само суд.

Суд утврђује чињенице на *предлог странака или по службеној дужности*. У мешовитом, континенталноевропском типу кривичног поступка начело истине је основно начело кривичног поступка, према коме је суд одговоран за прибирање и извођење доказа и у крајњем за утврђивање истине о кривичном догађају. То значи да је суд у крајњем одговоран за утврђивање чињеница, па је дужан да их утврђује по службеној дужности и кад су странке неактивне. Приликом утврђивања чињеница суд је ограничен кривичним догађајем на који се односи казни захтев, што значи да је *везан оптужним актом, али и извесним забранама* садржаним у нормама кривичног процесног права или правног поретка.

²⁵ Д. Крапас, *Institucije*, str. 396-399.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Срж сваког суђења је утврђивање чињеница, јер без њега нема примене права. Такав значај утврђивања чињеница веродостојно осликава доктринарна мисао да је суђење, заправо, вештина коришћења извора сазнања. И поред тога, мали је број радова у процесној литератури о чињеницама и њиховом утврђивању, а много више литературе о доказима и доказивању који управо служе утврђивању чињеница.

За процесноправно објашњење чињеница темељно полазиште чини дефиниција чињеница коју даје општа логика, док је за теоријско објашњење и изградњу дефиниције чињеничног стања и утврђивања чињеница неопходно ослањање на појам правних чињеница, који даје општа теорија права. Превлађујуће схватање међу српским теоретичарима права је да су правне чињеница предвиђене у претпоставкама правних норми, на основу којих настају, мењају се и престају правни односи.

Утврђивање чињеница у кривичном поступку може се посматрати са становишта опште теорије сазнања и дати епистемолошка дефиниција, али и са процесноправног аспекта са одговарајућом конструкцијом правног појма. На сазнајно-теоријском плану нема спорења и сматра се да утврдити неку за поступак важну чињеницу значи уверити се да постоји или не постоји. Спорења настају око потребе и исправности процесноправне дефиниције утврђивања чињеница, односно чињеничног стања у кривичном поступку. Процесноправна дефиниција утврђивања чињеница везује се за чињенично стање, а присталице епистемолошке дефиниције распростиру њено важење на све важне чињенице – поред одлучних, тј. правно релевантних и на чињенице-индиције и помоћне чињенице.

Разлике у доктринарним гледиштима јављају се и у погледу субјеката који утврђују чињенице у кривичном поступку. Према монистичком учењу, чињенично стање утврђује искључиво суд и могу се сматрати утврђеним само оне чињенице за које суд у својој одлуци нађе да постоје. Плуралистичко гледиште, засновано на спознајно-теоријској дефиницији утврђивања чињеница, узима да чињенице у поступку утврђује шири круг субјеката – суд, странке и вештаци, а да се прокламација утврђених чињеница у судској одлуци не тиче самог процеса спознаје чињеница, иако је његов резултат, него дејства судских одлука. Оживљавање плуралистичке теорије, али на посве друкчијој аргументацији и правнотеоријској и филозофској основи, коинцидира са ововременим реформским захватима у кривични поступак којим се из кривичног поступка протерује тзв. истражна максима и начело утврђивања истине и уводи адверзијални (оптужни) кривични поступак, рецепцијом англоамеричког права.

И процесноправна дефиниција утврђивања чињеница треба да уважава став опште теорије сазнања, према коме, утврдити неку чињеницу значи уверити се да она постоји или не постоји. Поред тога, дефиниција треба да буде свеобухватна и да утврђивање распростре на све за поступак важне чињенице. За разлику од оваквог теоријског приступа, у процесним кодексима се с разлогом потенцира утврђивање чињеничног стања, јер оно у правном силогизму представља доњу премису на којој се темељи примена норме из кривичног прописа, али то не негира потребу да се дефиниција утврђивања осталих чињеница. У процесноправном смислу, утврдити неку за поступак важну чињеницу значи уверити се (установити) да она постоје или не постоји из правно допуштених извора и начина сазнања, и то ауторитативно прогласити у одлуци судског или другог надлежног органа који води кривични поступак. Чињенице се могу установити само у кривичном поступку, не изван њега, у законом прописаној форми, а утврђује их и проглашава само суд, не и други процесни субјекти (у фазама које нису судске природе утврђује их орган коме су стављене у надлежност). Да би се могло сматрати да је утврђена нека, за поступак важна чињеница, она мора бити ауторитивно проглашена у судској одлуци (односно, у одлуци органа који поступак води). Установљене одлучне чињенице проглашавају се у диспозитиву судске одлуке, из кога се види које је чињенично стање утврђено, а остале важне чињенице (чињенице-индиције и помоћне чињенице) наводе се у образложењу судске одлуке.

Vojislav Đurđić, PhD

Full Professor at the Faculty of Law of the University of Niš

ESTABLISHMENT OF FACTS IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

This paper analyzes primarily the theoretical concepts pertaining to fact establishment in criminal procedure. The definition of the fact provided by the general logic is being determined as acceptable for the theory of criminal procedural law. On the other hand, the procedural legal definitions are being criticized as partial, since they do not include the rest of the important facts but the determinative ones. In this context, the author holds that for defining the factual grounds of the case and its establishment it is useful to adopt the notion of legal facts from the general theory of law. In the second part, after determining that the core of the trial is the skill of fact finding, the initial definition of establishment of facts, i.e. factual basis, the author analyzes of the general theory of knowledge, as well as the viewpoints of the procedural legal theory. Further on, the theories of the types of facts determined in the criminal proceedings are being reviewed, and consequently, the subjects of the fact finding are being determined, since these are the notions on which the definition of establishment of facts is built on. Regarding subjects, between monistic and pluralistic theory, the author favors the former, holding that for procedural reality of any importance are only that facts determined by the court decisions. Confronting the arguments of the two generally opposite theoretical views, at the end of the paper, the author constructs his own definition of fact establishment in the criminal procedure.

Keywords: *facts, legal facts, factual basis, establishment of facts.*

НАЧЕЛО ИСТИНЕ И ОСНОВНА ДОКАЗНА ПРАВИЛА У НОВОМ ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Др Милан Шкулић*

Апстракт: У раду се објашњава значај начела истине, како у класичном континентално-европском кривичном праву, тако и у типичним адверзијалним кривичним поступцима, а посебно у САД. Аутор критикује изразиту девалвацију начела истине у новом Законику о кривичном поступку Србије, а у раду се чак објашњава да начело истине данас има већи значај у најтипичнијој англосаксонској кривичној процедури, тј. у кривичном поступку САД, него у Србији, сходно новом Законику о кривичном поступку из 2011. године.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава“ ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе, чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се свакако тежи. Онда када се истина објективно не може утврдити, примењује се начело *in dubio pro reo*. Елиминисање начела истине у кривичном поступку је контрадикторно и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила. Бесмислено је да се у новом Законику о кривичном поступку Србије, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, што у ствари, значи услед заснованости пресуде на неистини, а да при том, суд уопште и нема дужност утврђивања истине, јер је извођење доказа, чиме се ствара потребна подлога за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама.

У раду се критикују и друга концепцијска решења новог Законика о кривичном поступку Србије, а нарочито скоро потпуно адверзијална конструкција главног претреса, која се одликује изразитом доказном неактивношћу суда, те наметањем доказног терета примарно странкама, а што у пракси може бити веома неправично у највећем броју случајева, а нарочито када је окривљени сиромашан и неук, те нема уопште, или нема адекватну стручну одбрану. Аутор

* Др Милан Шкулић редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Удружења правника Србије

закључује да осим што је заснован на веома крупним концепцијским грешкама и промашајима, Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године, садржи и читав низ других битних аномалија, почев од бројних правно-техничких грешака, па до нејасних, веома слабих и са становишта квалитета врло сумњивих нормативних решења.

Кључне речи: кривични поступак, Законик о кривичном поступку, начело истине, упоредно кривично процесно право.

1. Уводна разматрања

Начело истине, нарочито када се схвати као *начело материјалне истине* и неки антипод *начелу формалне истине*, где се у класичном континентално-европском кривичнопроцесном законодавству оно третира као једно од суштинских принципа кривичног поступка којим се он битно разликује од парничног поступка, последњих је година код нас, а у вези са реформом нашег кривичног процесног законодавства,¹ постало једно од “најдискутованијих”, па можда и најспорнијих питања. Уопштено посматрано, код нас се углавном издвајају два схватања – једно које сматра да Србија, као земља која ипак припада кругу континентално-европских држава, треба да остане верна традиционалном начелу истине у кривичном поступку, што подразумева и јаку или бар „јачу“ доказну улогу суда и друго, које инсистира на одступању од класичног начела истине, што је повезано и са идејом да суд мора бити доказно што је могуће пасивнији, а да је извођење доказа „пред судом“ примарно активност странака, утемељена и на правилима о *терету доказивања*, где терет оптужбе треба да сноси овлашћени тужилац, који сходно томе мора сносити и ризик недоказивања, односно неуспеха у доказивању.

Као што ћемо то детаљније објаснити у даљем тексту, сматрамо да начело истине не треба ни у ком случају поистовећивати са некаквом „апсолутном дужношћу“ суда, да увек и у сваком случају утврди неку “праву”, “реалну”, “апсолутно неспорну” и сл., истину, јер то често није ни могуће и вероватно, више представља “божански, него судски прерогатив”. Овде се у ствари, ради само

¹ Реформа нашег кривичног процесног законодавства, без обзира на усвајање новог Законика о кривичном поступку из 2011. године, још увек траје, јер не само да су недавно усвојене веома мале измене тог Законика, већ је извесно да ће тај Законик доживети и друге промене, било веома велике као што је то предвиђено у Нацрту Закона о изменама и допунама ЗКП-а из 2011. године, који је израђен крајем децембра 2012. године, било низ других не превише обимних, али свакако не и малих измена, којима ће бити неопходно да се отклоне бројне правно-техничке грешке у том Законнику, али и одређене правне празнине које постоје у њему. Више о томе: М. Шкулић и Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>

о томе да суд објективно мора да учини све што је могуће да утврди истину у смислу да “увек тежи” истини, али само у границама других процесних правила која иначе по логици ствари донекле лимитирају трагање за истином, као што је то, на пример, начело *in dubio pro reo*, али и друга доказна правила, па и она која се тичу правне неваљаности одређених доказа и сл. У извесном смислу лимитирајуће у односу на утврђивање истине делује и забрана *reformatio in reius*, као и застарелост кривичног гоњења, али и неки други кривичнопроцесни механизми. Све ово, као што се то и иначе износи у теорији, указује да, нити је начело истине некаква “света крава” у кривичном поступку, а утврђивање истине неки “идеал”, који се без изузетка мора постићи, нити оно уопште, представља неко *централно питање* у смислу његове везе са ефикасношћу кривичног поступка, па чак ни његовом брзином, уколико пођемо од тога да ипак нису исто *ефикасност* кривичног поступка и *брзина* којом се он одвија.

Начело истине је веома важно са становишта правичности кривичног поступка и његовог циља који је нужно не само правног, већ и етичког карактера, јер, с једне стране, грађани или бар огромна већина грађана очекује да суд у кривичном поступку утврди истину, а, с друге стране, суд не може или бар, не би требало да има право изрицања кривичних санкција, односно кажњавања (*ius puniendi*), када се ради о осуђујућим пресудама, уколико своју пресуду не само да не заснива на тачном и потпуно утврђеном чињеничном стању, тј. истини, већ када уопште није ни имао дужност утврђивања истине. Из овога се види и потпуна апсурдност постојања могућности за жалбу због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, односно, другим речима, због неутврђивања целовите истине (*непотпуно чињенично стање*) или због утврђивања “неистине” (*погрешно чињенично стање*), онда када у неком кривичном поступку (као што је то, нажалост, сада случај са новим ЗКП-ом Србије из 2011. године), уопште ни не постоји дужност суда да утврђује истину. У нашој теорији се ово објашњава на следећи начин: “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”.²

Начело истине не би требало да се априорно девалвира ни онда када законодавац у циљу постизања веће ефикасности, односно бржег одвијања и окончања кривичног поступка, уводи одређене сумарн(и)је или упрошћен(и)је процесне форме. И тада би начело истине, онда када иначе постоји у конкретной кривичној процедури (као што је код нас још увек случај са ЗКП-ом из 2001. године и као што је то у већини држава континенталне Европе, што није случај са ЗКП-ом Србије из 2011), морало да важи, али то наравно, не искључује могућност да оно одређеним процесним механизмима донекле буде и *додатно лимитирано*, с обзиром да начело истине ни иначе није апсолутног карактера,

² В. Ђурђић, *Природа и процесна структура новог кривичног поступка Србије*, „Правни живот“, број 9, Том I, Београд, 2011, стр. 770.

већ као што је то претходно објашњено, “трпи” и одређена нужна ограничења. Наравно и када се ради о таквим разумним “лимитима”, они су могући само под условом да то није супротно начелу правичног вођења кривичног поступка, а нарочито да се тиме не крше елементарна и суштинска права окривљеног.

2. Начело истине у традиционалном континентално-европском кривичном поступку

Начело истине се сматра традиционалним кривичнопроцесним принципом, који се често помало рутински означава и као врхунско начело кривичног поступка. Међутим, није спорно да истина, ма колико у кривичном поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност која се мора достизати по сваку цену, што значи да је истина свакако циљ кривичног поступка, али циљ до кога се може доћи само применом правних и процесних средстава која су актерима поступка на располагању, те уз поштовање свих гарантованих права субјеката поступка, а пре свега права на одбрану лица против кога се поступак води.³ Обрнуто, када би истина била таква неприкосновена и апсолутна вредност, до које би се по сваку цену морало доћи у кривичном поступку, онда се њено достизање не би ничим ограничавало, односно било би могуће коришћење било којих сврсисходних средстава, што би онда отворило пут тортури, наркоанализи и другим средствима којима не само да се утиче на вољу одређеног лица, пре свега окривљеног, већ су и дубоко нехумана, те се њихова примена своди на деградацију човека. До истине је, дакле, потребно и корисно доћи, али не по сваку цену, већ само уз поштовање како доказних правила, тако и доказних забрана. Из тих разлога је у савременим кривичним процедурама истина важан циљ поступка, али се његово остварење може постићи само и искључиво у нормативним оквирима, који се у националним кривичним поступцима утврђују законом, при чему се и уставноправним нормама штите најважнија права и слободе у кривичном поступку.

Начело истине се у већини савремених националних континентално-европских кривичнопроцесних законодавстава своди на дужност суда да у кривичном поступку истражује и утврђује истину кроз извођење доказа по службеној дужности, на темељу свих чињеница и доказних средстава која су му на располагању и која су од значаја за доношење његове одлуке.⁴ Традиционално је у англосаксонским кривичним поступцима начело истине мање значајно, јер сходно доминантно страначкој природи извођења доказа у таквим адверзијалним типовима кривичне процедуре, судска дужност утврђивања чињеница сведена је на нужни минимум.

³ Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, „Службени гласник“ и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 80–83.

⁴ F. Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, стр. 15.

Начело истине се често назива начелом „материјалне истине“⁵, за шта се понекад истиче да је потпуно неприхватљиво, јер се тако упућује на то да сем те „материјалне“ истине, постоји још и нека друга („нематеријална“ или „идеалистичка“) истина, која би била ван кривичног поступка, а која је можда својствена неком другом поступку или другом домену друштвене делатности, па се тако, истини некада додају и придеви – „стварна“, „права“ и слично, што такође упућује на постојање још неке истине ван кривичног поступка.⁶ У ствари, термин „материјална истина“ није сам по себи погрешан, нити се за њега не могу наћи веома ваљана оправдања, иако га ми иначе не користимо, јер сматрамо да је *истина* као именица, термин и појам, сама по себи довољно јаког и убедљивог значења. Термин „материјална истина“, у ствари, није никакав антипод некој „идеалној“ или „идеалистичкој“ истини, већ представља одређену супротност нечему што се традиционално у теорији кривичног процесног права означава као „формална истина“, а и за употребу тог термина уопште није тешко или непожељно, наћи одговарајућа резонска оправдања. У историјском смислу, израз „материјална истина“ је настао у Немачкој у време напуштања инквизиторског кривичног поступка и законске оцене доказа (формална истина).⁷

Претходно смо већ објашњавали да се истина, мада се њој тежи, не достиже увек и по сваку цену у кривичном поступку, а некада то ни формално, апсолутно није могуће. На пример, кривични поступак је покренут и водио се против одређеног лица, дошло је и до подизања оптужнице и вођења главног претреса, а оптужени је потом, правноснажно ослобођен због недостатка доказа, или из било ког другог разлога, из којег се иначе, доноси ослобађајућа пресуда у кривичном поступку. Потом, лице које је ослобођено може јавно дати изјаву да је, у ствари, учинило кривично дело које је предмет поступка, а то могу потврдити и друга лица, за која у време вођења кривичног поступка није било познато да поседују таква сазнања, па нису ни позивана и саслушавана као сведоци, или се могу појавити други докази врло снажног доказног кредибилитета, али све то због дејства начела *ne bis in idem*, никако не може довести до поновног оптужења и евентуалне осуде, једном правноснажно већ ослобођеног лица. У таквом случају се чињеница да он кривично дело није учинио сматра истином у формалном смислу, односно то је истина утврђена у законито вођеном и окончаном кривичном поступку, мада ту, недвосмислено, постоји и нека „друга“, „права“, или „материјална“ истина. Наравно, само је она истина, која је утврђена у кривичном поступку и садржана у правноснажној одлуци

⁵ Више о томе: С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.H. Beck, München, 1998, стр. 74. Овај аутор у сегменте „истражног начела“ сврстава: принцип инструктивности, начело истраге и принцип материјалне истине.

⁶ Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, „Пословна политика“, Београд, 1985, стр. 11.

⁷ Н. Матовски, Г. Лажетић-Бужаровска и Г. Калајџијев, *Казнено процесно право*, 2. измењено и допуњено издање, „Академик“ Скопље, 2011, стр. 50.

суда релевантна за правни положај лица које је ослобођено у овом примеру и оно не сме трпети никакве штетне правне последице, због постојања околности које врло убедљиво, или чак сасвим поуздано указују да та „формална истина“, или истина до које је у датом тренутку било могуће доћи у кривичном поступку, ипак не одговара стварности. Слични примери би се могли лако истаћи и у погледу неких других кривичноправних института, а пре свега, у односу на застарелост кривичног гоњења, али и правила о забрани *reformatio in peius* приликом коришћења жалбе. Из овога произлази да савремени правни системи демократских држава дају изразиту превагу општем начелу правне сигурности у односу на начело истине у кривичном поступку, што је посебно упадљиво у оним кривичнопроцесним системима (где спада и кривични поступак наше земље), који апсолутно не дозвољавају понављање кривичног поступка на штету окривљеног.

3. Истина у типичном адверзијалном кривичном поступку и пример „испреговораног признања кривице“ у САД

Иако је „колевка“ англосаксонског права Енглеска,⁸ данас се типичним савременим представником тог великог правног система сматрају САД.⁹ Кривично право САД још увек извире из прилично *хетерогених извора*: 1) већина кривичноправних одредби је прописана законима (статутима) држава, као и законима (статутима) који се доносе на савезном нивоу; 2) кривично право је делом садржано у трговинској, санитарној, здравственој, финансијској и пореској регулативи, која се усваја како на савезном, тако и на нивоу држава, односно регулаторних агенција;¹⁰ 3) један део кривичног права извире и непосредно из Устава САД; те 4) кривично право се данас у ретким приликама у неким од држава САД ствара и као *common law*, што је иначе, по узору на такво

⁸ Енглеска је у последње време у највећој мери напустила *common law* као извор кривичног права, тако да се данас далеко највећи број кривичних дела у Енглеској прописује законима (статутима), док Шкотска још увек остаје далеко вернија класичном *common law* систему, што значи да и у тој држави постоје „законска“ кривична дела, тј. кривична дела прописана статутима, али је још увек већи број кривичних дела сврстан у *common law*, а и она кривична дела која су предвиђена статутима тамо су се нашла непосредним преузимањем из *common law* система. Више о томе: F. Lyall, *An Introduction to British law*, “Nomos Verlagsgesellschaft”, Baden-Baden, 2000, стр. 182.

⁹ За разлику од трговинског права, пореског права, грађанског права итд., који се примарно регулишу на савезном нивоу, материјално кривично право је у САД традиционално регулисано законима држава чланица федерације, при чему су кодификације у већини држава оријентисане на решења присутна у Моделу кривичног закона (Model Penal Code). Више о томе: P. Hay, *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2000, стр. 259.

¹⁰ Када је реч о овим актима, ту се углавном ради о прописивању одређених деликата, повезаних са основном материјом коју такви општи (најчешће подзаконски акти), регулишу, слично као што је то случај са тзв. споредним кривичним законодавством код нас, при чему овде посебно треба имати у виду да се у таквим актима у САД углавном не прописују кривична дела као најтежа врста деликата, већ релативно ситнији деликти, који се свде на одређене прекршаје.

право Енглеске, био први и најранији извор кривичног права у САД, а своди се на својеврсно обичајно право, односно обухвата право и инкриминације које својим одлукама стварају саме судије (*judge-made crimes*).¹¹

Када је реч о правилима кривичног поступка, она су веома слична у свим америчким државама и у том су погледу разлике далеко мање, него када се ради о материјалном кривичном праву. Два су суштинска обележја кривичног поступка САД:

- 1) Кривични поступак је конструисан стриктно **адверзијално**, односно страначки, тако да се своди на својеврстан доказни „двобој“, односно процесни „дуел“ странака пред поротом коју сачињавају обични грађани и која одлучује о суштинском питању кривичне процедуре, тј. о томе да ли је доказана кривица, уз при том, веома пасивну улогу суда који је претежно концентрисан на вођење рачуна о поштовању процесних правила од стране странака, те на изрицање конкретне кривичне санкције, уколико порота утврди постојање кривице.
- 2) У кривичном поступку је огроман значај споразума о признању кривице, односно тзв. **испреговараног признања кривице (plea barging)**, тако да се на такав начин окончава далеко највећи број започетих кривичних поступака, иако се формално ради о изузетку у односу на поротно суђење које би морало да буде правило и које је иначе, предвиђено и Уставом САД, у смислу да сваки грађанин који је оптужен да је учинио кривично дело, има право да се о тој оптужби, након правично вођеног кривичног поступка, изјасни порота коју сачињавају други грађани, а без учешћа судија професионалаца у односу на извођење закључка о (не) доказаности оптужбе. Ово представља најтипичнију и основну форму *сумарног кривичног поступка у САД*.

Из ова два претходно објашњена, основна и суштинска обележја кривичног поступка САД, односно повезано са њима, произлазе и неке друге битне карактеристике америчког кривичнопроцесног система, као што су:

- 1) скоро потпуна *неформалност кривичне истраге*, која се не сматра делом кривичне процедуре, нити се спроводи на основу неке посебне одлуке, што значи да се истрага своди на фактичко разјашњавање кривичног дела вршењем свих потребних радњи од стране полиције, а без доношења формалне одлуке (попут „закључка“, „наредбе“, „решења“ и сл.), која би формално означавала започињање истраге, у којој иначе, доминира полиција, уз могућност извесне инструктивне улоге државног тужиоца, што није правило, већ је резервисано само за неке веома специфичне ситуације, које нису претерано честе у пракси;¹²

¹¹ T.J. Gardner and V.Mainan, *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980, стр. 30 и стр. 31.

¹² Америчка полицијска истрага не личи много на нашу садашњу истрагу, нити много подсећа

- 2) *изразита доказна лимитираност кривичне истраге*, што се своди на немогућност да се било који исказ дат у истрази користи у самом формалном кривичном поступку, осим када се ради о исказу који је полицији дао осумњичени и под условом да су стриктно испоштована сва његова права која су елементи права на одбрану од оптужбе да је учинио кривично дело, где је посебно важно да су му пре узимања изјаве официјелно и на јасан начин дате све потребне поуке и обавештења (тзв. Миранда правило).¹³
- 3) *начелна оријентисаност кривичне истраге на материјалне доказе*, што произлази из правила да се материјални докази који су прибављени у истрази, могу користити и на суђењу ако дође до подизања оптужбе, али само под условом да су прибављени на законит начин, при чему се стриктно примењује и позната доказна концепција о искључењу како доказа који су сами по себи правно неваљани, тако и оних који би иначе, као такви, тј. сами по себи, били правно ваљани, али се до њих дошло на правно неваљан начин – „плодови отровног дрвета“ – „the fruits of the poisonous tree doctrine“;
- 4) *веома ограничено постојање и практично функционисање редовних правних лекова - жалба против пресуде је у САД практично изузетак* и у пракси је веома ретка, а може се уложити једино у односу на изразита кршења процесних правила, односно повреде права, али жалбени суд при том није дужан да одлучује о свакој уложеној жалби, већ само ако пре-

на јавно-тужилачку истрагу, како је она конципирана у Законику о кривичном поступку из 2011. године, већ је она по низу елемената најсличнија нашем садашњем *преткривичном поступку*. То вероватно представља и значајан разлог неразумевања неких страних експерата пореклом из САД (*који су између осталог, учествовали и у раду Радне групе за израду Нацрта ЗКП-а из 2010. године*) и држава које имају сличан кривичнопроцесни систем, праве улоге и функције садашње истраге коју врши истражни судија према позитивном ЗКП-у Србије, јер та истрага суштински и нема претерано велики *истраживачки карактер*, већ је нека врста „судског филтера“ у односу на радње које су претходно вршене у преткривичном поступку и доказе прибављене пре формалног покретања кривичног поступка. Преткривични поступак је суштински типичан „истраживачки процесни стадијум“, а како у њему доминира полиција, у односу на коју формално руководећу улогу има јавни тужилац, могло би се закључити да Србија већ дуго има „полицијско-тужилачку истрагу“. Када се у погледу истог кривичног дела, у наредној процесној фази (која је за разлику од преткривичног поступка и формално саставни сегмент конструкције кривичног поступка), покрене истрага, тада се у том процесном стадијуму *de facto* више и не врше, бар не у битнијој мери, неке посебне *истражне функције* у смислу да се нешто ново разјашњава и истражује, већ се фактички само остварује судска контрола претходних полицијских радњи, те доказно оснажују информације које су се у одређеном облику, претходно већ поседовале на темељу резултата самог преткривичног поступка.

¹³ То значи да, када је реч о тзв. личним изворима доказа, односно *исказима као доказима*, а који потичу из истраге, тј. дати су несудским органима (пре свега полицији), као доказ се једино може користити исказ осумњиченог, под условом да су поштована сва уставна правила која се тичу елемената права осумњиченог на одбрану, што се првенствено тиче познатог *Миранда упозорења*.

лиминарно оцени да би повреда права могла постојати и да одлучивање у односу на конкретно питање има значаја и за развој будуће праксе.

- 5) Начелно *недефинисање утврђивања истине као циља кривичне процедуре* – из адверзијалне природе поступка произлази и да се у кривичном поступку суштински утврђује само која је странка успешнија у извођењу доказа у своју корист, а не и који су они заиста постојећи чињенични елементи кривичног дела које је предмет кривичног поступка, из чега и произлази огроман значај признања оптуженог и уопште његовог става у односу на оптужбу и тужилачку верзију догађаја, јер ако сам оптужени валидно призна оптужбу, други се докази неће изводити, исто као што се суд сам неће упуштати у било какво доказивање у односу на чињенице које саме странке не сматрају спорним, без обзира што то некада може бити и дубиозно или чак у неким екстремнијим ситуацијама, може бити и сасвим очигледно да такав “усаглашени став” странака, не одговара ономе што је заиста истинито у конкретном случају.

Ова последња особеност америчке кривичне процедуре, тј. непостојање начела истине у смислу да постоји дужност да се истина официјелно утврђује у кривичном поступку, у смислу да *активно доказно истражује*,¹⁴ је и основни разлог зашто се у кривичном поступку САД *веома форсира једна изразито сумарна форма кривичног поступка*, а то је окончање поступка на темељу постојања признања окривљеног, до чега у највећем броју случајева долази на основу споразума са тужиоцем (тзв. испреговарано признање, страначка “нагодба”, споразум странака и сл. – *plea bargaining*), што представља свакако најизразитију особеност кривичног поступка САД. Ово и представља основ-

¹⁴ Овде треба истаћи да ни у САД није могуће да се на чињеницама за које је сасвим извесно да су неистините, заснива одлука суда, односно одлучивање пороте о (не)постојању кривице, али је то питање крајње релативизовано тиме што суд апсолутно није дужан да сам утврђује истину, односно по својој иницијативи изводи доказе потребне за утврђивање истине, већ је целокупан доказни поступак у основи препуштен странкама, а суд се по правилу, чак и не сме мешати у доказни поступак. Странке, наравно, руковођене својим чисто страначким интересом, по правилу нису претерано заинтересоване за истину у кривичном поступку, већ свака странка тежи да оствари своје основне циљеве – тужилац да докаже оптужбу, а окривљени да се одбрани. С обзиром да одлуку о кривици, тј. о успешности оптужбе да кривицу докаже доноси лаичка порота, основни циљ је да се порота убеди у конкретну „страначку верзију“. Све је дакле, претежно у рукама странака када су у питању докази који се изводе пред поротом као „судом“ који одлучује да ли је окривљени крив, као и професионалним судијом који углавном само води рачуна о томе да ли се поштују процесне формалности, али се сам не меша у доказни поступак, тј. доказе нити изводи, нити наређује њихово извођење и сл. Све ово, између осталог, је и разлог зашто је *признање крунски доказ* у америчком кривичном поступку, тако да је само, скоро „голо“ признање довољно да доведе до окончања кривичног поступка у његовим најранијим фазама, јер се оно по правилу сматра кредибилним када се ради о одраслим душевно здравим лицима, те се не траже неки додатни докази који га поткрепљују, већ је у основи довољно да нема основа за разумну сумњу да се ради о лажном признању, а како суд нема ни дужност нити формалну могућност трагања за истином, веома се ретко у пракси и може појавити таква „разумна сумња“ у истинитост датог признања окривљеног.

ни разлог зашто се различите форме споразума о признању кривице, мада оне постоје сада и у многим класичним континентално-европским кривичним поступцима (као на пример, *Absprache*, односно тзв. Deal у немачком кривичном поступку), слабије “примају” него у САД, у смислу да број кривичних предмета који се решава на такав начин, никада није претерано велик.¹⁵ Све док постоји класично схваћено начело истине у кривичном поступку, или док бар судије осећају одређену “верност традицији” по којој је циљ кривичног поступка истина, признање не може имати тако “капиталан значај”, као што је то случај у неким другим кривичнопроцесним системима, у којима је признање и скоро формално својеврсна “краљица доказа” (*regina probationem*).¹⁶ Дobar је пример и нама суседна Република Српска, односно БиХ,¹⁷ где споразум о признању кривице постоји већ више од деценије, али никада проценти случајева који су решени на такав начин нису ни приближно представљали неки „изузетно импозантан број“ у односу на укупан број кривичних предмета, па чак и ако би се у будућности могао очекивати далеко већи број споразума, они вероватно никада неће бити “ни близу” броју “испреговараних признања” у САД, или на пример, у Канади, где је систем веома сличан ономе који постоји у САД, као данас најтипичнијем представнику чисто адверзијално оријентисаног кривичног поступка.

3.1. Да ли истина сада има већи значај у кривичном поступку САД, него у Србији, сходно новом Законику о кривичном поступку?

Претходно је објашњено да у САД не постоји начело истине на начин на који се оно схвата у класичним континентално-европским кривичним процедурама, али је при том наглашено и да ни у америчком кривичном поступку истина није без значаја, већ је само суд начелно доказно пасиван, те не трага

¹⁵ Додуше, према неким „свежијим“ статистичким подацима, у Немачкој се на темељу нових законских одредби (јер *Deal* је ушао у немачки ЗКП тек у септембру 2009. године, мада је неформално примењиван и више деценија пре тога), применом немачке варијанте споразума о признању кривичног дела, решава око 1/3 случајева, али треба имати на уму да ту спадају углавном не претерано тешка кривична дела, као и деликти који са становишта нашег правног система, спадају у прекршаје. Код нас је мање познато да је слично и у САД, где када се говори о преко 90 % случајева који се решавају страначким споразумом, треба имати у виду да ту спадају сви могући деликти, па и они који су са становишта нашег правног система сасвим „безазлени“ прекршаји, попут, на пример, погрешног паркирања.

¹⁶ Својеврстан је парадокс да је признање било *regina probationem* у некадашњим најкласичнијим инквизиторским кривичним поступцима, који су се, између осталог, одликовали формалном оценом доказа, те могућношћу да се до признања (чак и сасвим рутински), може долазити применом тортуре, а да је данас признање, додуше више фактички, него формално, стекло статус „краљице доказа“ у најтипичнијим адверзијалним кривичним процедурама.

¹⁷ Више о законском решењу у БиХ: Х. Сијерчић-Чолић, *Кривично процесно право*, књига II, Ток редовног кривичног поступка и посебни поступци, треће измијењено и допуњено издање, Правни факултет у Сарајеву, Сарајево, 2012, стр. 73 – 78.

официјелно за истином, већ се искључиво ослања на доказне активности странака.

Међутим, нека доказна правила у САД, дају практично више значаја истини у кривичном поступку, него што је то сада случај у Србији, када је у питању нови Законик о кривичном поступку из 2011. године, што представља својеврсни апсурд, када се има у виду како наша досадашња традиција, тако и чињеница да Србија неспорно припада кругу континентално-европских држава, не само у географском, већ и у историјском, културолошком, па и правном смислу.

Наиме, тачно је да правила кривичног поступка САД (*Federal Rules of Criminal Procedure*), која се понекад погрешно сматрају сличним извором права као што су закон(ици) о кривичном поступку у Европи, не говоре о „истраживању истине“ или „трагању о истини“, али то и није потребно у том извору права, јер у англосаксонским државама постоји посебна правна дисциплина – доказно право (*Law on Evidence*), што представља и посебан извор права, када је реч о нормативном аспекту. У оквиру те области установљавају се правила која се односе на утврђивање истине и доказивање, како у кривичном, тако и у парничном поступку, тј. уопште у релевантним „правним процедурама“, где спада и „материја истине“ у процесном смислу. Тако се већ у другом члану Савезних правила о доказивању (*Federal Rules on Evidence*), спомиње истина, тако што се утврђује да „правила треба тумачити на начин који омогућава да се **сазна истина** и донесе правична одлука.

Правило 1.02 Савезних правила о доказивању у САД, буквално гласи: „Ова правила би требало примењивати тако да се сваким поступком управља поштено (правично), да се отклоне неоправдани трошкови и одуговлачење, као и да се допринесе развоју доказног права, да би се на крају сазнала истина и правично одлучило“.¹⁸

4. Девалвација начела истине у новом Законнику о кривичном поступку Србије

Истина је у новом Законнику о кривичном поступку Србије имплицитно означена као својеврсни непотребни луксуз у кривичном поступку, јер се не само утврђивање истине, већ чак ни тежња ка њој од стране службених актера кривичне процедуре уопште не означава као циљ кривичног поступка.

Новим Закоником о кривичном поступку промовисана је доказна пасивност суда. Доказе би изводиле странке, а улога суда би се свела на контролу

¹⁸ Због важности ове теме, наводимо и оригинални текст на енглеском: *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.*

исправности доказног поступка. Странке су формално равноправне. Дакле, на супрот јавном тужиоцу који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени коме може помагати бранилац. Наравно, ако окривљени има финансијска средства да плати његове услуге, или уколико се ради о случајевима обавезне стручне одбране, када окривљеном који нема браниоца, њега поставља суд. Обавезна одбрана је прописана само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених може, али не мора имати браниоца. Међутим, богате окривљене, попут на пример, оних који се терете да су „нарко-босови“, браниће „адвокатске звезде“. Они ће моћи да имају правне тимове, те ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.

Иначе, у кључној начелној одредби Законика о кривичном поступку из 2011. године, која се тиче извођења доказа и терета доказивања, направљена је озбиљна грешка. Наиме, у члану 15 став 3 утврђено је да **суд изводи доказе на предлог странака**, из чега би произишло да доказе не изводе странке, већ то чини суд, али само по њиховом предлогу, као што је то било слично и у ЗКП-у из 2001. године, односно у нашем претходном традиционалном кривичнопроцесном систему.

Међутим, читавим низом одредби Законика промовисана је изразита доказна пасивност суда, а извођење доказа је не само примарно, већ скоро искључиво поверено странкама, што је у потпуној контрадикторности са одредбом члана 15 став 3. У истом члану Законика, тј. већ у наредном ставу члана 15, наводи се да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или **изузетно сам одредити да се такви докази изведу**, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Дакле, чак се ни у овој одредби *не даје суду могућност да сам изведе доказе*, већ само да изда налог да се докази изведу. Очигледна је интенција да се суд што је више могуће и по сваку цену – *доказно пасивизира*. Ово иако у Законику није сасвим јасно речено, подразумева да би такве доказе морала извести одређена странка, односно лице које потпомаже остваривање страначке функције, попут браниоца када је реч о окривљеном. Одредба члана 15 став 4, је стога, директно и очигледно супротстављена одредби члана 15 став 3 Законика, што ни у ком случају не представља усамљен пример постојања међусобно противречних одредби у новом Законику о кривичном поступку Србије.

Какве су шансе окривљеног који нема браниоца да буде успешан у доказном „двобоју“ са јавним тужиоцем ? И када Бразил игра против Конга, оба фудбалска тима чине по 11 играча. Да ли то значи да су им једнаке шансе за победу? Па у Србији је свега 6,5 % становништва факултетски образовано.

Када знамо да је код нас већ деценијама криминална политика „рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“, зна се и какав је образовни ниво просечног окривљеног. Како ствари стоје, ипак ће

у пракси, односно у једном великом броју случајева, неке странке бити мало равноправније од других.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД, *подразумева пороту*, састављену од обичних грађана, која одлучује ко је победник доказног двобоја.¹⁹ Тек када порота састављена од обичних грађана, оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај.

С друге стране, ни у САД није спорно да квалитет одбране коју реализују браниоци постављени по службеној дужности, често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују“ врхунске адвокатске услуге. Сетимо се случаја О`Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих“ руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника,²⁰ али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом „Шта ако сам убио“, којом фактички признаје кривицу.²¹ Поред тога, поротно суђење у САД је прави изузетак, јер се више од 90 % случајева сумарно решава признањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено“, тј. формално испреговарано између државног тужиоца и одбране.

У континенталној Европи, суд је, по правилу, суверени и неприкосновени „господар“ доказног поступка, без обзира што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом, те у одређеној мери могу учествовати и у извођењу доказа. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор. Слично је и у Аустрији, која је типична и интересантна и по томе, што је, такође, недавно увела систем државно-тужилачке истраге, али наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну

¹⁹ Кривични поступак у САД устројен је као једна врста „доказног страначког двобоја“. Тужилац и окривљени, односно његов бранилац, јер је екстремно ретко да окривљени нема браниоца, сопственим аргументима се „туку“ пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је и правним лаицима познато из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско“ суђење у САД *de facto* прави *изузетак*. Одвија се у мање од 10 % свих случајева. Скоро 90 % случајева се окончава на темељу признања окривљеног, када изостаје поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност и руководећи се споразумом тужиоца и окривљеног, али без формалне обавезе да изрекне казну коју су странке предложили. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би свакако доживео колапс. Више о томе: М. Шкулић, *Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије*, зборник „Казнена реакција у Србији“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 54–125.

²⁰ Z. Erzinclioglu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, “Barnes&Nobles”, New York, 2004, стр. 19.

²¹ Он је чак касније у парничном поступку (што је у САД формално могуће), оглашен кривим за убиство своје бивше супруге и њеног љубавника, те му је изречена пресуда којом се обавезује да плати висок новчани износ накнаде штете блиским рођацима својих жртава.

конструкцију главног претреса, нити је у свом новом Законику о кривичном поступку, елиминисала начело истине.²² Адверзијални кривични поступци (за које се понекад наводи и да су пример својеврсне “американизације” кривичних поступака неких европских држава), сада постоје и у неким континенталним европским државама, као на пример, у Републици Српској и уопште, у нама суседној БиХ, мада тамо и поред тога, постоји начело истине у кривичном поступку.²³ Такав систем постоји и у Италији, али тамо окривљени увек мора имати адвоката, што онда начелно омогућава какву-такву формалну једнакост оптужбе и одбране на главном претресу који је адверзијално устројен, тј. своди се на доказни двобој две странке пред, у доказном смислу, пасивним судом, као својеврсним “посматрачем”, чија је активност током суђења сведена на минимум.

Претварање судија у „стручни жири“ који ће „бодовати“ успешност у доказивању тужиоца и одбране суштински представља потенцијално веома незгодан експеримент. Можда се неке судије томе радују, резонујући по систему „муко моја пређи на другога“. Они сада себе виде као „неутралне посматраче“ страначке утакмице. Али суђење није утакмица, или бар то не би требало да буде. Судије не треба да буду ни гледаоци, нити навијачи.

Истина, сходно новом Законику о кривичном поступку Србије, више није циљ будућег кривичног поступка, већ би у том поступку, као и у свакој класичној грађанској парници, „побеђивала“ странка која је успешнија у доказном „дуелу“. Истина ни иначе није некаква „света крава“ у савременом кривичном поступку. Њој се у типичном европском кривичном поступку тежи, али не по сваку цену. Онда када се истина не може утврдити, доноси се одлука у корист окривљеног. Сада се истини неће чак ни тежити. Суд ће једноставно „вагати“ да ли су вероватнији наводи оптужбе или аргументи одбране, а да ли је права истина на једној или другој страни; „па ко ће га знати“. Свевишњи можда...

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 поступка. 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

²² Више о томе: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 31–34.

²³ Више о томе: З. Жекић и М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2005, стр. 291.

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*.²⁴

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 истражан”), те при том, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење ствари, није везан активностима процесних странака,²⁵ а што се посебно огледа у томе да суд “истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда”.²⁶

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.²⁷

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

²⁴ C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 78.

²⁵ Ово се посебно илуструје карактеристичним примером *немогућности доношења пресуде због изостанка у кривичном поступку*, тј. правилом по којем за разлику од парничног поступка, где недоласак 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.

²⁶ C. Roxin und B. Schünemann, *op. cit.*, стр. 78.

²⁷ *Ibid.*, стр. 79 – 80.

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).²⁸

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. Неуставност кључних одредби новог Законика о кривичном поступку

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 **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.²⁹

²⁸ Више о томе: L. Meyer-Göbner und J. Cierniak, *Strafprozessordnung – Kommentar*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, стр. 958 – 959.

²⁹ Више о неуставности новог Законика о кривичном поступку Србије, али и његовим бројним другим слабостима у: М. Шкулић и Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Друго измењено и допуњено издање ове монографије под насловом: „Нови ЗКП Србије – како је пропала реформа

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 у новом Законику о кривичном поступку.

Наиме, истрага је сада јавно-тужилачка,³⁰ те се покреће наредбом, али без могућности да суд у одређеном функционалном облику (то би у контексту новог ЗКП-а, могао 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 отпочињања 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.³¹ Иначе, у нашој теорији је већ закључено да начин утврђивања тренутка започињања кривичног поступка у новом Законику 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.“³²

и шта да се ради“ је у целини доступно у PDF формату на сајту Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

³⁰ Више о томе: С. Бејатовић, „Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Ревизија за кривично право и криминологију*, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23–39.

³¹ Посебно је упадљиво да се у новом Законику 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“, произлазе 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.

³² В. Ђурђић, *Рedefинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србије из 2010*, *Ревизија за кривично право и криминологију*, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 5–6.

6. Лимитирано начело истине и основна доказна правила

Као што је објашњено у претходном тексту, српски законодавац више не утврђује начело истине на начин на који је то начело до сада постојало у нашем кривичном поступку. Суд више нема дужност да утврђује истину и начелно се чини доказно релативно неактивним, односно таква је очигледно била интенција законодавца, али је питање да ли је то постигнуто на консеквентан начин, те како ће се у пракси суд односити у односу на утврђивање чињеничног стања на којем треба да заснује своју одлуку о предмету кривичног поступка.

Докази се прикупљају и изводе у складу са Законом о кривичном поступку, а *терет доказивања оптужбе је на тужиоцу*. Из овог би произашло да ће сам тужилац изводити доказе у прилог своје оптужбе, те да се у то неће упуштати кривични суд. Међутим, следећа законска одредба ипак омогућава да и суд изводи доказе, али само ако у погледу тога постоји одговарајућа страначка иницијатива.

Суд изводи доказе *на предлог странака*. Питање је да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка, а такође је питање и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини.

Тakoђе није јасно ни да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказ који предложи странка. Чини се да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам којим би се суд “принудио” да поступи у складу са страначком доказном иницијативом. Коначно, доказни предлог странке може бити и априорно сасвим бесмислен или чак немогућ, па није логично да се сматра да суд свакако мора извести сваки доказ који је странка предложила.

Начелно се доказна иницијатива суда ограничава на издавање налога конкретної странци. Суд може *дати налог странци* да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Иако се овде не говори о потреби утврђивања *истине*, свестрано расправљање предмета се своди на утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања, а то је у ствари истинито чињенично стање, наравно уз сва она и иначе, постојећа фактичка и формална ограничења везана за утврђивање истине у кривичном поступку. С друге стране, овде се ради само о “налогу” странци, сам суд се не “овлашћује” да изводи доказе.³³

Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може “принудити” на такав доказни

³³ Више о томе: М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије – нови Законик о кривичном поступку из 2011. године*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 36–37.

предлог. И ако суд нареди извођење одређених доказа, то подразумева да ће доказе извести одређена странка, а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати ако странка то није предложила. Није прописана било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда. Ради се, стога, о поприлично нелогичној и непотпуној норми.

Овакво доказно лимитирање доказне улоге суда ипак није консеквентно спроведено, па тако, на пример, суд има могућност да активно учествује у испитивању сведока на главном претресу, те својим питањима може да се “умеша”, било у основно, било у унакрсно или допунско испитивање сведока, без обзира што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквирима страначких функција, као што су то, бранилац у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца.

Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак тежити да колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила, тежи истини или чак покуша да утврди истину у кривичном поступку, јер се као и раније, и у одредбама новог Законика омогућава подношење жалбе и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, а шта је друго – погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, него неистина, односно неистинито утврђено чињенично стање. Како суд “одговара” за своју пресуду, он је начелно заинтересован да она опстане у евентуалном жалбеном поступку, те ће и због тога, по логици ствари, тежити да се у кривичном поступку утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно да се другим речима казано – утврди истина. Стога ће, ако не формално, онда макар фактички, у нашем кривичном поступку и даље у пракси деловати начело истине, али сада на битно лимитиран начин.

6.1. Доказивање чињеница у поступку

У поступку се докази прикупљају и изводе у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, као и на други законом предвиђен начин. Ради се о чисто декларативној норми, без већег практичног значаја.

Није јасно на који се то други начин, осим у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, докази могу прикупљати и изводити.³⁴ Наиме, није немогуће да се до неког доказа дође ван кривичног поступка, а да то буде сходно неком другом законском пропису, али увек када се такав доказ потом, користи у кривичном поступку, долази до примене доказних правила самог Законика о кривичном поступку. То значи да се у крајњој линији, увек примењују одредбе Законика о кривичном поступку, када се ради о извођењу доказа, јер да

³⁴ Више о томе: М. Шкулић и Г. Илић, *Водич за примену новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године*, „Параграф“, Београд, 2013, стр. 27.

би могли да остваре одређени процесно-правни ефекат у конкретном кривичном поступку, докази у њему и морају бити изведени.

6.2. Предмет доказивања и чињенице које се у кривичном поступку не доказују

Предмет доказивања су чињенице на које је усмерена конкретна доказна радња, односно чињенице до којих се долази извођењем доказа у кривичном поступку, а које имају одређени степен кривичноправне релевантности, како у материјалноправном, тако и у процесноправном смислу.

Предмет доказивања су, према одредбама новог Законика о кривичном поступку Србије, следеће чињенице: 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, 2) чињенице од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона, као и 3) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Законодавац одређене чињенице *искључује од* доказивања. *Ratio legis* ових правила се претежно темељи на разлозима целисходности. Циљ је да се доказивање не усмерава на оно што се практично већ може сматрати доказаним, односно извесним. Извесност постојања одређених чињеница, што се, у ствари, своди на уверење суда да постоји конкретно чињенично стање као неспорно или као “истинито”, може бити резултат њихове реалне *ноторности*, или одређеног *процесног механизма*.

Само се у првом случају, онда када су у питању *опитепознате чињенице*, у далеко највећем броју случајева, скоро без изузетка и по правилу, ради о чињеницама које су по логици ствари, увек и свакако постојеће, тј. таквим се могу сматрати у тако високом степену, да то уопште не захтева било какво доказивање, јер би доказивање таквих чињеница било или сасвим непотребно, или чак на први поглед, потпуно бесмислено. На пример, неће се доказивати да је у Београду ушће Саве у Дунав или да је у подне током летњег периода добра видљивост, осим ако по изузетку баш тог дана није дошло до феномена помрачења сунца и сл.

У другим ситуацијама, када законодавац одређене чињенице *искључује од* доказивања, не ради се уопште о чињеницама које баш у сваком случају, увек и без изузетка, могу да се посматрају као неспорне, односно заиста постојеће. Оне се, у ствари, само у чисто процесном смислу сматрају неспорним и то са становишта оцене суда, а у једном случају је то условљено и консенсуалним ставом странака.

Конечно, код сваке врсте ових чињеница, непотребност њиховог доказивања, односно *искључивање* таквих чињеница од доказивања, заснива се на *ставу суда*, односно његовој оцени. То значи да се конкретне чињенице неће

доказивати, само онда када суд оцени да ће се оне искључити од доказивања. Таква оцена суда је по логици ствари, скоро рутинска и “аутоматска” када се ради о општепознатим чињеницама, наравно под условом да суд реално оцени да је конкретна чињеница заиста ноторног карактера, односно општепозната, слично примеру који је претходно наведен. Када се ради о другим врстама, односно категоријама чињеница које се неће доказивати, што у ствари значи да њихово доказивање у конкретном случају није потребно, ту је суд значајно “слободнији” у оцени, што је нарочито упадљиво када се ради о оцени суда да су конкретне чињенице *у довољној мери расправљене*, а то донекле важи и за оцену суда да признање окривљеног у погледу одређених чињеница може да се сматра веродостојним.

Не доказују се чињенице за које суд оцени: 1) да су општепознате, 2) у довољној мери расправљене, 3) да их окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање, што значи да се ради о признању тих чињеница од стране окривљеног у погледу којег не постоји основана сумња у истинитост признања таквих чињеница, а које је поред тога, потпуно, непротивречно, јасно и није у супротности са другим доказима, као и 4) у погледу којих постоји сагласност странака, а што није у супротности са другим доказима.

Код прве две врсте чињеница које се не доказују, ради се о чињеницама у погледу којих суд непотребност њиховог доказивања, заснива на квалитету, односно особинама самих тих чињеница.

У првом случају чињеница које се не доказују, ради се о општепознатим чињеницама, дакле оним чињеницама које се у датим околностима и према одређеним уобичајеним животним критеријумима, реално могу сматрати сваком познатим и то у тој мери и на такав начин, да ником ни иоле разумном, то не може да буде спорно.

У другом случају се ради о чињеницама које сам суд у процесном смислу третира као неспорне, јер су у довољној мери расправљене. *Questio facti* је кад ће суд сматрати да је одређена чињеница довољно расправљена, а о томе ће се начелно радити, онда када је суд у погледу одређене релевантне чињенице, на темељу претходно изведених доказа, већ стекао чврсто уверење, у тој мери да је било какво ново доказивање непотребно. Код ове друге врсте чињеница, суд начелно има знатно већу слободу у оцени, која се по логици ствари, али и на темељу неких општих доказних начела, заснива на слободној оцени доказа и слободном судијском уверењу.

Код трећег и четвртог случаја чињеница које се не доказују, суд цени валидност одређених процесних ситуација, односно радњи или става странака из којих произлазе одређене чињенице.

У трећем случају се ради о оцени суда да одређена процесно релевантна изјава окривљеног испољава одређени квалитет, а то је да се ради о валидном признању окривљеног.

У четвртом случају је *conditio sine qua non* да постоји сагласност странака у односу на одређене чињенице, што се, у ствари, своди на сагласан став странака да није потребно извођење доказа у односу на одређене чињенице, али је поред тога, неопходно и да суд оцени да то није у супротности са другим доказима. Овде није потребно да постоје други докази који су у сагласности са чињеницама које странке сматрају неспорним, односно које прихватају без даљег доказивања, или докази који поткрепљују такав став странака, односно чињенице у односу на које се странке саглашавају, већ је сасвим довољно да постоје било који други докази у кривичном поступку, који нису у супротности са чињеницама у односу на које постоји сагласност странака.

7. Закључак

Интересантно је да се у нашој теорији и пракси још увек релативно често говори о новом кривичном поступку Републике Србије, као некој врсти „американизације“, што наравно, није тачно. Нова српска кривична процедура је у ствари, једна прилично бизарна мешавина раније постојећих решења, новина за које је тешко наћи прави *ratio legis*, „оригиналних“ теоријских концепција, од којих углавном нема никакве користи, али често има штете, па и неких механизма из англосаксонског права, који су по правилу, веома неконсеквентно примењени. Ово се посебно може уочити, на пример, када је реч о постојању могућности у српском кривичном поступку, које су у САД потпуно незамисливе, а то је да се рутински може користити на главном претресу скоро сваки несудски доказ, изведен од стране јавног тужиоца у истрази, односно ранијим фазама кривичног поступка. Чак и начело истине има, у ствари, већи значај у САД, него у Србији, када је реч о новом кривичном поступку. У САД не постоји начело истине на начин на који се оно схвата у класичним континентално-европским кривичним процедурама, али је при том наглашено и да ни у америчком кривичном поступку истина није без значаја, већ је само суд начелно доказно пасиван, те не трага официјелно за истином, већ се искључиво ослања на доказне активности странака.

Новим Законником о кривичном поступку се у кривичнопроцесни систем Србије уводе неки процесни механизми који су потпуно атипични за највећи број земаља континенталне Европе, што у пракси може имати веома негативне консеквенце, како по уређеност правног система, тако и по права и слободе грађана. Покушај садржан у новом Законнику о кривичном поступку Србије да се у кривичној процедури испоље елементи начела правичног вођења кривичног поступка, а да се истовремено, потпуно елиминише начело истине из нашег кривичног поступка, представља изразито штетан експеримент, који је унапред осуђен на неуспех, али цену таквог експериментисања би могли платити како држава, тако и грађани.

Потпуно адверзијална конструкција главног претреса, односно суђења, није адекватна за наш кривични поступак и она би у пракси могла довести до огромних проблема. У таквом поступку би странке само формално биле равноправне, док би у пракси то било по правилу, веома неповољно по окривљеног, нарочито онда када нема браниоца, а у нашем кривичном поступку је само за релативно ограничени круг кривичних дела, прописана обавезна стручна одбрана.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава“ ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се свакако тежи, а онда када се истина објективно не може утврдити, примењује се начело *in dubio pro geo*. Елиминисање начела истине у кривичном поступку је контрадикторно и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила. Небулозно је да се у новом Законику о кривичном поступку, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, другим речима, услед заснованости пресуде на неистини, а да при том, суд уопште и нема дужност утврђивања истине, а да је извођење доказа, што значи и стварање подлоге за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама. Какве су шансе странке да побија пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, када је она сама, у првом реду процесно одговорна за утврђивање чињеничног стања?

Осим што је заснован на овим основним и веома крупним концепцијским грешкама и промашајима, Законик о кривичном поступку из 2011. године, се одликује и читавим низом других битних аномалија, почев од бројних правно-техничких грешака, па до нејасних и врло сумњивих нормативних решења,³⁵ што све заједно овај текст чини веома лошим, а треба се искрено надати да ће пракса у складу са познатом идејом Енрика Ферија, да сви закони вреде, колико вреде људи који их примењују, наћи начина да ублажи све негативне ефекте бројних лоших законских решења.

³⁵ Неке омашке садржане у новом ЗКП-у Србије неће у пракси довести до посебних проблема, али представљају сјајан и, у ствари, жалостан пример грубог незнања. На пример, одредбом члана 142 став 2 новог ЗКП-а Србије, прописано је да у одлуци о изрицању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе, првостепени суд може по службеној дужности одредити да се узорак за форензичко-генетичку анализу узме од следећих лица: 1) окривљеног - коме је за кривично дело учињено са умишљајем изречена казна затвора преко једне године; 2) окривљеног - који је оглашен кривим за умишљајно кривично дело против полне слободе; те 3) лица коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења.

Када овде као услов наводи да се мора радити о *умишљајном кривичном делу против полне слободе, законодавац прави грубу и скоро невероватну лаичку грешку*, јер су кривична дела против полне слободе по дефиницији *искључиво умишљајна*. На пример, када је реч о најтипичнијем (класичном) кривичном делу против полне слободе, немогуће је замислити силовање које би се извршило из нехата. Више о томе: З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, „Службени гласник“, Београд, 2012, стр. 445.

Dr. Milan Škulić
Professor at the Faculty of Law
University of Belgrade and
the President of the Associations of the Lawyers of Serbia

THE PRINCIPLE OF TRUTH AND BASIC EVIDENTIAL RULES IN THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF SERBIA

Summary

Author analyses the significance of the principle of truth both in classic European continental criminal procedure and in adversatorial i.e. Anglo Saxon criminal procedure. Besides that, in the article are some examples about many technical and essential mistakes and wrong solutions of the new CPC of Serbia and especially explains some very negative examples in the new Code of Criminal Procedure Code of Serbia, connected to the strategically and conceptually problems, as a construction of the main trial and the role of the court, i.e. the judge during the trial.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the new Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a “holly cow” in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle in dubio pro reo has to be applied. It is not more the case in the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized. Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defense counsel provides only for limited number of criminal offences.

Completely elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that the new Code of Criminal Procedure provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgment is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

Author explained too, that the key provisions of the new CPC of Serbia are unconstitutional, while in accordance with the article 32 of the Serbian Constitution, the citizen has a right on the more active court in criminal procedure (the court has a duty to discuss the indictment and it is not the right of the discussion of the parties before the court); and on the another side, the court must decide of the suspicion which is the ground for the initiating the criminal prosecution.

KORIŠĆENJE ELEKTRONSKOG NADZORA I TAJNIH AGENATA ZA PRIKUPLJANJE DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU U SAD

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović*

***Apstrakt:** U radu se razmatraju neka pravila koja vladine agencije u SAD moraju slijediti, kada nastoje prikupiti dokaze protiv osumnjičenog pomoću tajnih sredstava. Četvrti amandman na Ustav SAD primjenjuje se na neke od ovih situacija, kao što se primjenjuje i na opštepoznate radnje dokazivanja – pretres i zapljenu.*

Postoje dva osnovna oblika elektronskog nadzora – prisluškivanje telefonskih razgovora i netelefonskih razgovora. Oba oblika čine osnov Četvrtog amandmana na Ustav SAD.

Ukoliko u razgovoru oba učesnika imaju razumno očekivanje povjerljivosti, zahtjevi za osnovanom sumnjom i nalog za pretres moraju postojati prije nego što vlada bude mogla prisluškivati telefonske i netelefonske razgovore. S druge strane, razgovori sa tajnim agentom mogu biti korišćeni pred sudom, iako nije postojala osnovana sumnja ili nalog za pretres. Međutim, osumnjičeni može tvrditi da ga je tajni agent „naveo na krivično djelo“. To može biti valjana odbrana, ali samo ako je tajni agent podstrekao osumnjičenog da učini krivično djelo čijem izvršenju osumnjičeni drukčije ne bi pristupio.

Upotreba tajnih agenata ili informatora (doušnika), za kojeg osumnjičeni ne zna da radi za vladu, ne predstavlja problem u kontekstu Četvrtog amandmana. Dok god je osumnjičeni svjestan da je to lice prisutno, to ne predstavlja „pretres“, iako osumnjičeni ne zna da je to lice policijski agent.

***Ključne riječi:** Vrhovni sud SAD, Ustav SAD, prikriveni operativac, tajni agent, prisluškivanje, tajno snimanje.*

1. Uvod

Postoje dvije glavne tehnike elektronskog nadzora, često korišćene od strane vladinih agencija za provođenje zakona¹, na koje Četvrti amandman na Ustav

^{*} **Академик проф. др Миодраг Н. Симовић**, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и потпредседник Уставног суда Босне и Херцеговине, дописни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине и инострани члан Руске академије природних наука.

SAD stavlja stroge granice. Te tehnike su: prisluškivanje, tajno snimanje telefonskih razgovora² i prisluškivanje netelefonskih razgovora (prisluškivanje postavljanjem elektronskih naprava³).

Kod prisluškivanja telefona⁴, lice koja sluša (vlada) postavlja elektronsku opremu na telefonske žice i koristi tu opremu da sluša telefonske razgovore. Kod prisluškivanja postavljanjem elektronskih naprava⁵, onaj koji sluša postavlja mikrofon u ili blizu mjesta gdje će se razgovor obaviti i koristi tu opremu da direktno sluša razgovor.

I tajno snimanje telefonskih i netelefonskih razgovora podliježe standardima Četvrtog amandmana i mora zadovoljiti zahtjev osnovane sumnje (*probable cause*) i sudskog naloga (*warrant*). Čuveni slučaj *Katz v. United States*,⁶ prvi u kojem je Vrhovni sud SAD⁷ artikulisao „pravično očekivanje privatnosti“, testa za određivanje kada se Četvrti amandman primjenjuje - bio je zapravo slučaj tajnog snimanja telefonskih razgovora.

Upotreba tajnog snimanja telefonskih razgovora i prisluškivanja postavljanjem elektronskih naprava od strane vlade precizno je regulisana saveznim zakonom⁸ [Opšti zakon o suzbijanju kriminaliteta i Zakon o bezbjednosti na ulicama (the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act⁹)¹⁰ iz 1968. godine¹¹].¹² Ni savezni ni državni vladini službenici ne smiju sprovesti elektronski nadzor bez praćenja stroge procedure iz Trećeg poglavlja ovog zakona.

Prvi slučaj preslušivanja telefonskog razgovora koji je dospio pred Vrhovni sud, bio je *Olmstead v. United States*,¹³ u kojem većina sudija¹⁴ smatrala da poruke preko telefonskih žica nisu bile u granicama zaštite Četvrtog amandmana protiv neosnovanog pretresa i zapljene. U ovom slučaju Vrhovni sud je smatrao da prislušivač (uređaj za prisluškivanje) postavljen na telefonske žice van kuće osumnjičenog - nije uspio da ugrozi područje zaštićeno Četvrtim amandmanom.¹⁵ U obrazloženju

¹ U daljnjem tekstu: vlada.

² Eng. wiretapping.

³ Eng. bugging.

⁴ Eng. wiretap.

⁵ Poznatom kao „electronic eavesdropping“.

⁶ 389 U.S. 347 (1967).

⁷ U daljnjem tekstu: Vrhovni sud.

⁸ Postavljeno 13. jula 2013. godine sa Web sajta: www.fcc.gov/Bureaus/OSEC/library/legislaive_histories/1615.pdf.

⁹ Pub.L. 90-351, 82 Stat. 197, enacted June 19, 1968, codified at 42 U.S.C. § 3711.

¹⁰ U daljnjem tekstu: Zakon.

¹¹ Ovaj zakon važi od 20. januara 1987. godine.

¹² Vidjeti takođe Anti-Drug Abuse Act; Organized Crime Control Act of 1970; Sentencing Reform Act; Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994.

¹³ 277 U.S. 438 (1928).

¹⁴ Glasanje pet prema četiri.

¹⁵ Sudija Vrhovnog suda Louis Brandeis, koji se nije složio sa odlukom u *Olmsteadu*, upozorio je

svoje presude Vrhovni sud je najprije istakao da se Četvrti amandman primjenjuje na „mjesta“ i „stvari“. Pošto je prislušivačem uhvaćen samo „neopipljiv“ razgovor, nije prekršen Četvrti amandman. Nadalje, Četvrti amandman može biti prekršen samo fizičkom povredom nečije svojine. Pošto je prislušivač u slučaju *Olmstead* bio postavljen na žicama van prostorija osumnjičenog, nije moglo doći do povrede Četvrtog amandmana, čak i ako su razgovori mogli biti nekad zaštićeni ovim amandmanom.¹⁶

Značaj fizičke povrede u slučaju *Olmstead* je proširen na upotrebu opreme za elektronsko prislušivanje, nepovezanu sa telefonskim sistemom. U slučaju *Goldman v. United States*¹⁷ Vrhovni sud je smatrao da mikrofon smješten u zidu privatnog ureda nije fizička povreda i da tu nema kršenja Četvrtog amandmana. Međutim, 1961. godine, Vrhovni sud je smatrao da elektronski nadzor obavljen kroz fizičku povredu predstavlja kršenje Četvrtog amandmana, bez obzira na činjenicu da su bili povrijeđeni „neopipljivi“ razgovori, a ne „mjesta“ ili „stvari“. U slučaju *Silverman v. United States*¹⁸ Vrhovni sud je jednoglasno odlučio da slušanje razgovora preko „spike mike“¹⁹, postavljenog u kuću, predstavlja nezakonit pretres i zapljenu.²⁰

U slučaju *Katz v. United States* Vrhovni sud je (sa sedam glasova za i jedan glas protiv) odbio *Olmstead* i *Goldman* slučaj i smatrao da nedozvoljeno elektronsko prislušivanje predstavlja nezakonit pretres i zapljenu, iako uključuje samo „neopipljive“ razgovore i nije došlo do fizičke povrede na svojini okrivljenog. U ovom predmetu okrivljeni je osuđen za nezakonito prenošenje informacija preko telefona od Los Angelesa do Majamija i Bostona. Prihvaćen dokaz u suđenju su bili snimci njegovih razgovora napravljeni pomoću uređaja pričvršćenog van telefonske govornice od strane FBI²¹ agenata. Nije bilo stvarnog fizičkog upada u govornicu.²²

Katz ne govori o pitanju ustavnosti nadziranja razgovora učesnika, tj. prislušivanja telefonskog razgovora ili prislušivanja razgovora uz pristanak jedne stran-

na veliku prijetnju privatnosti prislušivanjem telefonskih razgovora i prigovorio protiv „nepropisne doslovne konstrukcije“ Četvrtog amandmana. Brandeis zaključuje da „pravo biti ostavljen na miru“ je najiscrpnije pravo i najviše cijenjeno od civilizovanog čovjeka. Sudija Oliver Holmes je dodao da je prislušivanje telefonskih razgovora, u kršenju državnog prava, bio „prljav posao“, tvrdeći da je „manje zlo da neki zločinci pobjegnu nego da vlada igra sramotnu ulogu“.

¹⁶ Oba ova razloga su odbijena kasnije, u slučaju *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967).

¹⁷ 316 U.S. 129 (1942).

¹⁸ 365 U.S. 505 (1961).

¹⁹ Kontakt mikrofon za slušanje kroz zid. Mikrofon *mike* je uređaj za registrovanje glasovnih zvukova putem električne energije. Postavljeno 14. jula 2013. godine sa Web sajta: www.thefreedictionary.com/spike+mike.

²⁰ Sudija William Douglas je podržao slučaj *Silverman*, smatrajući da „dubina zadiranja elektronskog uređaja...nije mjera povrede. Naš interes ne treba biti u beznačajnostima povrede lokalnog prava.“

²¹ The Federal Bureau of Investigation.

²² U izdvojenom mišljenju sudije Pottera Stewarta istaknuto je da pitanje nije da li je telefonska govornica „ustavom zaštićeno područje“, jer Četvrti amandman „štiti ljude, a ne mjesta.“ Ustavna zaštita mora biti prilagođena licu koje se opravdano oslanja na privatnost određenog mjesta, bila to kuća, kancelarija, automobil ili telefonska govornica.

ke. Najniži sudovi smatraju da ovo neoglašavanje jasno dokazuje da su te procedure dopuštene.²³

U vezi sa saveznim krivičnim djelima, član 2516 Zakona odobrava glavnom tužiocu ili posebno određenom pomoćniku glavnog tužioca da predloži prema bilo kojem federalnom sudiji da izda nalog FBI-u ili drugoj odgovarajućoj saveznoj agenciji da prisluškuju „telefonske ili govorne komunikacije“ – da bi sakupili dokaze određenih nabrojanih saveznih krivičnih djela. Pozivanje na „telefonske ili govorne komunikacije“ čini jasnim da se Zakon odnosi na prisluškivanje telefonskih razgovora i elektronsko prisluškivanje netelefonskih razgovora.

U listu krivičnih djela pokrivenih Zakonom uključena su i djela povezana sa sindikatima, javnim funkcionerima, špijunažom ili izdajom, falsifikovanjem, prevare stečajem²⁴, drogama ili kockanjem.²⁵ Treće poglavlje ovog zakona takođe dozvoljava elektronski nadzor u kontekstu izvršenja nekih državnih propisa, i to tako da dozvoljava državnom tužiocu da traži sudsko odobrenje za nadzor kada se trebaju prikupiti dokazi za određena pobrojana krivična djela. Takvo odobrenje se dozvoljava samo u državama koje su prilagodile svoje zakonodavstvo.²⁶

Propisi Trećeg poglavlja za omogućavanje nadzora na državnom nivou su iznenađujuće malo korišćeni. Uz to, ni savezni organi nisu često vršili široku primjenu ovog poglavlja.²⁷ Takođe, prijavljene brojke pokazuju da je manje od jedne trećine prisluškivanja dovelo do osude, što može navesti na zaključak da nadzor nije efektivna antikriminalna mjera što predstavlja uzrok za njegovu malu upotrebu.

Uz to, Treće poglavlje Zakona je i kritikovano po mnogim osnovima. U nedostatke Zakona se ubrajaju i sljedeći: 1) dozvoljava da se nadzor nastavi gotovo neograničeno vrijeme, 24 sata na dan;²⁸ 2) nadzor se može koristiti kod lakših krivičnih djela, 3) nadzor uključuje mnoge bezazlene razgovore i zahtjevi Zakona da nadzor treba biti sproveden tako da „minimizira“ prisluškivanje bezazlenih razgovora su se pokazali skoro bezvrijedni, i 4) sudije od kojih se traži nalog rijetko primijenjuju bilo kakvu smislenu kontrolu.²⁹

²³ Kada je sud u *Katz v. United States* odbio pristup „ustavno zaštićenog područja“ u korist opravdanog očekivanja privatnosti, stalna vitalnost slučajeva *Lee* i *Lopez* bila je narušena. Tada je došao slučaj *United States v. White*, o čemu ćemo govoriti kasnije.

²⁴ Eng. bankruptcy fraud.

²⁵ Zahtjev da pomoćnik glavnog tužioca mora biti posebno određen da se obrati za nalog za nadzor je striktno tumačen od strane Vrhovnog suda u slučaju *United States v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974).

²⁶ Do 2001. godine 28 američkih država nije bilo prilagodilo svoje zakonodavstvo za odobrenje nadzora, što su morali učiniti da bi njihovi službenici za provođenje zakona mogli koristiti Treće poglavlje Zakona.

²⁷ Većina upotreba na saveznom nivou su u slučajevima kockanja i droge.

²⁸ Često su davana produženja upotrebe na 30 dana maksimalnog trajanja.

²⁹ Emanuel (2001), 182.

2. Sadržina nadzora

Treće poglavlje Zakona zabranjuje bilo kakvo „presretanje“ razgovora, izuzev u navedenom slučaju. Ovo poglavlje definiše „presretanje“ kao korišćenje bilo koje elektronske, mehaničke ili neke druge naprave da se sluša ili usvaja nekim drugim putem sadržaj razgovora koji se prenose telefonskom, elektronskom ili govornom komunikacijom. Da bi se tačno odredio raspon ove definicije, mora se odgovoriti na tri pitanja: (1) koji razgovori su zaštićeni, tj. šta je uključeno u kategorije telefonske, elektronske komunikacije i govorne komunikacije? (2) koja sredstva presretanja su obuhvaćena, tj. šta znači „bilo koja elektronska, mehanička ili neka druga naprava“? (3) koja vrsta aktivnosti je obuhvaćena, tj. šta predstavlja „sadržaj“ komunikacije i „slušanje ili usvajanje nekim drugim putem“?

Član 2510 stav 1 Zakona definiše telefonsku komunikaciju kao bilo koji zvučni prenos proizveden u cjelini ili djelimično u ustanovama za prenos komunikacije posredstvom žice, kabla ili neke druge veze između mjesta porijekla i mjesta recepcije (uključujući i upotrebu takve veze u prijemnoj stanici) kojom upravlja neko lice uključeno u snabdijevanje ili upravljanje takvim ustanovama za prenos unutardržavne ili međudržavne komunikacije ili komunikacije koja utiče na unutardržavni ili vanjski saobraćaj i takav termin uključuje bilo kakvo elektronsko skladište za takvu komunikaciju. Ova proširena definicija postavlja nekoliko preduslova koji zajedno klasifikuju presretnutu komunikaciju kao „telefonsku komunikaciju“.

Pošto je telefonska komunikacija ograničena na zvučni prenos, koji je definisan u članu 2510 stav 8 Zakona kao „prenos koji sadrži ljudski glas“, komunikacija preko žice koja prenosi samo štampane ili elektronske izjave nije zaštićena ovom odredbom (iako vjerovatno spada u „elektronske komunikacije“). Prenos treba da sadrži ljudski glas, uključujući mjesto porijekla i mjesto recepcije i takva komunikacija ostaje telefonska komunikacija iako je glasovni signal pretvoren u digitalni oblik u toku prenosa.³⁰

Zvučni prenos je telefonska komunikacija samo ukoliko se prenosi preko ili bar djelimično preko „žice, kabla ili druge slične veze između mjesta nastanka i mjesta recepcije, uključujući upotrebu te veze i u prijemnoj stanici“. Takva formulacija označava „telefonsku komunikaciju“ koja je više od uobičajene „kopnene linije“ i obuhvata telefonski prenos preko optičkog kabla i mobilnog telefona. Referenca na povezanost „prijemne stanice“ daje jasno do znanja da je mobilni prenos uključen, čak i ako je između dva mobilna telefona.

Pošto zvučni prenos treba biti samo „djelimično“ obavljen preko „žice, kabla ili slične veze“, prenos ljudskog glasa ne gubi svoju karakterističnost telefonske komunikacije samo zbog toga što su i druga sredstva korišćena za njegov prenos od

³⁰ LaFave, et al (2000), 270.

mjesta nastanka do mjesta prijema. To je situacija u kojoj mobilna tehnologija koristi radio signale u početnoj fazi prenosa, a djelimično mikrovalove.

Član 2510 stav 1 Zakona posebno uključuje u definiciju i „elektronsko skladište“ zvučnog prenosa nastalog u cjelini ili djelimično u žici, kablu ili sličnoj vezi. Treće poglavlje se odnosi samo na „presretanje“ zvučnog prenosa, koji nastaje dok se glasovni prenos stvara i skladišti.

Zakon obuhvata sve ustanove koje upravljaju prenosom komunikacija i „utiču na međunarodni i inostrani saobraćaj“. Ovdje spada i privatni sistem telefona koji je osnovala kompanija čije aktivnosti utiču na međunarodni saobraćaj. Po toj klasifikaciji može biti zaštićen i radio prenos.

2.1. Elektronska komunikacija

Kategorija „elektronska komunikacija“, koja je uvrščena u Zakon novelom iz 1986. godine, nije u istom nivou sa telefonskom i govornom komunikacijom. Iako je neovlašćeno presretanje zaštićene elektronske komunikacije zabranjeno, zahtjevi za nadzor nisu tako strogi i kršenje ove zabrane nije osnov za odbacivanje dokaza dobijenih tim putem. Član 2510 stav 2 Zakona definiše ovu novu kategoriju zaštićene komunikacije tako da elektronska komunikacija podrazumijeva bilo koju vrstu prenosa znakova, signala, teksta, slika, zvuka, informacija ili nekih drugih obavještenja prenošenih u cjelini ili djelimično putem žice, radija, elektromagnetskog, fotoelektronskog ili fotooptičkog sistema koji utiče na unutardržavni ili inostrani saobraćaj, ali ne uključuje: (a) bilo kakvu telefonsku ili govornu komunikaciju; (b) bilo kakvu komunikaciju preko uređaja koja snima samo zvuk; (c) bilo kakvu komunikaciju koja je snimljena uređajem za praćenje; (d) elektronska sredstva prenosa informacija koja su smještena kod finansijskih ustanova u komunikacionom sistemu za elektronsko uskladištavanje i prenos podataka. Glavni dio ove definicije je tako širok da bi mogao potpuno obuhvatiti svu telefonsku komunikaciju i uključiti i određena presretanja govorne komunikacije, ali ovakvo moguće preklapanje je eliminisano izuzetkom (a), koji isključuje bilo koju „telefonsku ili govornu komunikaciju“. Na taj način, elektronska komunikacija predstavlja prenos koji odgovara uopštenom opisu iz člana 2510 stav 12 Zakona, ali takođe ne odgovara definiciji telefonske i govorne komunikacije.

Kritička različitost između telefonske i elektronske komunikacije jeste ta što je telefonska ograničena na zvučne prenose preko elektronskih sredstava (u cjelini ili djelimično preko žice, kabla ili druge veze). Kada se komunikacija prenosi tim posebnim sredstvima, odnosiće se na telefonsku komunikaciju sve dok obuhvata ljudski glas, ali će postati elektronska komunikacija ako to nije zvučni prenos. Na taj način, elektronska pošta spada u kategoriju elektronske komunikacije. U slučaju da tehnologija za prenos ne ispunjava zahtjeve telefonske komunikacije, prenešena komunikacija će biti elektronska, čak i ako ne sadrži ljudski glas.

2.2. Govorna komunikacija.

Komunikaciju u ovom slučaju predstavljaju zvučni talasi, što je različito od elektronskog medija, a u praksi znači da se govornik nalazi na normalnom govornom rastojanju. Kritični element u definiciji člana 2510 stav 2 Zakona je njegova ograničenost samo na lica koje pretpostavljaju da se njihovi razgovori ne presreću. Ova ograničenost je postavljena tako da reflektuje postojeći zakon koji slijedi i standard Četvrtog amandmana „razumnog očekivanja privatnosti“, kao što je postavljeno u slučaju *Katz v. United States*.

2.3. „Elektronski, mehanički i drugi uređaji“

Član 2510 stav 5 Zakona definiše uređaje kao „svaki uređaj ili aparat koji može biti korišćen u svrhu presretanja žičane, govorne ili elektronske komunikacije“, osim dvije grupe izuzetaka. Prva izuzeta grupa je svaki telefonski ili telegrafski instrument, oprema ili postrojenje ili bilo koja komponenta (i) napravljena za pretplatnika ili korisnika usluga provajdera žičanog ili elektronskog komunikacijskog servisa u svakodnevnom obavljanju svog posla i koja je korišćena od strane pretplatnika ili korisnika u svakodnevne svrhe njihovog poslovanja ili proizvedena od pretplatnika ili korisnika za konekciju sa postrojenjima sa takvom svrhom i korišćena u svakodnevne svrhe njihovog poslovanje ili (ii) koja se koristi od nosioca komunikacijskog servisa u uobičajene svrhe obavljanja njegovog poslovanja ili istrage ili izvršavanja zakona u svakodnevne svrhe prilikom obavljanja njegovih dužnosti. Druga izuzeta grupa odnosi se na uređaje za pomoć pri slušanju ili sličnog uređaja koji se koristi za ispravljanje poremećaja sluha ne bolje od normalnog nivoa.

Obično, glavna forma presretanja bez korišćenja „uređaja ili aparata“ je prislušivanje golim uhom. Naravno, razgovor koji se može čuti golim uhom obično ne podliježe zaštiti „govorne komunikacije“ po članu 2510 stav 2 Zakona, zato što tu ne bi bilo opravdanog očekivanja da komunikacija neće biti presretnuta.

2.4. Sadržaj

Presretanje se odnosi samo na „sadržaj“ žičane, govorne ili elektronske komunikacije, definisane članom 2510 stav 8 Zakona, „obuhvatajući bilo koju informaciju koja se odnosi na supstancu, predmet ili značenje komunikacije“. U *United States New York Telephone Co.*³¹ Vrhovni sud je odlučio da „jezik zakona i njegova legi-

³¹ 434 U.S. 159, 98 S.Ct. 364, 54 L.Ed.2d 376 (1977).

slativna istorija uspostavlja bez pogovora ono što registruje *pen register*³², uređaj koji ne snima telefonske razgovore, tj. samo uspostavlja popis brojeva pozvanih sa nekog telefona, kao i vrijeme poziva i ne odnosi se na Treće poglavlje. Vrhovni sud smatra da *pen register* ne „presreće“ telefonske razgovore, jer ne zapisuje „sadržaj“ komunikacije, koji je definisan članom 2510 stav 8. Doista, predstavnik zakona nije bio u mogućnosti da sazna kroz zapise *pen registra* da li je komunikacija uopšte postojala. Ovi uređaji ne registruju zvuk i time ne obavljaju zadatak „zvučne akvizicije“. Oni samo dekodiraju izlazne brojeve, reagujući na promjene u električnom naponu izazvane okretanjem telefonskog brojčanika (ili pritiskanjem dugmadi na telefonima sa tastaturom) i prezentuju tu informaciju u formi koja je namijenjena interpretaciji posmatranjem, prije nego slušanjem.

3. Aktivnosti telefonskih kompanija

Kroz ograničenja koja proističu iz značenja „presretanja“, u kontekstu Trećeg poglavlja, jasno je da određene aktivnost koje sprovode telefonske kompanije nisu „pokrivene Zakonom“. To uključuje pravljenje i zadržavanje lista potraživanja, korišćenje uređaja za listinge poziva ili drugih uređaja za praćenje poziva u slučaju provjere postojanja uznemirujućih i ostalih zloupotreba telefonskog priključka, kao i korišćenje diodne zamke koja onemogućava prekid poziva. Ponekad istrage telefonskih kompanija prevazilaze ove okvire. Posebno u slučaju gdje kompanija istražuje zloupotrebu telefonskih linija korišćenjem tzv. plave kutije ili druge opreme koja omogućava besplatne pozive, snima i analizira identitete pozivaoca, kao i određuje količinu zloupotrebe. Takva aktivnost spada u definiciju onoga što u Zakonu predstavlja presretanje.

4. Pristanak na prisluškivanje

Važan izuzetak uobičajenim zahtjevima Trećeg poglavlja Zakona jeste da je sudska naredba potrebna samo ukoliko ne postoji pristanak na prisluškivanje.³³ Zakon specifično propisuje da nije protivzakonito da policija prisluškuje razgovor ako je jedan učesnik tog razgovora dao pristanak na to.³⁴ Zakonodavna istorija ukazuje na to da je izuzetak pristanka namijenjen da odrazi pravo u slučajevima *Lopez v. United States*³⁵ i *On Lee v. United States*³⁶, koji su nastavljeni slučajem *United Sta-*

³² Uređaj koji bilježi sve brojeve pozivane sa određenog telefona (u centrali).

³³ Član 2511 stav 2(d) Zakona ne pokriva situaciju u kojoj je komunikacija presretna u namjeri neke kriminalne radnje.

³⁴ 18 U.S.C.A § 2511(2)(c).

³⁵ 373 U.S.427, 83 S.Ct. 1381, 10 L.Ed.2d 426 (1963).

³⁶ 343 U.S. 747 72 S.Ct. 967, 96 L.Ed. 1270 (1952).

tes v. White³⁷. Prema tome, jasno je da organi zaduženi za provođenje zakona mogu prisluškivati uz pristanak lica, i to na razne načine: (1) da lice koje je pristalo na prisluškivanje nosi magnetofon koji će snimati njegov razgovor sa drugim; (2) da lice koje je pristalo na prisluškivanje nosi odašiljač koji emituje razgovore agentima opremljenim sa prijemnikom ili (3) da se razgovor obavi telefonom i da lice koje je pristalo na prisluškivanje snima taj razgovor ili odobri nekom drugom da to uradi.³⁸ Uz to, zahtijevani pristanak može biti izražen ili se podrazumijevati. Uređaji za nadgledanje u bankama ili stambenim zgradama za službenu ili ličnu zaštitu podrazumijevaju pristanak.

5. Nadzor u okviru nacionalne bezbjednosti

Kada je Treće poglavlje stupilo na snagu, u njega je bila uključena ekspresna formulacija da ništa u njemu ne smije ograničiti ustavnu moć predsjednika SAD da donosi one mjere koje procijeni za neophodne da zaštiti naciju od postojećih ili potencijalnih napada ili drugih „nedopuštenih akata“³⁹ stranih sila, da obezbijedi obavještajne informacije esencijalne za bezbjednost SAD ili da zaštiti informacije koje se tiču nacionalne bezbjednosti od strane obavještajne aktivnosti ili da zaštiti SAD od prekoračenja ovlašćenja vlade silom ili drugim nezakonitim sredstvima ili od bilo koje druge jasne i prisutne opasnosti za strukturu ili postojanje vlade.⁴⁰ Od najkasnije 1940. godine u SAD postoji sankcija za predsjednika SAD u slučaju elektronskog nadzora bez naloga u cilju zaštite nacionalne bezbjednosti, čiji je cilj onemogućavanje uzurpiranja ovlašćenja koja u ovom smislu ima predsjednik pod okriljem Ustava SAD.

Djelokrug ovih ovlašćenja bio je tema u slučaju *United States v. United States District Court*⁴¹, gdje je vlada tvrdila da je njen nadzor bez naloga čisto domaće radikalne grupe uključene u zavjeru u cilju uništenja savezne vlade – autorizovan pod okriljem zakonske odredbe. Ali, Vrhovni sud je (bez izdvojenog mišljenja) odlučio „da vladina briga ne opravdava odvajanje ovog slučaja od uobičajenih određenja Četvrtog amandmana u vezi sudskog odobrenja prije započinjanja nadzora“. Ovaj zaključak je baziran na sljedeća četiri razmatranja: (1) iako bi u ovakvim slučajevima dužnost istražitelja mogla biti veća, jednako je tačno da „zaštita Četvrtog amandmana postaje još snažnija kada mete zvaničnog nadzora postanu oni u čija se politička vjerovanja sumnja“; (2) izvršni vladini službenici se ne kvalifikuju pod okrilje Četvrtog amandmana kao nepristrasni; (3) nije tačno da je „pitanje unutrašnje bezbjednosti previše kompleksno i suptilno za sudsku procjenu“; (4) prethodni sudski

³⁷ 401 U.S. 745, 91 S.Ct. 1122, 28 L.Ed.2d 453 (1971).

³⁸ LaFave, et al (2000), 275.

³⁹ Eng. hostile act.

⁴⁰ Raniji član 2511 stav 3.

⁴¹ 407 U.S. 297, 92 S.Ct. 2125, 32 L.Ed.2d. 752 (1972).

pristanak neće „slomiti tajnost esencijalnu za prikupljanje obavještajnih podataka“, jer se sudije „mogu računati kao posebno svjesni zahtjeva tajnosti u slučajevima nacionalne bezbjednosti“. Vrhovni sud je takođe naglasio da „nadzor u cilju zadovoljenja domaće bezbjednosti“ može uključivati razna politička i praktična razmatranja, za razliku od nadzora „domaćeg krivičnog djela“ i da konsekventno „Kongres SAD može htjeti da razmotri protektivne standarde za nadzor domaće bezbjednosti, koji se razlikuju od onih koji su već propisani u Trećem poglavlju“.

U *The United States District Court* slučaju Vrhovni sud je naglasio da se suočava sa situacijom u kojoj je nadzor bez naloga bio usmjeren na „domaću organizaciju“ i na „organizaciju ili grupu (formalno ili neformalno konstituisanu) koja se sastoji od građana SAD i nema značajnu vezu sa stranom silom, njenim agentima ili agencijama“. Iako je ovo jasno impliciralo da bi slučaj baziran na inostranim poslovima mogao imati drukčiji ishod, Vrhovni sud nije imao priliku da forsira ovu poentu ili da elaborira kakvu bi to vezu bilo neophodno imati da se ovaj slučaj svrstao u tu kategoriju.

Pitanje koje je rijetko doticalo niže sudove zaslužuje podsjećanje kroz slučaj *Zweibon v. Mitchell*⁴². U ovom predmetu opasnost je viđena od strane članova Jevrejske odbrambene lige, a glavni tužilac i nekoliko FBI agenata prisluškivali su ih bez naloga - da bi se dobili strani obavještajni podaci. Sumnjalo se da su aktivisti Jevrejske odbrambene lige predstavljali ozbiljnu prijetnju za sovjetsko-američke odnose i stvorili opasnost od odmazde sovjetskih građana protiv ambasade SAD u Moskvi. Oslanjajući se pojedinačno na Četvrti amandman i na kontekst Trećeg poglavlja, osam sudija Vrhovnog suda glasalo je da izolovana činjenica da bi akcije domaće organizacije mogle proizvesti djela naširoko opasna po SAD, nije dovoljna da se ovaj slučaj stavi pod grupu inostranih poslova. Zato je odlučeno „da nalog mora biti pribavljen prije instaliranja opreme za prisluškivanje domaće organizacije, koja nije agent, niti djeluje u kolaboraciji sa stranom silom“.

Problem se sada rješava u skladu sa drugim zakonom - the Foreign Intelligence Surveillance Act - „FISA“⁴³ (Zakon o nadzoru obavještajnih podataka o prijetnjama izvana) iz 1978. godine⁴⁴. Ovaj zakon omogućava da predsjednik⁴⁵ Vrhovnog suda javno odredi sedam okružnih sudija⁴⁶ iz sedam saveznih sudskih okruga „koji će činiti sud koji će imati nadležnost za pregled zahtjeva i odobravanje elektronskog nadzora, bilo gdje na teritoriji SAD, u skladu sa procedurama propisanim u ovom zakonu“. Takođe, predsjednik Vrhovnog suda je ovlašćen da javno odredi tri sudije iz saveznih sudskih okruga koji će „razmatrati žalbe povodom odbijanja zahtjeva

⁴² 516 F.2d. 594 (D.C.Cir 1975).

⁴³ Pub.L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. ch. 36. Postavljeno 22. jula 2013. godine sa Web sajta: en.wikipedia.org/wiki/Foreign_Intelligence_Surveillance_Act.

⁴⁴ 50 U.S.C.A. 1801-1811. Postavljeno 14. jula 2013. godine sa Web sajta: <https://www.fas.org/irpage/ncj/doj/fisa/>.

⁴⁵ Eng. Chief justice.

⁴⁶ Eng. District judge.

za vršenje ovakvih nadzora.“ Sudija tog suda može tek nakon razmatranja odobriti elektronski nadzor u trajanju od 90 dana ili dok ne bude postignuta njegova svrha, ako odluči da postoji „osnovana sumnja za vjerovanje“ da je „predmet elektronskog nadzora strana sila⁴⁷ ili agent strane sile“ i da „svaki od uređaja ili mjesta gdje će nadzor biti uspostavljen ili je uspostavljen koristi strana sila ili njen agent.“ Dalje je obezbijeđeno da „nijedan građanin SAD⁴⁸ ne može biti uzet kao strana sila ili njen agent, i to samo na osnovu aktivnosti zaštićenih Prvim amandmanom na Ustav SAD“.

FISA se takođe bavi pitanjem nadzora bez naloga. Obezbuđuje da predsjednik SAD (preko ministra pravde⁴⁹) može odobriti pretres bez sudskog naloga u cilju pribavljanja obavještajnih podataka u trajanju do jedne godine ako, između ostalog, ministar pravde (pod zakletvom u pisanoj formi) potvrdi da je nadzor „usmjeren isključivo na pribavljanje sadržaja prenesenih sredstvima komunikacija koje služe ekskluzivno za komuniciranje stranih sila“ i da „nema vjerovatnoće da će biti pre-sretna komunikacija u kojoj je građanin SAD jedna od stranaka.“

6. Zatjev za izdavanje sudskog naloga

Nasuprot situaciji koja se generalno odnosi na izdavanje konvencionalnih naloga za nadzor, za koje zahtjev može biti podnesen od bilo kojeg vladinog službenika, zahtjev za nalog iz Trećeg poglavlja mora biti odobren od visokog zvaničnika. U saveznom sistemu samo ministar pravde i svi njegovi zamjenici i bliski saradnici mogu odobriti ovaj zahtjev.⁵⁰ Cilj ove odredbe je da se centralizuju javno odgovorni zvanični subjekti u politički proces formulacije politike primjene Zakona, u smislu tehnika elektronskog nadzora.⁵¹

U *United States v. Giordano*⁵² Vrhovni sud je bio suočen sa narušavanjem procedure zahtjeva, kada je izvršni pomoćnik ministra pravde, koji nije za to nadležan, u stvari bilo lice koje je stavilo inicijale ministra pravde na dopis koji ovaj ministar nije ni vidio. Vrhovni sud je držao da je „odredba o predaplikativnoj kontroli trebalo da ima centralnu ulogu u zakonskoj šemi i da ako je dokazano njeno ignorisanje, mora doći do sankcije“. Slično, ako je na državnom nivou odobrenje dato od

⁴⁷ Definisano kao značenje “strane vlade ili bilo koje njene komponente”, “frakcije strane nacije ili nacija”, “entitet koji je otvoreno prihvaćen od strane strane vlade ili vlada ili koji je kontrolisan od njih”, “grupa koja je uključena u međunarodni terorizam ili njegovu pripremu” i sl.

⁴⁸ Definisano kao značenje “građanin SAD, stranac zakonito prihvaćen za stalno stanovanje... nekorporisana asocijacija značajnog broja članova koji su državljani SAD ili stranci zakonito prihvaćeni za stalni boravak u SAD, ali ne uključuju asocijaciju ili korporaciju koju čini strana sila”.

⁴⁹ Eng. Attorney General. Obuhvata i unutrašnje poslove.

⁵⁰ 18 U.S.C.A. 2516(1).

⁵¹ LaFave, et al (2000), 277.

⁵² No. 72–1057. Argued January 8, 1974. Decided May 13, 1974. 416 U.S. 505.

lica koje nije kao nadležno navedeno u Trećem poglavlju⁵³, onda su zahtjev i njegovo odobrenje nevažeći i dokazi pribavljeni na taj način moraju biti izuzeti. Ovaj stav je ponekad napadan na bazi toga da je odobrenje samo po sebi beznačajno, ako ne postoji nikakav oblik nadgledanja njegove ispravnosti.⁵⁴

Član 2516 stav 3 Zakona obezbjeđuje da “bilo koji službenik vlade (kao što je definisano u Federalnim pravilima o krivičnom postupku⁵⁵)” može podnijeti zahtjev za odobrenje presretanja elektronske komunikacije. Unutar federalnog pravila 54, fraza “službenik vlade” uključuje državnog tužioca i ovlašćene pomoćnike državnog tužioca. Član 2516 stav 3 Zakona takođe dozvoljava da zahtjev za presretanje elektronske komunikacije može biti podnesen za svako „savezno krivično djelo”, a ne samo za usku grupu djela specificiranih u članu 2515 stav 1 Zakona, koja se odnose na presretanje elektronske ili govorne komunikacije.

Svaki zahtjev u okviru Trećeg poglavlja mora biti dat u pisanoj formi, „pod zakletvom ili drugom potvrdom” i sadržavati značajan broj informacija specificiranih u Zakonu. On mora „odražavati autoritet podnosioca za podnošenje ovakvog zahtjeva” i sadržavati “identitet vladinog službenika koji podnosi zahtjev, kao i onog koji zahtjev odobrava”. Zatim, Zakon traži da zahtjev istakne “potpuno i kompletno stanje činjenica i okolnosti na koje se podnosilac oslanja – da bi opravdao svoje vjerovanje da zahtjev treba biti prihvaćen”.

Sljedeći zahtjev, „identitet lica, ako je poznat, koje je počinilo krivično djelo i čija komunikacija treba biti presretna“, dokazao se kao izvor poteškoća i dva puta je razmatran od Vrhovnog suda. Jedno pitanje, o kojem je raspravljano u *United States v. Kahn*⁵⁶, ticalo se obaveze vlade da otkriva imena lica koja imaju biti prisluškivana. *Kahn* je uključivao presretanje, odnosno prisluškivanje razgovora koji su se ticali primanja opklada „Irvinga Kahna i drugih, još uvijek nepoznatih“, na osnovu presretanja poziva Kahna iz Arizone svojoj ženi u kući u Čikagu, u kojima je diskutovao o svojim kladioničarskim dobicima i gubicima i poziva njegove žene drugom kladioničaru, u kojima je raspravljano o kladioničkim informacijama. Apelacioni sud je držao da svi ovi razgovori trebaju biti izuzeti – oni od strane žene, jer Irving Kahn u njima nije bio jedna od strana i oni njegovi – zato što je vlada trebala otkriti umiješanost njegove žene (misleći pod tim da ona nije „drugi, još uvijek nepoznat“). Vrhovni sud je izmijenio odluku apelacionog suda, i to nakon zaključka da su razgovori u kojima nije učestvovao Irving Kahn pokriveni nalogom i zato što je u njima određeno presretanje razgovora „njega i ostalih“. Osnovana sumnja u Kahnu odnosila se na ime lica, njegovu umiješanost u kriminalnu aktivnost pod istragom i upotrebu telefona ili uređaja koji su prisluškivani ili presretani.

⁵³ 18 U.S.C.A. 2516 (2)

⁵⁴ LaFave, et al (2000), 278.

⁵⁵ Federal Rules of Criminal Procedure. Postavljeno 22. jula 2013. godine sa Web sajta: www.uscourts.gov/.../RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Crimi%20...

⁵⁶ 415 U.S. 143, 94 S.Ct. 977, 39 L.E d.2d 225 (1974).

Zakon takođe zahtijeva da zahtjev sadrži „kompletnu i potpunu izjavu da li su istražne procedure već pokušavane ili propale ili zašto se čini da nije moguće da uspiju ako bi bile pokušane ili bi ih bilo preopasno i pokušavati“. Ovo je bitan dio legislativne šeme. Kao što je Vrhovni sud i objasnio, dizajnirano je da obezbijedi da elektronsko prisluškivanje ne bude „rutinski primjenjivano kao inicijalni korak u svakoj istrazi“ ili da bude primjenjivano „u situacijama u kojima klasične tehnike nisu od pomoći“.⁵⁷ Pokazatelji ovoga mogu biti izvedeni na bilo koji od tri načina. Jedan je pokazivanje neuspjeha drugih metoda, ne mora se ići dalje od jednostavnog pokazivanja da je neka metoda pokušana, pa neuspjela. Drugi je pokazivanje da je mala mogućnost da neki od drugih metoda uspije. Treća alternativa bi bilo dokazivanje da su ostali metodi preopasni, bilo u smislu otkrivanja istrage ili stavljanja vladinih službenika ili informanata u stanje fizičke opasnosti.

Treće poglavlje takođe traži da zahtjev sadrži „navođenje o vremenskom periodu u kojem će se presretanje preduzimati“. Čak štaviše, „ako je priroda istrage takva da naredba za presretanje ne može prestati automatski važiti kada se prvi put pribave dokazi u vezi sporne komunikacije“, onda je potreban i „djelimičan opis činjenica koje ustanovljuju osnovanu sumnju u vezi konkretne komunikacije koja će da se desi tek kasnije“. Kada je cilj da se presretne konkretan razgovor, obično nije teško da se navede vremenski period, ali većina slučajeva nije ovakvog tipa. Zakon sugeriše da tamo gdje nadzor obuhvata više strana i potreban je duži period za prisluškivanje, on se proporcionalno duže može i odobriti.

Zahtjev takođe mora sadržavati i potpuno i kompletno navođenje o činjenicama koji su vezani za ranije zahtjeve, a tiču se sudije kojem je prethodno podnesen zahtjev za presretanje žičane, govorne ili elektronske komunikacije i uključuje bilo koje od ovih lica, uređaja ili mjesta specificiranih u zahtjevu i koraka preduzetih od sudije u prethodnim zahtjevima. Ova obaveza služi da spriječi „kupovinu sudije“ i obezbjeđuje sudiji bazu na osnovu koje će utvrditi postojanje osnovane sumnje i potrebu za odobrenje zahtjeva.

Finalna obaveza, primjenjiva samo u slučajevima „gdje zahtjev predstavlja produžetak naloga“⁵⁸, jeste da zahtjev sadrži „izjavu koja ističe rezultate već postignute prilikom prethodnog presretanja ili razumno objašnjenje zašto takvi rezultati nisu pribavljeni ili su propali“. Osmišljena je na način da sudiji omogući da ocijeni stvarnu potrebu za nastavljanje elektronskog nadzora u produženom vremenskom roku.

U ponovnom sagledavanju zahtjeva iz Trećeg poglavlja sudija „može zahtijevati da podnosilac zahtjeva doda svjedočenje ili dokaz u vidu isprave“⁵⁹, kao prilog zahtjeva.⁶⁰ Upotreba riječi „svjedočenje“ označava da informacija u vezi bilo kakvog presretanja mora biti data pod zakletvom.

⁵⁷ *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143, 94 s.ct. 977, 39 L.E d.2d 225 (1974).

⁵⁸ 18 U.S.C.A. 2518(5)

⁵⁹ Eng. documentary evidence.

⁶⁰ 18 U.S.C.A. 2518(2).

Prije nego što izda nalog za presretanje iz Trećeg poglavlja, sudija mora na bazi priloženog utvrditi: (a) da postoji osnovana sumnja da je lice učinilo, čini ili će učiniti konkretno krivično djelo navedeno u članu 2516 Zakona; (b) da postoji osnovana sumnja za vjerovanje da će se prisluškivanjem konkretnih komunikacija doći do dokaza u vezi izvršenja krivičnog djela; (c) da su normalne istražne procedure pokušane i propale ili se razumno pretpostavlja da je malo moguće ili preopasno da uspiju, čak i ako budu pokušane; (d) da postoji osnovana sumnja za vjerovanje da će iz uređaja ili mjesta iz kojih komunikacija treba biti presretna, ova komunikacija biti korišćena u vezi sa izvršenjem određenog krivičnog djela.⁶¹ Odsustvo postojanja nekog od ovih uslova može rezultirati da sudija ne izda nalog. Ali, zakonska upotreba riječi „može“, daje mogućnost sudiji da ne izda nalog, čak i ako takvi uslovi postoje.

Nalog za presretanje iz Trećeg poglavlja mora sadržati neke elemente, da bi djelimično zadovoljio zahtjeve Četvrtog amandmana. To su: (a) identitet lica, ako je poznat, čije komunikacije trebaju biti presretene; (b) priroda i lokacija komunikacijskih uređaja prema kojima ili mjesta gdje komunikacija treba biti presretna; (c) djelimičan opis tipa komunikacija koje trebaju biti presretene i izvještaj o djelu na koji se nalog odnosi.⁶² Ovi elementi su uporedivi sa onima koji postoje u zahtjevu.

Nalog takođe mora identifikovati i lice koje zahtijeva nalog i agenciju koja je ovlašćena da izvede presretanje komunikacija.⁶³ Nalog mora sadržati i nekoliko direktiva koje se tiču njegove primjene, od kojih se većina odnosi na vrijeme dozvole presretanja. Mora postojati i obaveza da se „primjena izvede što je prije moguće“⁶⁴, koja odražava ne samo potrebu za brzom egzekucijom, dok osnovana sumnja ne izgubi smisao, već i činjenicu da uređaji za presretanje ne mogu biti instalirani tako brzo, koliko brzo mora biti sproveden nalog. Nalog mora specificirati i vremenski period u okviru kojeg je presretanje dozvoljeno“, koji ne treba biti „ništa duži nego što je potrebno da bi se postigao cilj izvršenja, a ni u kom slučaju duži od 30 dana“.⁶⁵ Ova specifikacija mora sadržavati napomenu da li će se presretanje automatski završiti kada budu primljeni prvi dokazi.

7. Izvršavanje naloga

Izvršenje naloga iz Trećeg poglavlja nema teorijski, niti funkcionalni ekvivalent u tradicionalnom nalogu za pretres.⁶⁶ Tipični tradicionalni nalog se izvršava bez odgađanja, u kratkom periodu vremena i rezultira zapljenom, a subjekat kod kojeg ili na kome je vršen pretres - obavještava se odmah o tome šta je zaplijenjeno. Na-

⁶¹ 18 U.S.C.A. 2518(3).

⁶² 18 U.S.C.A. 2518(4)

⁶³ 18 U.S.C.A. 2518(5).

⁶⁴ 18 U.S.C.A. 2518(4)(e).

⁶⁵ 18 U.S.C.A. 2518(5).

⁶⁶ LaFave, et al (2000), 283.

suprot tome, nalog iz Trećeg poglavlja obično ne može biti izveden brzo, izvršenje traje duži vremenski period i rezultira presretanjem mnogih komunikacija, a subjekt prema kome se radnja vrši nema o tome nikakvih saznanja.

Jedna od postavki u kontekstu bilo koje presretnute komunikacije jeste „potreba da se, ako je moguće, ona snimi na traku ili drugo pogodno sredstvo na takav način da se snimak zaštiti od bilo kakvog dodavanja ili drugih izmjena“. ⁶⁷ Svrha ove obaveze je da se tačno zabilježi obavljani prisluškivani razgovor i obezbijedi valjan dokaz koji će se moći koristiti pred sudom.

Važna je i odredba u Trećem poglavlju koja zahtijeva da nalog bude izvršen na način da se „smanji broj presretnutih razgovora“. ⁶⁸ Član 2518 stav 5 Trećeg poglavlja Zakona zahtijeva da svaki sudski nalog za prisluškivanje telefonskih razgovora bude „proveden na takav način da minimizira prisluškivanje komunikacije učesnika komunikacije, koji u normalnim uslovima nisu subjekti prisluškivanja“. Dakle, vladini službenici moraju učiniti napor da minimiziraju (smanje) prisluškivanje bezazlene, nekriminalne komunikacije ⁶⁹. Dužnost ovog „smanjivanja“ implementira ustavni preduslov važnosti svih odobrenih presretanja i određuje obim prisluškivanja razgovora vođenih preko presretnute linije.

Šta treba biti minimizirano je, u stvari, interpretacija, „komunikacija koje inače nisu subjekt prisluškivanja“ iz Trećeg poglavlja i „ne tiču“ se krivičnog djela koji predstavlja osnov naloga. ⁷⁰ To sugerise da komunikacija nije konstantna i zbog toga nije ograničenje minimizacije ako se u određenom smislu obezbjeđuju informacije od pomoći u istrazi, bez obzira na to da li uključuju inkriminirajuću oznaku koja direktno dovodi govornika u konkretnu kriminalnu aktivnost. ⁷¹ Zakon ne zabranjuje presretanje nebitnih razgovora, ali zahtijeva da budu usvojene mjere koje bi ovakvo presretanje svele na minimum.

U ispitivanju da li su lica angažovana na prisluškivanju ispunila uslov minimizacije, neophodno je sagledati činjenice konkretnog slučaja. Vrhovni sud je imao priliku da zauzme jedno ovakvo stanovište u slučaju *Scott v. United States* ⁷². Ovdje su vladini službenici mjesec dana presretali sve komunikacije izvršene preko konkretnog telefona, za koji se vjerovalo da je korišćen u obavljanju funkcije uvoza i distribucije narkotika, ali je samo 40 odsto razgovora bilo vezano za ovu temu. Na pravcu zaključka da pravilo minimizacije nije bio narušeno, Vrhovni sud je naveo faktore koji se moraju uzeti u obzir pri donošenju ovog zaključka: „Blijedo oslanjanje na procenat irelevantnih poziva nije siguran vodič do pravog odgovora. Ovakvi procenti mogu pružiti odgovor, ali naravno da postoje slučajevi gdje je procenat pre-

⁶⁷ 18 U.S.C.A. 2518(a).

⁶⁸ 18 U.S.C.A. 2518(5).

⁶⁹ Eng. innocent communication.

⁷⁰ To je priroda određenja osnovane sumnje iz 18 U.S.C.A. 2518(3)(b).

⁷¹ LaFave, et al (2000), 284.

⁷² 18 U.S.C.A. 2518(3)(b).

sretenih irelevantnih razgovora jako visok, pa je njihovo presretanje opet razumno. Razloga za ovo je mnogo. Mnogi od irelevantnih razgovora mogli su biti jako kratki. Neki su mogli biti samo jednokratni. Ostali su mogli biti dvosmisleni po prirodi ili očigledno sadržavati šifrovane poruke. U ovakvim uslovima teško je od službenika očekivati da znaju koji su razgovori irelevantni prije njihovog završetka“.

U odlučivanju da li su službenici pravilno minimizirali presretene razgovore, bitno je takođe razmotriti i okolnosti samog prisluškivanja.⁷³ Tip upotrebe telefona, pri normalnim uslovima, takođe ima uticaja na sistem minimizacije.⁷⁴ Uz to, i drugi faktori mogu igrati važnu ulogu u konkretnom slučaju.⁷⁵

Još kontroverzniji aspekt slučaja Scott tiče se činjenice da je okružni sud našao da službenici „nisu učinili napor“ da izvrše zahtjev minimizacije i zaključio da je ovo, samo po sebi, dovoljan razlog za izuzimanje dokaza. Vrhovni sud nije prihvatio ovo mišljenje, jer „izolovan subjektivan pristup...ne čini inače zakonito izvršenje nezakonitim ili neustavnim“ i da ovo ne može predstavljati dovoljan razlog za izuzimanje dokaza.

Službenici koji dobiju nalog na osnovu Trećeg poglavlja Zakona, mogu ustavno tajno ulaziti u prostorije da instaliraju prislušne uređaje.⁷⁶ Vrhovni sud je smatrao da: (1) tajni ulazak u privatne prostorije da se postavi prisluškivač nije sam za sebe neosnovan ili kršenje Četvrtog amandmana, (2) Treće poglavlje daje sudovima ovlašćenje da dozvole tajni ulazak iako se ovo poglavlje ne odnosi jasno na državu, (3) nije potrebno zahtijevati odobrenje suda za tajni ulazak u nalogu u kojem se dozvoljava prisluškivanje.

Neophodno je razlikovati i procedure za produženje naloga iz Trećeg poglavlja od klasičnog naloga za prisluškivanje. U pogledu produžetka, ono je moguće jedino nakon zahtjeva koji zadovoljava standarde i pošto što sud nađe da postoje razlozi.⁷⁷ Rok produžetka ne može biti duži nego što sudija odredi da je neophodno da se postigne svrha zbog koje je i odobren, ali ne duži od 30 dana.⁷⁸ Zakon ne zahtijeva ponovno dokazivanje osnovane sumnje, ali je ovakav dokaz esencijalan u svjetlu za-

⁷³ Na primjer, kada se istraga odnosi na nešto za šta se misli da je naširoko razvijena zavjera, tada bi u cilju da se odredi precizan djelokrug organizacije, mogao biti opravdan i malo ekstenzivniji pristup presretanju.

⁷⁴ Ako je službenicima dozvoljeno da prislušuju javni telefon, postavlja se ozbiljno pitanje minimizacije prisluškivanja svih poziva koje sa tog telefona može izvršiti bilo koje lice. S druge strane, ako je telefon smješten u rezidenciji nekoga za koga se misli da je “glava” lanca trgovine drogom, može se izvući drukčiji zaključak.

⁷⁵ Moglo bi biti važno da se odredi kada je tačno u toku perioda presretanja određeni poziv primljen. U nekim situacijama bi se moglo desiti da uopšte nema nebitnih poziva i tada je opravdano presretanje bilo kojeg poziva.

⁷⁶ Eng. bug (buba za prisluškivanje prostorije). U slučaju *Dalia v. United States* 441 U.S. 238 (1979) FBI agenti su ušli u kancelariju osumnjičenog, i to tajno u ponoć - da bi instalirali prisluškivač i nakon nekoliko sedmica uklonili prisluškivač.

⁷⁷ 18 U.S.C.A. 2518(5).

⁷⁸ *Ibid.*

brane u slučaju *Berger v. New York*⁷⁹ i odobrenja produžetka na osnovu jednokratnog dokazivanja osnovane sumnje.

Kada službenici sprovode naloženo presretanje prema Trećem poglavlju, sa fokusom na konkretno krivično djelo, može se desiti da se presretnu razgovore koji su dokazi nekog drugog krivičnog djela. Sadržaji ovakvih razgovora tretiraju se kao i sadržaji razgovora svrsishodno prisluškivanih.⁸⁰ To znači da lice koje traži izdavanje naloga može da ih koristi „kao osnov za vršenje svoje službene dužnosti“⁸¹ i može ove podatke „razmijeniti sa drugim službenikom koji vodi taj slučaj ili tek treba da pokrene istragu povodom saznanja za konkretno krivično djelo“.⁸²

Treće poglavlje omogućava i da određena lica dobiju obavještenje o primjeni nadzora. Od sudije se traži da pošalje ovo obavještenje „u razumnom vremenskom roku, ali ne kasnije od 90 dana od popunjavanja zahtjeva za odobrenje nadzora ... ili završetka perioda nadzora“, osim ako jednostavno „opravdan razlog“⁸³ pokazuje sudiji da obavještanje može odložiti.⁸⁴ „Opravdan razlog“ uključuje zaštitu integriteta istrage koja traje ili osiguranje da lica bjekstvom ne izbjegnu hapšenje.⁸⁵ Obavještenje mora uključiti: (1) činjenicu izvršenja naloga ili zahtjeva; (2) datum početka i period trajanja odobrenog ili neodobrenog presretanja ili odbijanja zahtjeva, i (3) činjenicu da u toku tog perioda žičana ili govorna komunikacija nije presretana.⁸⁶ Obavještenje treba biti predato licu navedenom u nalogu ili zahtjevu, ali i drugim stranama učesnicama u razgovoru - ako sudija odluči da je to „u interesu pravde“⁸⁷. Ne postoji takva obaveza u odnosu na lice koje je samo identifikovano u razgovoru, a suština tog razgovora nije imala veze sa krivičnim djelom ili njegovim izvršenjem.

Treće poglavlje zahtijeva i da sadržaj bilo kakve komunikacije, presretno sredstvima navedenim u ovom poglavlju, treba biti, ako je moguće, snimljen na neki odgovarajući uređaj i da takav snimak „treba obavezno zaštititi od dodavanja ili drugih prepravljavanja“.⁸⁸ Dalje obezbjeđuje da neposredno nakon isticanja perioda naloga ili njegovog produženja, ovi snimci moraju biti dostupni nadležnom sudiji i zapečaćeni pod njegovim nadzorom.⁸⁹ Ova obaveza je primijenjena u *United States v. Ojeda Rios*⁹⁰, gdje je Vrhovni sud držao da: (1) ova odredba ne predstavlja bilo kakvo peča-

⁷⁹ 388 U.S. 41, 87 S.Ct. 1873, 18 L.Ed.2d. 1040 (1967).

18 U.S.C.A. 2517(2).

⁸⁰ 18 U.S.C.A. 2517(5)

⁸¹ 18 U.S.C.A. 2517(2).

⁸² 18 U.S.C.A. 2517(8).

⁸³ Eng. showing of good cause.

⁸⁴ 18 U.S.C.A. 2518(8)(d).

⁸⁵ LaFave, et al (2000), 286.

⁸⁶ 18 U.S.C.A. 2518(8)(d).

⁸⁷ Eng. in the interest of justice. 18 U.S.C.A. 2518(d).

⁸⁸ 18 U.S.C.A. 2518(8)(a).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ 495 U.S. 257, 110 S.Ct. 1845, 109 L.Ed.2d. 224 (1990).

ćenje, već pečaćenje neposredno nakon isteka roka za nadzor; (2) u slučaju izostanka ovog pečaćenja, vlada to mora objasniti; (3) „zadovoljavajuće objašnjenje“ traži da vlada mora objasniti ne samo zašto se odlaganje pečaćenja odgodilo, već i zašto bi ovo objašnjenje trebalo biti prihvaćeno, i (4) vlada može kao izgovor uzeti nepravilnu interpretaciju odredbi Trećeg poglavlja, koja je u tom momentu bila objektivna.

Ako konkretna instanca elektronskog prisluškivanja ne zadovolji standarde Četvrtog mandmana, onda naravno dolazi u obzir sudsko pravilo „iskljućenja nezakonito pribavljenih dokaza“⁹¹, i to na osnovu tog amandmana⁹². U ovom slučaju pravilo iskljućenja znači da nijedna informacija derivirana iz prisluškivanja „ne može biti uzeta kao dokaz u bilo kakvom suđenju ili drugom procesu ... ako bi prihvatanje te informacije predstavljalo narušavanje Trećeg poglavlja“.⁹³

Zato što je pravilo iskljućenja nezakonitih dokaza iz Četvrtog amandmana „namijenjeno da bude ograničenje u aktivnostima nadležnog organa i nije usmjereno da bude ograničenje bilo koga drugog, osim vladinih agencija“⁹⁴, ono se ne može primjenjivati u čisto privatnim istragama. Neki sudovi su rezonovali da pravilo iskljućenja Trećeg poglavlja može biti primijenjeno samo na vladina presretanja.

8. Pravni lijekovi

Pravni lijekovi i sankcije propisane u Trećem poglavlju predstavljaju samo sudske lijekove i sankcije za neustavna narušavanja ovog poglavlja.⁹⁵ Legislativna istorija jasno pokazuje da zakonsko pravilo iskljućenja nezakonitih dokaza iz Trećeg poglavlja nije imalo primjenu u presretanju elektronskih komunikacija.

U *United States v. Giordano*⁹⁶ vlada je argumentovala da je fraza „nezakonito presreten“ u toj odredbi značila samo presretanje izvršeno putem narušavanja Ustava SAD. Kao što je Vrhovni sud kasnije naglasio u slučaju *Giordano*, zakonsko pravilo iskljućenja nezakonitih dokaza traži da se svaki put utvrdi da li postoji povreda određene zakonske odredbe „koja je postavljena sa ciljem da igra centralnu ulogu u zakonskoj šemi“. Ovo dalje znači, kao što je Vrhovni sud primijetio u slučaju *United States v. Chavez*⁹⁷, da „paragraf (i) nije namijenjen da dopre do svakog neuspjeha da se prati zakonska procedura“.

Problem usmjeren na drugi dio *Donovan* slučaja, treba biti posebno razmotren. Vlada je tom slučaju propustila da obavijesti sudiju o svim identifikovanim licima čiji su razgovori presretni, onemogućujući tako sudiji da u potpunosti spro-

⁹¹ Eng. exclusionary rule.

⁹² *Berger v. New York*, 388 U.S. 41, 87 S.Ct. 1873, 18 L.Ed.2d. 1040 (1967).

⁹³ 18 U.S.C.A. 2515.

⁹⁴ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 41 S.Ct. 574, 65 L.Ed. 1048 (1921).

⁹⁵ 18 U.S.C.A. 2518(10)(c).

⁹⁶ 416 U.S. 505, 94 S.Ct 1820, 40 L. Ed. 2d 341 (1974).

⁹⁷ 416 U.S. 562, 94 S.Ct 1849, 40 L. Ed. 2d 380 (1974).

vede svoj diskrecioni autoritet - da bi odlučio koja lica trebaju dobiti obavještenje. Vrhovni sud je izgleda ove probleme ostavio otvorenim, pažljivo primjećujući da optuženi nisu potvrdili predrasudu i da je povreda bila nenamjerna.

Zakon kaže da svako „oštećeno lice“ može tražiti zaštitu⁹⁸ i ta granica je definisana u značenju „lice koje je bilo stranka u bilo kakvom presretanju razgovora preko žice, govornoj ili elektronskoj komunikaciji ili lice protiv koga je presretanje preduzeto“.⁹⁹ Čitano doslovno, ova definicija je ograničena u jasnoći poštovanja onoga što stoji u Četvrtom amandmanu; izgleda da su izostavljena lica sa svojinskim interesom na nadziranom mjestu i uključena kao meta nadzora. Ali, kako je Vrhovni sud zabilježio u slučaju *Alderman*¹⁰⁰, istorija zakonodavstva pokazuje da je ova definicija namjeravala da „reflektuje postojeće pravo“. Tako su sudovi skloni da definišu ono što stoji u Trećem poglavlju, isto onom što je utvrđeno u Četvrtom amandmanu. Međutim, pravilo isključivanja nezakonitih dokaza, u smislu Zakona, upotrebljava se „u bilo kojem suđenju, saslušanju ili postupku ili prije suda, pred ministarstvom, službenikom, službom, ovlašćenim organom ili drugim nadležnostima SAD ili bilo koje druge političke podvrste“.¹⁰¹ Ovo znači, npr., da se stranka može pozvati na pravilo isključivanja iz Trećeg poglavlja u saslušanju za kauciju, u opozivanju uslovnog otpusta ili u disciplinskom postupku ministarstva policije.¹⁰²

Tražeci zaštitu, oštećena strana mora jasno navesti osnove svoje žalbe na nadzor. Pri tome, vlada mora dati stvaran, nedvosmislen i nesumnjiv odgovor. Što je specifičnija žalba optuženog vezana za nadzor, to detaljniji i širi mora biti vladin odgovor. Vladin odgovor mora biti u formi svjedočenja pod zakletvom ili zakletvom potvrđene izjave. Ovaj odgovor, koji obično daje tužilac, mora naznačavati rezultate njegove istrage i svih prikladnih istražnih radnji.

U skladu sa Trećim poglavljem, zabrana korišćenja nezakonitih dokaza nije predviđena samo kao sadržaj nezakonitog kontrolisanja žičane ili govorne komunikacije, već i kao „dokazi dobijeni iz toga“.¹⁰³ S tim u vezi, Zakon propisuje da, ako je načinjen korak ka zabrani, tada sudija može u svojim diskrecionim ovlašćenjima učiniti dostupnim oštećenom ili njegovom braniocu da izvrše uvid u onaj dio presretene komunikacije ili dokaza dobijenih iz toga za koji sudija smatra da će biti u interesu pravde.

Sporno pitanje koje se u seriji slučajeva (*Alderman v. United States, Ivanov v. United States* i *Butenko v. United States*¹⁰⁴) protezalo na Vrhovnom sudu 1969. godine nije uključivalo Treće poglavlje. Alderman se ticao proglašenja krivim za

⁹⁸ 18 U.S.C.A. § 2518(10)(a).

⁹⁹ 18 U.S.C.A. § 2510 (11).

¹⁰⁰ 394 U.S. 165, 89 S.Ct. 961, 22 L.Ed.2d 176. *Willie Israel Alderman et al., Petitioners v. United States*.

¹⁰¹ 18 U.S.C.A. § 2518(10)(a).

¹⁰² LaFave, et al (2000), 290.

¹⁰³ 18 U.S.C.A § 2518(10)(a).

¹⁰⁴ 394 U.S. 165, 89 S.Ct. 961, 22 L.Ed. 2d 176 (1969).

zavjeru u slanju prijetnji smrću u međudržavnom saobraćaju, dok su u druge slučajeve umiješana proglašenja krivim lica za predaju Sovjetskom Savezu informacija o nacionalnoj odbrani. Optuženi su tražili uvid u sve zapise nadzora, tako da mogu dokazati da neki dokazi priznati protiv njih proizilaze iz nezakonito prisluškivanih razgovora. Vrhovni sud je u svojoj odluci (glasanje pet prema tri) utvrdio da su optuženi trebali dobiti sve zapise o nadzoru koji se tiču njih.

Slučaj *Giordano v. United States*¹⁰⁵ je istakao da objavljivanje iz slučaja Alderman je bilo korist samo onome ko je „htio dokazati nezakonitost nadzora“ i da je „odluka Okružnog suda da je nadzor bio u skladu sa zakonom, mogla učiniti dalju proceduru nepotrebnom“. U *Taglianetti v. United States*¹⁰⁶ Vrhovni sud je odbio tvrdnju optuženog da je bio ovlašćen da ispita dodatne zapise o nadzoru - da bi optuženi ustanovio da li je on mogao biti učesnik u nekom drugom razgovoru. Razlikujući se od slučaja *Alderman*, Vrhovni sud je zaključio da se moglo očekivati od sudećeg sudije da identifikuje glas optuženog, i to bez pomoći optuženog. S druge strane, Kongres SAD je nastojao ograničiti uticaj slučaja *Alderman* u saveznim slučajevima.

Treće poglavlje izričito propisuje da svako lice čija je žičana, govorna ili elektronska komunikacija zaustavljena, objavljena ili namjerno korišćena u povredi ovog poglavlja, može u građanskim predmetima dobiti od lica koje je učestvovalo u toj povredi - prikladan pravni lijek, uključujući: naknadu štete i krivičnu naknadu štete, razuman advokatov honorar i druge razumne sudske troškove.¹⁰⁷ Naknada štete može biti veća od sume stvarne štete tužioca i krajnjeg profita prekršioca ili zakonska naknada štete veća od 100 dolara na dan ili 10.000 dolara.

Treće poglavlje takođe predviđa kao krivično djelo, osim ako je dozvoljeno zakonom, lica koje „namjerno“ presretne, pokuša presresti ili navodi druge da presretnu ili pokušaju presresti komunikaciju; „namjerno“ objavljivanje ili pokušaj objavljivanja drugima sadržaja komunikacije za koji „znaju ili imaju razloga da znaju“ da je dobijen nezakonitim presretanjem ili „namjerna“ upotreba ili pokušaj upotrebe sadržaja komunikacije za koji znaju ili imaju razloga da znaju“ da je dobijen nezakonitim presretanjem.¹⁰⁸ Lice radi namjerno ako su njegovi postupci ili rezultat nastao iz postupaka bili svjestan cilj. Sa ograničenim izuzecima, lice optuženo za ovo djelo može biti kažnjeno novčanom kaznom, zatvorom ne više od pet godina ili oboje.¹⁰⁹

¹⁰⁵ 394 U.S. 310, 89 S.Ct. 1163, 22 L.Ed.2d 297 (1969).

¹⁰⁶ 394 U.S. 316, 89 S.Ct. 1099, 22 L.Ed.2d 302 (1969).

¹⁰⁷ 18 U.S.C.A. § 2520.

¹⁰⁸ 18 U.S.C.A. § 2511(1).

¹⁰⁹ 18 U.S.C.A. § 2511(4)(a).

9. Upotreba tajnih agenata

Pitanja Četvrtog amandmana mogu dobiti na značaju kad policija koristi tajne agente. Tajni agent je u suštini lice koja ima direktan kontakt sa osumnjičenim pod okolnostima u kojima osumnjičeni ne shvata da je u kontaktu sa licem koje pomaže vladi. Tajni agent može biti ozvučen¹¹⁰ (sa instaliranim prislušnim uređajima) ili neozvučen.

Vrhovni sud je više puta potvrdio stanovište da ozvučeni agenti – tajni agenti sa uređajima elektronskog nadzora - ne prisluškuju i stoga ne mogu kršiti Četvrti amandman. Budući da korišćenje ozvučenih agenata ne krši pravila Četvrtog amandmana, upotreba neozvučenih agenata takođe ne krši ta pravila.

Upotreba ozvučenog ili neozvučenog agenta protiv osumnjičenog koji je već bio optužen može kršiti pravo na branioca iz Šestog amandmana. Kad je osumnjičeni bio optužen i ima branioca, postoji kršenje prava na odbranu tajnog agenta koji namjerno „izmami“ inkriminirajuće izjave od osumnjičenog u odsustvu branioca i preda ih tužiocu u slučaju koji uključuje optužnicu.¹¹¹

Olmstead, Goldman, Silverman i *Katz* su uključivali upotrebu opreme za elektronski nadzor – da bi se prisluškivao razgovor između lica koja nisu svjesna da ih prisluškuju. Ali, pretpostavimo da policija postavi prisluškivač na informatora, uz njegov pristanak, da se omogući prenošenje (prisluškivanje) razgovora koje vodi sa licem pod istragom (osumnjičenim). Ili, da je policijski agent „ozvučen“ i navede osumnjičenog da mu vjeruje. Da li dolazi do primjene Četvrtog amandmana? Vrhovni sud je uopšteno dao negativan odgovor na ovo pitanje. Slično je smatrao da upotreba neozvučenih agenata i informatora koji prosto izvještava (ili možda svjedoči) o razgovorima koje vodi sa osumnjičenim - ne uključuje Četvrti amandman.

U slučaju *On Lee v. United States*¹¹² informator je bio „ozvučen“ i razgovor između njega i osumnjičenog, koji se dešavao u kući osumnjičenog, prenosio se agentu za narkotike. Agent je o sadržaju razgovora svjedočio na suđenju. Vrhovni sud je sa pet glasova za i četiri glasa protiv smatrao da je njegovo svjedočenje dopustivo.¹¹³

Upotreba tape-recordera¹¹⁴ od strane tajnog agenta je dozvoljena u slučaju *Lopez v. United States*.¹¹⁵ Vrhovni sud je naglasio da je tape-recorder korišćen samo da

¹¹⁰ Eng. bugged.

¹¹¹ Emanuel (2001), C-32.

¹¹² 343 U.S. 747 (1952).

¹¹³ Većina sudija je smatrala da informator i agent nisu učinili povredu na imovini osumnjičenog i da u odsustvu stvarne (fizičke) povrede nema „pretresa i zapljene“. Sudije koje su glasale protiv smatrali su da razgovor zahtijeva zaštitu, jer se odvijao u kući osumnjičenog.

¹¹⁴ Snimka (muzike, govora) na traci.

¹¹⁵ 373 U.S. 427 (1963).

se dobije najpouzdaniji dokaz razgovora u kojem je učestvovao vladin agent i zato se u potpunosti ima pravo da se iznese na vidjelo (javnosti).¹¹⁶

U još dva slučaja prije slučaja *Katz* Vrhovni sud je dozvolio upotrebu „neozvučenih“ tajnih agenata i informatora. U slučaju *Lewis v. United States*¹¹⁷ federalni agent za narkotike je rekao optuženom da želi kupiti narkotike, a prodaja je izvršena u kući optuženog. Vrhovni sud je smatrao da nema kršenja Četvrtog amandmana, jer je optuženi pozvao tajnog agenta u svoju kuću zbog izvršenja krivičnog djela prodaje narkotika; dalje, agent nije „vidio, čuo ili uzeo bilo šta što nije mislio ili što nije namjeravao podnosilac žalbe kao neophodan dio njegovog nezakonitog posla“. U slučaju *Lewis* agent nije počinio bilo kakvu radnju van onog zbog čega je bio pozvan u kuću optuženog. Vrhovni sud je smatrao da se optuženi odrekao prava koja daje Četvrti amandman, jer je svoj dom pretvorio u mjesto za trgovinu.

U slučaju *Hoffa v. United States*¹¹⁸ vozač kamiona koji je postao informator bio je redovni posjetilac hotelske sobe u kojoj je bio *Hoffa* i čuo je razgovor o njegovim planovima da podmiti porotnike. Kao i u slučaju *Lewis*, Vrhovni sud je našao da su izjave *Hoffe* „potpuno dobrovoljne“. Nije došlo do pretresa i zapljene regulisane Četvrtim amandmanom; to što je *Hoffa* „vjerovao pogrešnom licu“ je njegova krivica i ne dovodi se u pitanje njegov pristanak na ulazak informatora u njegov hotelski apartman.¹¹⁹

Situacija je postala sasvim jasna nakon slučaja *United States v. White*.¹²⁰ Ovdje je informator bio ozvučen da bi prenosio agentima za narkotike razgovor sa optuženim koji se dešavao u restoranu, kući optuženog i u informatorovom automobilu. Kao i u slučaju *On Lee*, informator nije svjedočio na suđenju, ali je agent koji je registrovao razgovor svjedočio o njegovom sadržaju. Vrhovni sud se nije složio da ovo prisluškivanje predstavlja pretres.¹²¹

Četiri sudije od većine u *United States v. White* je smatralo da u ovom slučaju nisu uključena prava iz Četvrtog amandmana. Vrhovni sud je zaključak temeljio na sljedećem silogizmu. Prvo, nema očekivanja privatnosti. Kada neko lice vjeruje pogrešnom licu i da inkriminirajuće izjave „neozvučenom“ informatoru, nema nikakvog „opravdanog očekivanja privatnosti“ koja bi bila prekršena; nema zaštite na osnovu Četvrtog amandmana za „prestupnika koji pogrešno vjeruje da lice kome on

¹¹⁶ Tri sudije koje su glasale protiv u slučaju *Lopez* su smatrali da postoji velika opasnost povrede privatnih, slobodnih i dobrovoljnih razgovora ako su tajne snimke kompetentan dokaz bilo koje inkriminirajuće izjave koju je govornik možda dao. Oni ne vide razliku između slučajeva *On Lee* i *Lopez*.

¹¹⁷ 385 U.S. 206 (1966).

¹¹⁸ 385 U.S. 293 (1966).

¹¹⁹ To je područje za koje je bio ovlašćen tražiti zaštitu Četvrtog amandmana.

¹²⁰ 401 U.S. 745 (1971).

¹²¹ Vrhovni sud je zaključio: „Ako zakon ne pruža zaštitu prestupniku čiji vjerni kompanjoni postanu vladini agenti, ne treba ga štiti ni kada se snimljeni razgovor koristi na sudu kao dokaz protiv njega“.

dobrovoljno povjerava svoje prestupe, neće ih otkriti.“ Drugo, nebitno je postavljanje prislušnih uređaja: nije relevantno da li je informator bio „ozvučen“; postojanje snimka ili prenosne opreme prosto povećava pouzdanost dokaza. *White* zaista mijenja operativni test *Katzovog* „osnovanog očekivanja privatnosti“ na onaj zasnovan na „mogućem riziku razotkrivanja“.¹²²

10. Navođenje na krivično djelo (policajska provokacija)

Tajni agenti često ne čekaju pasivno da osumnjičeni koji im vjeruje da inkriminirajuće izjave. Obično, tajni agent bar malo igra ulogu agenta provokatora, navodeći osumnjičenog na davanje izjave ili da počini krivično djelo koje se ne bi izvršilo da nema agenta.¹²³

Vrhovni sud je nedavno definisao odbranu navođenjem na krivično djelo na ovaj način: vlada ne može podsticati kriminalnu zamisao, usaditi u um nevinog lica dispoziciju da učini krivično djelo i onda podsticati činjenje krivičnog djela, tako da vlada može vršiti gonjenje. Kada je vlada podstakla pojedinca da prekrši zakon i u pitanju je odbrana zbog namamljivanja - za gonjenje mora postojati standard van razumne sumnje da je osumnjičeni bio sklon izvršenju krivičnog djela, prije nego što je tome približen od vladinih agenata.¹²⁴

11. Zaključak

Pravo SAD spada u većinu pravnih sistema u svijetu koji dopuštaju i upotrebu dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama prikrivenog istražitelja i tajnih agenata. S druge strane, uvažavanje opasnosti koje proizlaze iz upotrebe ovih dokaza moguće je kroz sredstva, poput provjere njihove vjerodostojnosti na glavnom pretresu. U svakom slučaju, riječ je o vrlo dinamičnom području koje predstavlja podjednak izazov i za teoriju i za praksu. Normativna rješenja i praksa sudova u SAD, a posebno Vrhovnog suda SAD, mogu da budu indikativni i za praksu sudova u Bosni Hercegovini i za predstojeće zakonodavne reforme krivičnog postupka u ovoj oblasti.

¹²² Emanuel (2001), 184.

¹²³ Eng. entrapment (policajska provokacija, namamljivanje).

¹²⁴ *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

LITERATURA

- Emanuel, L. S. (2001). *Criminal Procedure*. Aspen Publishers Online.
- Emanuel, L. S. (2007). *Criminal Procedure*. Aspen Publishers Online, Oct 1.
- Feeley, M. & Austin, S. (1980). *The Policy Dilemma: Federal Crime Policy and the Law Enforcement Assistance Administration*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Friedman, L. (1993). *Crime and Punishment in American History*. New York: Basic Books.
- Halilović, K. (2005). *Prikriveni istražitelj, pravno-kriminalistički pristup*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka.
- Hess, K. M. & Orthmann, C.M.H. (2009). *Criminal Investigation*. Cengage Learning, Feb 1.
- Harr, J. C. & Hess, M.K. (2007). *Constitutional Law and the Criminal Justice System*. Cengage
- Israel, J.H. & Lafave, R.W. (2001). *Criminal Procedure: Constitutional Limitations in a Nutshell*. Nutshell Series.
- Joubert, C. (1995). *National and International aspects of Undercover policing*. The Police journal.
- Karas, Ž. (2012). *Neka dokazna pitanja o razgovoru prikrivenog istražitelja s osumnjičenim*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu, vol. 19, (1).
- Karas, Ž. (2012). *Posebne dokazne radnje, pretraga vozila advokata promjene procesnog zakona u korist okrivljenog, odbijanje potpisivanja zapisnika*. Zagreb: Policija i sigurnost, godina 21, (4).
- Krapac, D. (2010). *Krivično procesno pravo – Institucije*. Zagreb: Narodne novine.
- Lafave, R.W. (2011–2012). *Criminal Procedure*. 5th, Hornbook Series, Student Edition.
- Lafave, R.W., King, J.N. & Israel, J.H. (2000). *Criminal Procedure*. 3th, West Group.
- Lafave, R.W., King, J.N. & Israel, J.H. (2005). *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*. American Casebook.
- Lafave, R.W., King, J.N. & Israel, J.H. (2012). *Basic Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*. American Casebook Series.
- Lafave, R.W., King, J.N. & Israel, J.H. (1999). *Advanced Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*. American Casebook Series.
- Lafave, R.W., King, J.N. & Israel, J.H. (2004). *Principles Of Criminal Procedure: Post Investigation. Concise Hornbook*.

- Marinković D. (2007). *Specijalne istražne tehnike - pojam, osnovi primjene i rješenja u zakonodavstvu Crne Gore*. Podgorica: Perjanik, (14–15)
- Pavliček, J. (2012). *Istražitelji iz redova policije*. Zagreb: Policija i sigurnost, godina 21, (3).
- Peoples, E. E. (2002). *Basic criminal procedures*. Prentice Hall.
- Radmilović, Ž. i Kovač, Z (2010) *O nekim mogućnostima korišćenja zvuka u kriminalističkom istraživanju*. Zagreb: Policija i sigurnost, godina 19, (4).
- Samaha, J. (2010). *Criminal Procedure*. Cengage Learning, Dec 3.
- Saferstein, R. (1981). *Criminalistics*. Prentice Hall PTR.
- Theoharis, A. G. (2004). *The FBI and American Democracy: A Brief Critical History*. Kansas: University Press.
- Tonry, M. (ed.) (2000). *The Handbook of Crime & Punishment*. Oxford University Press.
- Weiner, T. (2012). *Enemies. A History of the FBI*. Random House.
- Wilson, J. Q. (1985). *Thinking about Crime*. New York: Vintage Books.

Academician Miodrag N. Simović, Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina and Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences

USE OF ELECTRONIC SURVEILLANCE AND SECRET AGENTS FOR GATHERING EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS IN USA

Summary

The rules that the USA government agencies must follow when striving to gather evidence against the suspects by use of secret means, are considered in work. The Fourth Amendment to the United States Constitution is applicable to some of the given situations as well as it is applicable to the generally known acts of evidence gathering, the search and seizure.

There are two basic forms of the electronic surveillance – wiretapping of phone calls and eavesdropping of non-telephone conversations. Both forms represent the basis of the Fourth Amendment to the Constitution of the USA.

If both participants in a conversation have reasonable expectation of privacy (confidentiality), the requirements of probable cause and the search warrant must be met before the Government could start with the wiretapping and eavesdropping of both types of conversation. On the other hand, the conversations with a secret agent might be used before the court although the reasonable suspicion or the probable cause had not existed. However, a suspect may claim that the agent “lead him on the criminal offence”. That may represent the valid grounds for defense but only in the case where the secret agent instigated the suspect to the commitment of the criminal offence the perpetration of which the suspect would not otherwise have done.

The use of secret agent or informer (snitch), for which the suspect does not know that he works for the Government, does not represent a problem within the context of the Fourth Amendment. As long as the suspect is aware of the presence of that person that does not represent the “search” although he suspect does not know that the person concerned is the police agent.

Key words: the U.S. Supreme Court, Constitution of the USA, undercover agent, secret agent, wiretapping, secret recording.

PRAVO OŠTEĆENOG NA IMOVINSKOPRAVNI ZAHTJEV U KRIVIČNOM POSTUPKU

Prof. dr sc. Tadija Bubalović*

Doc. dr sc. Nezir Pivić**

***Apstrakt:** Autori u radu daju pravnozакonski prikaz i analizu prava oštećenog na imovinskopravni zahtjev u krivičnom postupku prema Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, a u manjem dijelu i prema drugim zakonodavstvima. Provedenom reformom koja je okončana 2003. godine došlo je do redefiniranja njegova pravnog položaja, koji se ogleda kroz ukupnost njegovih prava i dužnosti u tom postupku. U radu se detaljno govori o najznačajnijem pravu oštećenog: pravu na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku. Pravo na podnošenje tog zahtjeva imaju žrtva krivičnog djela, oštećeni, ali i one osobe koje su ovlaštene takav zahtjev ostvarivati u parnici. Imovinskopravni zahtjev može se odnositi na naknadu štete, povrat stvari i poništenje pravnog posla. Pravo je oštećenog i na predlaganje provođenja postupka medijacije povodom podnesenog imovinskopravnog zahtjeva. Opravdanje vođenja adhezijskog postupka nalazi se u načelima efikasnosti i ekonomičnosti krivičnog postupka.*

***Кljučне riječi:** žrtva krivičnog djela, oštećeni u krivičnom postupku, imovinskopravni zahtjev, adhezijski postupak.*

1. Pojam žrtve i oštećenog u krivičnom postupku

U krivičnim procesnim zakonodavstvima rijetko se spominje pojam „žrtve“, već samo pojam „oštećenog“.¹ Žrtva krivičnog djela s viktimološkog aspekta može

* Проф. др сц. Тадија Бубаловић, Правни факултет Свеучилишта у Риједи и Правни факултет Универзитета у Тузли.

** Доц. др сц. Незир Пивић, Правни факултет Универзитета у Зеници.

¹ Iako se ova dva pojma, „žrtva krivičnog djela“ i „oštećenik“, u pravнополитичким дискусијама i u опćој јавности употребљавају као синоними, израз жртва је више материјалноправне i криминалошке природе, док је израз оштећени процесноправне природе. Ово вриједи i за компаративну правну литературу. Види: Kai-Yuan W., Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im staatlichen Strafverfahren am Beispiel der Nebenklage, Frankfurt am Main (u.a.), Lang, 2007, s. 7.

se odrediti u užem i širem smislu. Žrtva krivičnog djela u širem smislu je svaka ona osoba, pravna ili fizička, kojoj je neposredno neko dobro ili pravo krivičnim djelom ugroženo, povrijeđeno ili uništeno.² Žrtve mogu biti pojedinačne i kolektivne. Svaki pojedinac može biti potencijalna pojedinačna žrtva krivičnog djela. Kolektivne žrtve mogu biti društvene grupe, etničke, vjerske, rasne, nacionalne, ali i neke druge.³

Prema zakonskoj definiciji, oštećeni je osoba čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo.⁴ Navedena prava mogu biti povrijeđena ili samo ugrožena krivičnim djelom. Irelevantno je da li je povrijeđeno ili ugroženo lično ili imovinsko pravo neke osobe. Ako osoba počinjenim krivičnim djelom nije pretrpjela nikakvu štetu u građanskopravnom smislu, nema pravo na postavljanje imovinskopравnog захтјева.⁵ U praksi nije uvijek lako odrediti da li jedna osoba pripada krugu oštećenih ili ne pripada.⁶

Opći pojam oštećenog obuhvaća: (a) oštećenog u užem smislu, (b) oštećenog kao supsidijarnog tužioca i (c) oštećenog kao privatnog tužioca. Oštećeni u užem smislu je učesnik u krivičnom postupku koji se vodi po захтјеву државног туžiоца. On je samostalan, ali sporedni subjekat krivičnog postupka. Oštećeni postaje supsidijarni tužilac u trenutku kada državni tužilac nema osnova da preduzme gonjenje po službenoj dužnosti, u kojem slučaju oštećeni preduzima gonjenje. Oštećeni kao privatni tužilac u nekim zakonodavstvima javlja se kod krivičnih djela manjeg značaja za koja je odredbama krivičnog zakona predviđeno da se gonjenje za njih preduzima po privatnoj tužbi.⁷

2. Međunarodnopravna zaštita žrtve krivičnog djela

Žrtve krivičnih djela „prepoznate“ su i u međunarodnom krivičnom pravu. Najvažniji međunarodni dokumenti koji predviđaju zaštitu žrtava u krivičnom postupku su: Deklaracija UN-a o temeljnim pravima žrtve krivičnih djela i zloupotrebe moći,⁸ zatim Preporuka ministarskog komiteta Vijeća Evrope iz 1987. godine R(87)21⁹ i Preporuka ministarskog komiteta Vijeća Evrope iz 2006. godine R(06)8.¹⁰

² Šeparović, Z., Viktimologija - studije o žrtvama, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1987, str. 99.

³ Kršnetić, J., Položaj oštećenog u krivičnom postupku, Pravni život, Beograd, 9/2002, str. 456. (u daljnjem tekstu: Kršnetić, J., Položaj oštećenog (2002).

⁴ Član 20. tačka h) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09. (u daljnjem tekstu: ZKP BiH).

⁵ Usp. Grubač, M., Krivično procesno pravo, Beograd, 1995, str. 199.

⁶ O tome: Simić-Jekić, Z., Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1983, str. 90.

⁷ Usp. Kršnetić, J., Položaj oštećenog (2002), str. 452.

⁸ Deklaracija o temeljnim pravima žrtava krivičnih djela i zloupotreba moći usvojena je Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih naroda broj 40/34 od 29.11.1985.

⁹ Usvojena je od strane Ministarskog komiteta Vijeća Evrope 17.09.1987.

¹⁰ Usvojena je od strane Ministarskog komiteta Vijeća Evrope 14.06.2006.

Od odluka Evropske unije (EU), najznačajnija je Okvirna odluka EU o položaju žrtve u krivičnom postupku.¹¹ Značajan doprinos položaju žrtve predviđa i Statut Međunarodnog krivičnog suda (MKS), kao i niz drugih dokumenata koji reguliraju ovu materiju. Navedenom Okvirnom odlukom EU u bitnoj je mjeri poboljšana položaj žrtve u krivičnom postupku.¹² I Statut MKS poklanja veliku pažnju pravima žrtve. Tako, u članu 64 stav 2 tog Statuta se navodi: „Raspravno vijeće osigurava pravično i ekspeditivno suđenje koje se vodi uz puno poštovanje optuženikovih prava, te pružanje zaštite žrtvama krivičnog djela i svjedocima.“ U interesu zaštite žrtve osnovano je i posebno tijelo za zaštitu žrtava krivičnih djela u okviru Sekretarijata MKS. Kada je riječ o Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao jednoj od najvažnijih dokumenata Vijeća Evrope, ona na izričit način ne spominje položaj žrtve i oštećenog u krivičnim postupku. Međutim, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) u svojim je odlukama utvrđivao obavezu država da preduzimaju aktivne poteze kako bi zaštitili temeljna prava svojih građana, što podrazumijeva i prava građana oštećenih krivičnim djelom.¹³

3. Osnovna prava oštećenog u krivičnom postupku

Reforma krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini od 2003. godine imala je za cilj usklađivanje domaćeg krivičnog zakonodavstva sa međunarodnim standardima o ljudskim pravima, kao i prihvatanje iskustava drugih zemalja u borbi protiv savremenih oblika kriminaliteta.¹⁴ U okviru te reforme došlo je i do redefiniranja pravnog položaja oštećenog u krivičnom postupku, koji se ogleda kroz ukupnost njegovih prava i dužnosti u tom postupku.¹⁵ To, međutim, ne znači da je njegov položaj tom reformom bitno popravljen. Zapravo, zakonodavac je u dobroj mjeri zanemario interese oštećenog u krivičnom postupku i na taj način marginalizirao njegov položaj, a također i pravosudnu praksu.¹⁶ S druge strane, krivičnoprocesna zakonodavstva mnogih zemalja pokazala su u zadnje vrijeme tendenciju proširenja i jačanja prava žrtve u krivičnom postupku.¹⁷ Naime, sve više je zastupljeno mišljenje

¹¹ Okvirna odluka Evropske unije o položaju žrtve u krivičnom postupku, usvojena je 15.03.2001. (2001/220/JAI).

¹² Opširnije o tome: Tomašević, G. - Pajčić, M., Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika, str. 830.

¹³ U presudi ESLJP u predmetu *Perez v. France* se navodi da Konvencija „ne daje nikakvo pravo na privatnu osvetu.“ Slično je taj Sud riješio i u predmetu *Helmets v. Sweden* i *Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom*.

¹⁴ O nekim novim zakonskim rješenjima, vidi: Bupalović, T., *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. lipnja 2008. godine - pozitivna rješenja i neostvarena očekivanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2/2008.

¹⁵ O tome: Filipović, Lj., *Položaj oštećenog u krivičnom postupku*, Pravo i pravda, 1/2009, Sarajevo, str. 295. (u daljnjem tekstu: Filipović, Lj., *Položaj oštećenog u krivičnom postupku* (2009).

¹⁶ Filipović, Lj., *Položaj oštećenog u krivičnom postupku* (2009), str. 306.

¹⁷ Istu intenciju pokazali su i međunarodni krivični sudovi, s tim što je Statut i Pravila o dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY) posebnu pažnju posvetio žrtvi ukoliko je

da aktivno učešće oštećenog u krivičnom postupku osigurava ne samo njegovo pravo na moralnu satisfakciju i naknadu štete prouzrokovanu krivičnim djelom, nego to ima i javnopravni značaj, budući da on može dati značajan doprinos pravilnom i potpunom utvrđivanju činjeničnog stanja i samoj efikasnosti krivičnog postupka.¹⁸

I pored ovakvog neodgovarajućeg odnosa zakonodavca, oštećeni u krivičnom postupku ima vrlo određena prava i dužnosti. Njegova su prava vezana uz njegovo svojstvo, kao i činjenicu da je oštećeni najčešće žrtva krivičnog djela.¹⁹

U krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH ne može se više govoriti o oštećenom kao ovlaštenom tužiocu, odnosno ovlašteniku prava na privatnu tužbu za krivična djela koja se gone po privatnoj tužbi ili oštećenom kao supsidijarnom tužiocu sa aspekta krivičnih djela koja se gone po službenoj dužnosti.²⁰ Prema načelu oficijelnosti, funkciju krivičnog gonjenja ostvaruje državni tužilac po službenoj dužnosti (*ex officio*) u javnom interesu nezavisno od volje osobe koja je oštećena krivičnim djelom ili neke druge osobe koja bi mogla imati interes da se ostvari ili ne ostvari funkcija krivičnog gonjenja.²¹ Oštećeni jedino ima pravo samo da prijavi krivično djelo, što i nije samo njegovo pravo, već pravo svakog građanina. Izuzetak je predviđen u ZKP-u Republike Srpske (ZKP RS), prema kojem zakonu je za određen broj krivičnih djela predviđeno krivično gonjenje po prijedlogu oštećenog.²² Ovdje je riječ samo o prijedlogu kao uvjetu da bi tužilac dalje mogao preduzeti krivično gonjenje, koje se ostvaruje po službenoj dužnosti.

ZKP BiH propisuje obavezu tužioca da u slučaju donošenja odluke o nesprovođenju istrage, o tome obavijesti oštećenog u roku od tri dana, nakon čega oštećeni, kao i podnosilac prijave, imaju pravo podnijeti pritužbu uredu tužioca u roku od osam dana.²³ I o odluci o obustavi istrage tužilac je dužan obavijestiti oštećenog, koji ima ista prava kao i u slučaju nesprovođenja istrage.²⁴ Oštećeni ima pravo biti obaviješten i o povlačenju optužnice, kao i o obustavi krivičnog postupka, ali u potpunoj ovisnosti o krivičnom postupku u svojstvu svjedoka, dok Međunarodni krivični sud (ICC) garantuje žrtvama čitav niz prava. Više o tome: Filipović, Lj., Položaj oštećenog u krivičnom postupku (2009), str. 297.

¹⁸ Bejatović, S., Oštećeni u krivičnom postupku, Beograd, 1993.

¹⁹ O procesnim pravima oštećenog u krivičnom postupku, opširnije vidi: Simović, M., Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać, 2009, Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I, Pravni fakultet Sarajevo, 2012, str. 229-236, Bejatović, S., Krivično procesno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 173-202, Škulić, M., Krivično procesno pravo, II. izm. i dop. izdanje, Beograd, 2010, str. 109-124, Stevanović, Č. – Đurđić, V., Krivično procesno pravo, Opšti deo, Beograd, 2006, str. 160-172.

²⁰ Izuzetak je Zakon o krivičnom postupku RS, prema kojem oštećeni ima pravo staviti prijedlog nadležnom tužiocu za gonjenje izvršioca krivičnog djela koje se goni po prijedlogu.

²¹ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I. Sarajevo, 2008, str. 90.

²² To su sljedeća krivična djela: neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne (čl. 173 KZ RS), utaja (čl. 235 KZ RS), oduzimanje tuđe stvari (čl. 249 KZ RS), oštećenje tuđih prava (čl. 251 KZ RS), gonjenje kada je učinilac u bliskom odnosu sa oštećenim (čl. 256 KZ RS) i krivično djelo samovlašća (čl. 397 KZ RS).

²³ Čl. 216 stav 4 ZKP BiH.

²⁴ Član 224 stav 2 ZKP BiH

gledu tih odluka nema nikakvih posebnih prava, pa čak ni prava podnošenja pritužbi.

U pogledu ostvarivanja imovinskopravnog zahtjeva u fazi istrage, zakon sadrži odredbe koje se odnose na poučavanje oštećenog o pravu na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva.²⁵ Međutim, ta se pouka ne odnosi na svakog oštećenog, nego samo na onog oštećenog koji se istovremeno saslušava kao svjedok.²⁶ Zakonodavac nije propisao izričito da ga je tužitelj ili onaj ko na zahtjev tužitelja saslušava svjedoka dužan određeno i potpuno poučiti o tom pravu. Takav nedostatak ima i odredba koja se odnosi na poučavanje oštećenog o tom pravu na glavnom pretresu.²⁷ Iz ovih razloga neophodno bi bilo u pravosudnoj praksi, pri poučavanju oštećenog o ovom njegovom pravu, osloniti se na opću odredbu o pouci o pravima sadržanu u članu 12 ZKP-a BiH, te poučiti oštećenog da ima pravo podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku nastalog usljed učinjenja krivičnog djela. Oštećenog bi trebalo poučiti i o pravu da podnese prijedlog za određivanje privremenih mjera osiguranja,²⁸ jer bez jedne takve sveobuhvatne pouke bio bi uskraćen za korištenje svojih ionako reduciranih prava.

Jedno od prava oštećenog je i da bude obaviješten o primjeni i razlozima primjene načela oportuniteta u postupku prema maloljetnicima.²⁹ Tužilac u ovom slučaju ne donosi nikakvu formalnu odluku. Zakonom nije određen rok u kojem tužilac mora obavijestiti oštećenog o tome da neće zahtijevati pokretanje postupka iz razloga cjelishodnosti. Međutim, uzimajući u obzir potrebu najhitnijeg postupanja u postupku prema maloljetnicima, kao i odgovarajuću primjenu propisa o nesprovedenju istrage, tužilac bi morao obavijest o svojoj odluci dostaviti oštećenom i organu starateljstva u roku od tri dana.

Prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivnje sud provjerava, između ostalog, i da li je oštećenom pružena mogućnost da se pred tužiocem izjasni o imovinskopravnom zahtjevu.³⁰ Ova zakonska odredba poboljšava zaštitu interesa oštećenog u krivičnom postupku, koja obavezuje tužioca da se prije zaključenja sporazuma oštećeni izjasni o imovinskopravnom zahtjevu. Iz ovoga proizilazi da će, u slučaju kada ovaj uvjet nije ispunjen, sud odbaciti sporazum.

U ZKP BiH ne postoji zakonska odredba koja obavezuje sud da o glavnom

²⁵ Član 86 stav 10 ZKP BiH sadrži odredbu kojom se propisuje da će se oštećeni koji se saslušava kao svjedok pitati da li želi da u krivičnom postupku ostvari imovinskopravni zahtjev. Međutim, ukoliko tokom postupka do glavnog pretresa nije postavljen prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, sudija, odnosno predsjednik vijeća prije početka glavnog pretresa poučit će oštećenog koji još nije podnio imovinskopravni zahtjev da može podnijeti taj zahtjev do zaključenja glavnog pretresa.

²⁶ Jedini izuzetak u pogledu poučavanja oštećenog o pravu ostvarivanja imovinskopravnog zahtjeva, a da istovremeno nije svjedok može se zaključiti iz odredbe koja se odnosi na razmatranje sporazuma o priznanju krivnje, gdje je između ostalog, oštećenom pružena mogućnost da se pred tužiteljem izjasni o imovinskopravnom zahtjevu. Vidi član 231 stav 6 tačka e) ZKP BiH.

²⁷ Filipović, Lj., *Položaj oštećenog u krivičnom postupku* (2009), str. 324.

²⁸ Član 202 ZKP BiH.

²⁹ Član 352 stav 4 ZKP BiH.

³⁰ Član 231 stav 6 tačka e) ZKP BiH.

pretresu (a ni o pretresu za izricanje krivičnopravne sankcije) obavijesti oštećenog.³¹ Oštećeni će biti pozvan na glavni pretres samo u svojstvu svjedoka, ali moguće je da oštećeni nema svojstvo svjedoka. Pa ipak, pravo oštećenog da prisustvuje glavnom pretresu može se posredno izvesti iz više zakonskih odredbi. Tako je npr. obaveza sudije odnosno predsjednika vijeća da prije početka glavnog pretresa pouči oštećenog koji još nije podnio imovinskopравни захтјев da ga može podnijeti do završetka glavnog pretresa,³² ili o pravu da prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog захтјева može podnijeti do završetka glavnog pretresa, odnosno pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije pred sudom. O potrebi oštećenog da bude obaviješten o glavnom pretresu može se zaključiti i na osnovu odredbe koja oštećenom daje pravo na završnu riječ,³³ kao i o obavezi sudije odnosno predsjednika vijeća da po objavljivanju presude pouči ne samo optuženog, nego i oštećenog o pravu na žalbu. Imajući u vidu prethodno spomenuta prava oštećenog i obaveze suda, kao i s obzirom na prirodnu zainteresovanost oštećenog za ishod sudskog postupka povodom krivičnog djela kojim je povrijeđeno ili ugroženo neko njegovo lično ili imovinsko pravo, zakonodavac bi trebao izričito propisati obavezu suda da na glavni pretres pozove i žrtvu odnosno oštećenog ili da ga barem obavijesti o glavnom pretresu.³⁴

Zastupanje oštećenog u krivičnom postupku preko zakonskog zastupnika ili punomoćnika nije izričito predviđeno zakonskom odredbom, nego i ovo pravo oštećenog izvodimo iz drugih odredbi. Tako, u odredbi člana 242 stav 3 i 4 ZKP BiH spominje se i punomoćnik oštećenog, kao i u odredbi člana 185 stav 2 tačka i) ZKP BiH, u kojoj stoji da troškovi krivičnog postupka obuhvataju nužne izdatke oštećenog i njegovog zakonskog zastupnika.

Ipak, najznačajnije pravo oštećenog je pravo na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog захтјева, koje će u nastavku rada biti detaljnije objašnjeno. Pravo na podnošenje imovinskopravnog захтјева ima osoba koja ovaj захтјев može ostvariti u parničnom postupku.³⁵ Kao posebna novina je pravo oštećenog na predlaganje provođenja postupka medijacije povodom istaknutog imovinskopravnog захтјева.³⁶

Pravo je oštećenog da tokom glavnog pretresa predlaže izvođenje određenih dokaza, kao i pravo na završnu riječ u okviru postavljenog imovinskopravnog захтјева.³⁷ Oštećeni ima pravo da bude saslušan kao svjedok u istrazi kao i na glavnom pretresu, uz primjenu posebnih propisa koji se odnose na saslušanje specifičnih kategorija svjedoka.³⁸

³¹ Filipović, Lj., Položaj oštećenog u krivičnom postupku (2009), str. 309.

³² Član 258 stav 4 ZKP BiH.

³³ Član 277 stav 1 ZKP BiH.

³⁴ Filipović, Lj., Položaj oštećenog u krivičnom postupku (2009), str. 310.

³⁵ Član 194 stav. 1 ZKP BiH.

³⁶ Član 51 ZID ZKP BiH.

³⁷ Član 277 ZKP BiH i član 84 ZID ZKP BiH.

³⁸ Član 81 ZKP BiH i član 24 ZID ZKP BiH, član 86 ZKP BiH i član 29 ZID ZKP BiH, član 264 ZKP

Коначно, оштећени има ограничено право подношења жалбе против првостепене пресуде и то само због: (1) одлуке суда о трошковима кривичног поступка и (2) одлуке суда о имовинскомправном захтјеву.³⁹

4. Појам и сврха адхезијског поступка

Нека заједничка својства кривичног и грађанског деликта довела су до тога да је кривично и грађанско право у појединим случајевима тјесно повезано.⁴⁰ Тако, ако једна особа проузрокује другој особи тешку тјелесну озлједу, у том је случају почињено кривично дјело, али и грађанскоправни деликт, који поред кривичноправне повлачи и грађанскоправну одговорност. Између кривичног и грађанског поступка постоје одређене сличности, али и разлике. Разлике се огледају у различитости предмета о којима суде, посебним начелима и прописима на основу којих дјелују, начину покретања наведених поступака, току самога поступка, врстама и садржају одлука које доносе, али и у неким другим аспектима.⁴¹ Заједничко им је, уз остало, и то да у оба поступка суд има обавезу утврдити истину и доњети правилну и закониту одлуку и о приватној тузби и о јавној оптужби. У корелацији ова два поступка, посебно важно питање је утицај односно међусобна обавезност пресуда кривичног и грађанског суда, посебно какав утицај има кривична пресуда у парничном поступку.

Поред одлучивања о кривичном дјелу, у кривичном се поступку може одлучивати и о споредним предметима различитим од кривичноправног захтјева, као што су имовинскоправни захтјев, трошкови кривичног поступка и прејудичијарна питања ако су повезани с главним предметом.⁴² Законом је, дакле, допуштено у појединим случајевима кривичном поступку „примјешити“ парнично расправљање у којем би се рјешавало о имовинскомправном захтјеву проистеклом из почињеног кривичног дјела. Парнична расправа која се поводом постављеног имовинскоправног захтјева води у оквиру једног кривичног предмета према правилима кривичног поступка назива се адхезијски поступак.⁴³ Адхезијски поступак могуће је водити и у неким другим поступцима, примјериче у прекршajном и управном поступку.

БиХ и члан 77 ЗИД ЗКР БиХ.

³⁹ О правима оштећеног у кривичном поступку детаљније види: Пивић, Н., Процесноправни положај оштећеног у кривичном поступку, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Зеници, 2009, стр. 95-121.

⁴⁰ Правосудни систем представља јединствену целину те као такав мора јединствено дјеловати. Примјериче, у истим правним питањима не би смιο различито судити. О томе: Garraud, R., *Traité théorique et pratique d' instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, s. 151.

⁴¹ Усп. Познић, Б., Грађанско процесно право, осмо измјенјено и допуњено издање, *Савремена администрација*, 1982, Београд, стр. 74.

⁴² Више о томе: Вasiljević, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, *Савремена администрација*, Београд, 1981, стр. 195, Triva, S. - Dika, M., *Грађанско парнично процесно право*, седмо измјенјено и допуњено издање, Загреб, 2004, стр. 86. (у даљњем тексту: Triva, S. - Dika, M., *GPPP*, 2004).

⁴³ Правни лексикон, Лексикографски завод Мiрослав Крлежа, Загреб, 2007, стр. 12.

Za vođenje adhezijskog postupka⁴⁴ u okviru krivičnog postupka svojstveno je istovremeno odlučivanje o krivičnom djelu i o imovinskopravnom zahtjevu oštećenika, čime se postiže efikasnost i ekonomičnost sudskog postupanja, te učinkovita i brza zaštita njegovih osobnih i imovinskih prava ugroženih ili povrijeđenih krivičnim djelom.⁴⁵ Raspravljajući o krivičnom djelu i krivnji počinitelja, sud istovremeno izvodi dokaze i o građanskom sporu nastalom između okrivljenika i oštećenika, što je zapravo racionalno postupanje suda.⁴⁶ Time se izbjegava vođenje dva sudska postupka. Za oštećenika je, naime, adhezijski postupak povoljniji od parničnog postupka.⁴⁷ Taj je postupak brži, jeftiniji i efikasniji od mogućeg, naknadno pokrenutog parničnog postupka. Iako se u okviru tog adhezijskog krivičnog postupka primjenjuju odredbe krivičnoprocesnog zakonodavstva, oštećenik i u tom postupku mora imati sva pravna sredstva za ostvarenje svojega zahtjeva, kao i u parničnom postupku. Pa ipak, odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u krivičnom postupku ne bi trebalo uvijek biti dopušteno, već samo onda ako se time ne ugrožava ostvarenje temeljnih ciljeva krivičnog postupka i ako se ne bi znatno odugovlačio taj postupak.⁴⁸ Iz navedenog proizlazi da je osnovni preduvjet prema čl. 193 st. 1 ZKP BiH, da bi se mogao raspraviti imovinskopравни zahtjev u adhezionom postupku, pored činjenice da taj zahtjev mora podnijeti ovlaštena osoba, jest da se tim zahtjevom ne bi znatno odugovlačio krivični postupak. To podrazumijeva da se zahtjev mora odnositi na tačno određen predmet, mora biti takav da se može ostvariti u parnici, da potiče iz krivičnog djela, zahtjev mora biti usmjeren protiv optuženog i ne smije znatno utjecati na odugovlačenje postupka. Ukoliko bi rješavanje imovinskopavnog zahtjeva odugovlačilo krivični postupak u tom će slučaju sud uputiti slučaj na parnični postupak, u kojem se moraju poštovati utvrđenja krivičnog suda koja se odnose na zakonska obilježja krivičnog djela.⁴⁹

Samo očekivano znatno odugovlačenje, a ne svako odugovlačenje krivičnog postupka, predstavlja opravdan razlog za sud da u toku krivičnog postupka ne ra-

⁴⁴ Latinska riječ *adhaerere* znači: držati se čega, prijanjati, a u pravnom smislu znači: priključenje. Vidi: Klaić, B., Rječnik stranih riječi, Školska knjiga, Zagreb, 2007, str. 12.

⁴⁵ Usp. Triva - Dika, GPPP, 2004, str. 144.

⁴⁶ Usp. Kraus, B., Oštećenik u krivičnom postupku sa posebnim osvrtom na ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva u adhezijskom postupku, Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 4/1982, str. 528, (u daljnjem tekstu: Kraus, B., Oštećeni u krivičnom postupku (1982); Tomašević, G., Kazneno procesno pravo, Opći dio: Temeljni pojmovi, Pravni fakultet Split, 2011, str. 29. (dalje: Tomašević, KPP, 2011)

⁴⁷ O tome više: Kunštek, E., Actio civilis u kaznenom postupku – prijedlog novele, Decennium Moztanicense, Zbornik radova, Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 209. (u daljnjem tekstu: Kunštek, E., Actio civilis u kaznenom postupku (2008).

⁴⁸ Adhezijski postupak u hrvatskom zakonodavstvu uređen u Glavi XI. u čl. 153 do 162 Zakona o kaznenom postupku, koji je stupio na snagu 1. IX. 2011. godine, po svojim osnovnim obilježjima slično kao i Zakonu o kaznenom postupku iz 1997.

⁴⁹ Usp. Poznić, B. - Rakić-Vodinelčić, V., Građansko procesno pravo, Beograd, 1999, str. 72. (u daljnjem tekstu: Poznić, B. - Rakić-Vodinelčić, V., Građansko procesno pravo (1999).

spravi imovinskopravni zahtjev nastao učinjenjem krivičnog djela. Međutim, upućivanje oštećenog da svoj imovinskopravni zahtjev ostvaruje u parničnom postupku s obrazloženjem da bi raspravljanje o njemu znatno odugovlačilo krivični postupak istovremeno nameće jedno drugo pitanje, a to je da li je ovakvom odlukom sud propustio da utvrdi sve pravno relevantne činjenice za odlučivanje o glavnoj stvari, kao i one za odmjeravanje kazne (npr. jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, odnosno povredu ličnog ili imovinskog prava oštećenog). Upravo iz ovih razloga neophodno je utvrditi u krivičnom postupku obim štete, odnosno stepen povrede koji je pretrpio oštećeni, jer je to značajno za pravilno odmjeravanje kazne. Kada bi sud ispunio tu svoju obavezu, onda ne bi postojalo znatno odugovlačenje postupka, niti bi postojala potreba njegovog upućivanja na parnicu, u kojoj po pravilu dolazi do ponovne, sekundarne viktimizacije žrtve krivičnog djela.⁵⁰

U vezi s navedenim, treba ipak naglasiti da ovlaštena osoba na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva ima pravo izbora da li će svoj zahtjev ostvarivati u krivičnom postupku ili u građanskoj parnici, kao i pravo prenošenja ostvarivanja ovog zahtjeva iz jednog u drugi postupak.⁵¹ Vođenje adhezijskog postupka isključuje mogućnost istovremenog ili naknadnog vođenja parničnog postupka o istoj stvari. Važna komponenta imovinskopravnog zahtjeva je odluka suda po kojoj se okrivljenik obavezuje da nadoknadi štetu prouzrokovanu izvršenim krivičnim djelom. Ova odluka ima nesumnjiv kriminalno politički značaj u smislu odgojnog učinka sudske odluke, resocijalizacije delinkventa, kao i uopće prevencije kriminaliteta.⁵²

5. Subjekti adhezijskog postupka

Subjekti adhezijskog postupka su procesni ovlaštenici u postupku s određenim pravima i obavezama predviđenih zakonom. To su: (1) sud, nadležan za odlučivanje o imovinskopravnim zahtjevima, (2) ovlaštenici prava na imovinskopravni zahtjev: (a) žrtva krivičnog djela, (b) oštećenik i (c) druge osobe koje su ovlaštene takav zahtjev ostvarivati u parnici i (3) okrivljenik, čijim djelom je ugroženo ili povrijeđeno oštećenikovo osobno ili imovinsko pravo. Stranke u adhezijskom postupku su osobe koje bi u parničnom postupku imale položaj tužitelja i tuženika. To su: oštećenik, osoba ovlaštena na postavljanje imovinskopravnog zahtjeva i b) okrivljenik, osoba prema kojoj se imovinskopravni zahtjev postavlja.⁵³

1) *Sud*. O imovinskopravnom zahtjevu odlučuje sud pred kojim se vodi kazneni postupak neovisno o tome koji bi sud bio stvarno i mjesno nadležan za odlučiva-

⁵⁰ Filipović, Lj., Položaj oštećenog u krivičnom postupku (2009), str. 327.

⁵¹ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I, Sarajevo, 2008, str. 247.

⁵² Detaljnije vidi: Kraus, B., Oštećeni u krivičnom postupku (1998), str. 528; Kobe, P., Položaj žrtve u sudskom postupku s posebnim osvrtom na adhezijski postupak, Revija za kriminalistiku i kriminologiju, 1/77, 66; Zlartarić, B., Adhezioni postupak prema novom ZKP, Naša zakonitost, 10/53, str. 536; Bejatović, S., Oštećeni u krivičnom postupku, Beograd, 1993, str. 68.

⁵³ O pojmu stranke, vidi: Tomašević, KPP, 2011, str. 105.

nje o tom zahtjevu u građanskom parničnom postupku prema Zakonu o parničnom postupku.

2) *Ovlaštenici prava na imovinskopравни zahtjev*. Prijedlog za ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva u krivičnom postupku može podnijeti osoba koja je ovlaštena na podnošenje takvog zahtjeva u parničnom postupku,⁵⁴ a to je osoba koja ima tzv. aktivnu legitimaciju.⁵⁵ Osim oštećenika, ovlaštenik toga prava može biti i žrtva krivičnog djela, ali i druge osobe koje su prema pravilima parničnog postupka ovlaštene na podnošenje tužbe. Ovlaštenik na podnošenje imovinskopavnog zahtjeva mora imati stranačku sposobnost koja se određuje prema odredbama ZPP-a. Uz to mora imati i pravni interes za podnošenje toga zahtjeva, jer je imovinskopравни zahtjev u adhezijskom postupku ekvivalent tužbenom zahtjevu u parnici.⁵⁶ Formalne odredbe koje se odnose na postavljanje imovinskopavnog zahtjeva u zakonu su minimalno navedene. Sam prijedlog za ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva ne mora biti samostalni akt.⁵⁷ Pred krivičnim i parničnim sudom imovinskopравни zahtjev mogu ostvariti i osobe na koje je prešlo imovinsko pravo bilo kojim pravnim poslom među živima ili u slučaju smrti.⁵⁸

Kada je u pitanju imovina Bosne i Hercegovine koja je oštećena usljed učinjena krivičnog djela, imovinskopравни zahtjev postavlja Pravobranilaštvo BiH koje ima sva ona prava koja su predviđena Zakonom o pravobranilaštvu BiH, kao i sva prava koja ima oštećeni u krivičnom postupku.⁵⁹

Prema Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske (ZKP RH), oštećenik se u krivičnom postupku može pojaviti kao: oštećenik (koji nije stranka), privatni tužitelj, supsidijarni tužitelj, podnositelj prijedloga za kazneni progon, te podnositelj imovinskopavnog zahtjeva. Pravo je oštećenika na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva te prijedloga za određivanje privremenih mjera osiguranja toga zahtjeva. Ukoliko bude nezadovoljan odlukom suda o njegovom zahtjevu, ima pravo podnošenja žalbe protiv odluke o imovinskopavnom zahtjevu.⁶⁰

Bitna novost u novom ZKP RH iz 2008. u pogledu predmeta adhezijskog postupka je proširenje mogućnosti podnošenja imovinskopavnog zahtjeva na svaki zahtjev koji se može postaviti u parnici (čl. 154 st. 1 ZKP RH). Time je izjednačeno podnošenje imovinskopavnog zahtjeva s podizanjem građanske tužbe (približen

⁵⁴ Čan. 194 stav 1 ZKP BiH.

⁵⁵ O pojmu stvarne legitimacije vidi: Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., Građansko procesno pravo (1999.), 119, Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I, sarajevo, 2008, str. 248.

⁵⁶ Usp. Kunštek E., u: Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, Rijeka, 2011, str. 339. (dalje: Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011).

⁵⁷ Bejatović, S., Krivično procesno pravo. Beograd, 2008, str. 194.

⁵⁸ Kao npr. nasljeđe, testament ili zakonska, univerzalna ili singularna sukcesija.

⁵⁹ Sijerčić-Čolić, H. et all, Komentari Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 552.

⁶⁰ Može se ustvrditi da je u hrvatskom kaznenom procesnom pravu položaj oštećenika znatno povoljniji nego u većini poredbenopravnih zakonodavstava. O tome detaljnije: Tomašević, G. - Pajčić, M., Subjektu u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika u novom hrvatskom kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 821.

konceptiji *actio civilis*),⁶¹ što pridonosi poboljšanju položaja žrtve kao oštećenika u postupku, sukladno Preporuci R(85)11⁶² o položaju žrtve u kaznenom pravu i Preporuci R(87)21⁶³ o pomoći žrtvama i prevenciji viktimizacije.

Prema ZKP RH, žrtva ima pravo sudjelovati u kaznenom postupku kao oštećenik, što znači da ima pravo podnošenja imovinskopravnog zahtjeva. Posebno je pravo žrtve da naknadu materijalne i nematerijalne štete prouzročene krivičnim djelom, osim u adhezijskom postupku, može ostvarivati iz sredstava posebnog državnog fonda, u skladu s odredbama Zakona o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela.⁶⁴

Pravo na postavljanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku ne pripada samo oštećeniku, već svakome tko je ovlašten takav zahtjev ostvarivati u parnici. To su i osobe na koje je prešla tražbina oštećenika nastala počinjenim krivičnim djelom. Državni odvjetnik nije ovlašten podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva budući da se ovaj postupak ne pokreće u javnom interesu već u privatnom interesu oštećenika.

3) *Okrivljenik*. Imovinskopravni zahtjev u adhezijskom postupku može se postaviti samo prema okrivljeniku, a ne i trećoj osobi građanskopravno odgovornoj za štetu koju je prouzrokovao okrivljenik,⁶⁵ iako bi to bilo cjelishodno s aspekta ostvarivanja načela efikasnosti i ekonomičnosti, te zaštite prava oštećenika.⁶⁶

6. Predmet adhezijskog postupka

Imovinskopravni zahtjev može se odnositi na: 1) naknadu štete, 2) povrat stvari i 3) poništenje pravnog posla.⁶⁷ Ovaj prijedlog može obuhvatiti (kumulirati) sva tri zahtjeva ako se ispune uvjeti za svaki od njih pojedinačno.⁶⁸

1) *Naknada štete*. Krivično djelo, pored povrede ili ugrožavanja općih pravnih dobara, istodobno može prouzročiti i štetu građaninu. Ta šteta mora potjecati neposredno iz krivičnog djela i mora se zasnivati na pravno zaštićenom interesu.⁶⁹

⁶¹ O tome: Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 333.

⁶² Preporuka R(85)11 načelno upućuje da se prema žrtvi postupa s razumijevanjem, konstruktivno i zaštitnički. Ako se o kaznenom progonu odlučuje prema načelu oportuniteta, trebalo bi prethodno zahtijevati izjašnjenje žrtve, a uz to da žrtva ima mogućnost pobijanja odluke o obustavi kaznenog progona.

⁶³ Preporuka R(87)21, odnosi se na pomoć žrtvama i sprječavanje viktimizacije, a Preporuka (06)8, općenito na pomoć žrtvama kaznenih djela.

⁶⁴ Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela (RH), NN br. 80/2008.

⁶⁵ Ovo zakonsko rješenje je sukladno njemačkom rješenju prema kojem je dosuđivanje imovinskopravnog zahtjeva moguće samo u odnosu na okrivljenika.

⁶⁶ Tako, Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 335.

⁶⁷ Član 193 stav 2 ZKP BiH.

⁶⁸ O pojmu materijalne i nematerijalne štete, detaljnije vidi: Bikić, A., Obligaciono pravo, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007.

⁶⁹ Usp. Majstorović, D., Naknada neimovinske štete u adhezijskom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2006, str. 461.

Naknada štete u adhezijskom postupku je jedan od oblika popravljanja štete koji se sastoji u novčanom ekvivalentnom iznosu.⁷⁰ Podnošenje imovinskopravnog zahtjeva za naknadu štete u krivičnom postupku izjednačuje se s redovitim podnošenjem parnične tužbe o kojoj odlučuje parnični sud u građanskom parničnom postupku. Naknadu štete sud će dosuditi vodeći računa o okolnostima svakoga konkretnog slučaja.⁷¹ Kada je više osoba dužno nadoknaditi štetu kao rezultat saučesništva u krivičnom djelu, oni solidarno odgovaraju za cjelokupnu štetu.⁷²

2) *Povrat stvari.*⁷³ Imovinskopravni zahtjev može glasiti i na povrat stvari. Sud će dosuditi povrat određene stvari ako utvrdi da ona pripada oštećeniku i ako ta stvar po nekom punovažnom pravnom osnovu nije dospjela u ruke treće osobe. Zahtjev za povrat stvari može se odnositi kako na pokretnu tako i na nepokretnu stvar.⁷⁴ Da bi stvar za koju je podnešen zahtjev za povrat bila vraćena, moraju se ispuniti dva uvjeta: da stvar pripada oštećenom i da se stvar nalazi kod optuženog ili nekog od učesnika u krivičnom djelu ili lica kojem su oni dali stvar na čuvanje (čl. 199 ZKP BiH).⁷⁵ ZKP RH predviđa mogućnost predaje stvari oštećenom u toku postupka, ne čekajući konačnu odluku o tom zahtjevu na kraju postupka, u kojem slučaju imovinskopravni zahtjev u tom pravcu postaje bespredmetan.

3) *Poništenje pravnog posla.*⁷⁶ Predmet imovinskopravnog zahtjeva može biti i poništenje nekoga pravnog posla neposredno nastalog izvršenjem krivičnog djela.⁷⁷ Sud će izreći u presudi, ako je zahtjev osnovan, da se potpuno ili djelomično poništi određeni pravni posao, te pritom naložiti određene mjere.⁷⁸ Poništenje pravnog posla može se odnositi na jednostrane ili dvostrane, teretne ili dobročine, one koji su sklopljeni među živima ili za slučaj smrti, ali i neke druge.⁷⁹ Ukoliko sud utvrdi da je zahtjev za poništenje pravnog posla osnovan, u tom slučaju će izreći presudu kojom se potpuno ili djelimično poništava pravni posao s posljedicama koje otuda proističu, ne dirajući u prava trećih osoba.⁸⁰ Pravni posao koji se može poništiti mora imati imovinskopravni karakter i mora neposredno proizilaziti iz krivičnog djela.

⁷⁰ O tome: Klarić, P. - Vedriš, M., Građansko pravo, XI izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008, str. 633.

⁷¹ Usp. Sijerčić-Čolić, H. - Hadžiomerađić, M. - Jurčević, M. - Kaurinović, D. - Simović, M., Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005, str. 549. (u daljnjem tekstu: Sijerčić-Čolić, H., et al, Komentari zakona o krivičnom postupku (2005).

⁷² Odluka Vrhovnog suda Srbije, Kž-570/88, od 2.9.1988; Vrhovnog suda Hrvatske, Kž-1813/71 od 9.3.1972. Usp. Sijerčić-Čolić, H., et al, Komentari Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 549.

⁷³ Treba razlikovati zahtjev za povrat stvari od šireg zahtjeva za povrat u prijašnje stanje koji obuhvaća svako uspostavljanje materijalnog stanja koje je postojalo prije počinjenoga kaznenog djela. O tome: Vasiljević, T., Sistem, 1981, str. 199.

⁷⁴ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, Sarajevo, 2008, str. 248.

⁷⁵ Sijerčić-Čolić, H., et al, Komentari Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 549.

⁷⁶ Nije moguće tražiti poništenje svakoga pravnog posla, npr. tražiti poništenje braka.

⁷⁷ To je, u pravilu, pravni posao sklopljen prevarom, iznudom, i slično.

⁷⁸ Poništaj pravnog posla u odnosu na treće osobe može se postići samo u posebnoj parnici.

⁷⁹ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I, Sarajevo, 2008, str. 248.

⁸⁰ Usp. Sijerčić-Čolić, H. et al, Komentari Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 550.

7. Postupak povodom imovinskopravnog zahtjeva

Dvije su bitne pretpostavke za pokretanje postupka i odlučivanje o imovinskoppravnom zahtjevu u krivičnom postupku: (a) mora postojati prijedlog ovlaštene osobe za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva i (b) raspravljajem o imovinskoppravnom zahtjevu ne smije se znatno odugovlačiti krivični postupak. Raspravljanje o imovinskoppravnom zahtjevu u krivičnom postupku ovisi isključivo o dispoziciji ovlaštenika na podnošenje tog zahtjeva, što znači da o njemu sud nije ovlašten odlučivati po službenoj dužnosti.⁸¹ Sud raspravlja o imovinskoppravnom zahtjevu ovlaštenih osoba samo ako se zbog toga ne bi znatno odugovlačio krivični postupak. U protivnom, oštećenik se upućuje na parnicu. Time ne bi bila povrijeđena njegova prava, s obzirom da ih može ostvarivati u drugom sudskom postupku. Zakon ne daje odgovor kada postoji znatno odugovlačenje postupka, već tu činjenicu sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju (*questio facti*).⁸² Samo je *znatno* odugovlačenje krivičnog postupka razlog za upućivanje oštećenika na parnicu, a ne i svako (uobičajeno) odugovlačenje.

Prema ZKP BiH, prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku, u pravilu, podnosi se sudu najkasnije do završetka glavnog pretresa, odnosno pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije. Prema novom ZKP-u BiH, moguće ga je podnijeti i tužiocu.⁸³ Stvarna i mjesna nadležnost suda koji će odlučivati o imovinskoppravnom zahtjevu određuje se prema pravilima krivičnog, a ne parničnog postupka.⁸⁴ U nekim zakonodavstvima ovo je pitanje drugačije riješeno. Tako, prema ZKP-u RH, prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva podnosi se tijelu kojem se podnosi kaznena prijava ili sudu koji vodi postupak najkasnije do završetka dokaznog postupka pred prvostupanjskim sudom.⁸⁵ Tužitelj je dužan poučiti oštećenika da taj prijedlog može staviti do završetka dokaznog postupka.

Imovinskoppravni zahtjev mora biti tačno i precizno određen s prijedlogom dokaza, bez obzira da li je podnesen usmeno ili pismeno.⁸⁶ Zahtjev mora sadržavati bitne elemente tužbe iz parničnog postupka kako bi se po njemu moglo raspraviti i odlučiti.⁸⁷ Ovlaštenik je dužan u prijedlogu određeno naznačiti svoj zahtjev i u tom

⁸¹ Nasuprot tome, postupak za oduzimanje imovinske koristi koji je po svom predmetu sličan adhezijskom postupku, sve do donošenja Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem (NN 145/10) odnosno posljednjih izmjena ZKP iz 2011, vodio se po službenoj dužnosti, a sada po prijedlogu tužitelja.

⁸² Usp. Kaleb, Z., Odluka o imovinskoppravnom zahtjevu u kaznenom postupku (adhezijski postupak), Hrvatska pravna revija, 7-8, Zagreb, 2008, str. 107.

⁸³ Član 195 stav 1 i 2 ZKP BiH i član 49 ZID ZKP BiH.

⁸⁴ Bez značaja je to što bi pred parničnim sudom bio nadležan drugi mjesno i stvarno nadležan sud. Sijerčić-Čolić, H., et al, Komentari Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 552.

⁸⁵ Tako Kunštek, E, u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 341.

⁸⁶ Član 195 stav 3 ZKP BiH.

⁸⁷ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Kž-1842/72 od 17.12.1972. Usp. Sijerčić-Čolić, H., et al, Komentari

pravcu podnijeti dokaze. Pravilno i potpuno sačinjavanje zahtjeva je potrebno, jer zahtjev zamjenjuje parničnu tužbu, te i zbog toga što se sud prilikom odlučivanja kreće u granicama postavljenog zahtjeva.⁸⁸

Podnošenje imovinskopravnog zahtjeva ima iste procesne posljedice kao i podnošenje parnične tužbe u tom pravcu.⁸⁹ Pri tome treba naglasiti da se adhezijski postupak vodi prema odredbama ZKP-a, a ne prema odredbama ZPP-a. Pravilo je da će sud ispitati okrivljenika o činjenicama navedenim u prijedlogu, te utvrditi sve okolnosti koje su važne za utvrđivanje imovinskopravnog zahtjeva. Sud će ispitati i oštećenika o činjenicama navedenim u prijedlogu. Oštećenik ili njegov punomoćnik mogu u svom završnom govoru obrazložiti imovinskopravni zahtjev i predložiti njegovu prihvaćanje. Nakon podnesenoga prijedloga, pokrenuti postupak za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva dalje se vodi i teče po službenoj dužnosti, što znači da tužilac mora prikupiti sve dokaze o imovinskopravnom zahtjevu vezanom za krivično djelo, a sud ispitati osumnjičenog, odnosno optuženog o činjenicama vezanim za prijedlog ovlaštene osobe.⁹⁰ Treba istaknuti da se, dok teče parnica, ne može voditi adhezijski postupak o istom zahtjevu i obratno.⁹¹

Odustajanje od imovinskopravnog zahtjeva moguće je do završetka glavnog pretresa, odnosno pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije. U tom slučaju svoj zahtjev mogu ostvariti u parničnom postupku.⁹² Međutim, ako je više osoba postavilo imovinskopravni zahtjev, u tom slučaju odustanak jednog od njih ne utiče na prava drugih ovlaštenika toga prava.⁹³

Prema Zakonu o krivičnom postupku BiH, imovinskopravni zahtjev se može rješavati i putem medijacije.⁹⁴ Prijedlog za medijaciju može dati sam sud, ali i oštećeni, optuženi i njegov branioc, ukoliko smatraju da je takav postupak svrsishodan.⁹⁵ Ovaj način alternativnog rješavanja i ovakvih sporova može značajno doprinijeti rasterećenju pravosuđa i jednostavnijem i bržem rješavanju određenih prava i interesa.⁹⁶

Imovinskopravni zahtjev treba omogućiti da žrtve krivičnih djela ostvare nadoknadu štete. Ta se svrha tim zahtjevom najčešće ne ostvaruje. Prije svega, veliki broj tih zahtjeva ne bude riješen u krivičnom postupku, već se upućuje u građanski postupak. Kada se i dosudi imovinskopravni zahtjev, u praksi je teško ili nemoguće

Zakona o krivičnom postupku (2005), str. 553; Sijerčić - Čolić, H., Krivično procesno pravo pravo, knjiga I, 2008, str. 248.

⁸⁸ Usp. Vasiljević, T., Sistem, 1981, str. 211.

⁸⁹ Tako Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 354.

⁹⁰ Član 197 ZKP BiH i član 50 ZID ZKP BiH.

⁹¹ Tako, Žuvela, M., Parnični postupak i krivični postupak, Naša zakonitost, 9-10/1989, str. 1192.

⁹² Član 196 stav 1 ZKP BiH.

⁹³ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo pravo, knjiga I, Sarajevo, 2008, str. 249.

⁹⁴ Član 51 ZID ZKP BiH, član 108 stav 2 ZKPRS, član 212 stav 2 ZKPFBiH i član 198 stav 2 ZKPBDBiH.

⁹⁵ Član 51 ZID ZKP BiH.

⁹⁶ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo pravo, knjiga I, Sarajevo, 2008, str. 250.

dobiti odštetu od učinioca, zbog sporog i neefikasnog izvršnog postupka.⁹⁷ Upravo iz tih razloga neke zemlje članice Evropske unije imaju posebne zakone o odšteti žrtvama krivičnih djela.⁹⁸ Ti zakoni imaju evropsku pravnu osnovu i ona proizilazi iz potrebe zaštite slobodnog kretanja građana i usluga među državama članicama Evropske zajednice. Tako, građanin svake države članice Evropske unije, koji je u jednoj od članica Evropske unije bio žrtva krivičnog djela, ima pravo na odštetu od te države.⁹⁹ Ovim se želi garantirati zaštita prava pojedinaca koji u kretanju kroz zemlje članice Evropske unije mogu postati žrtve nasilničkih krivičnih djela s umišljajem, koji su počinjeni u državi u kojoj nemaju stalni boravak.¹⁰⁰ Potrebno je napomenuti da kao uvjet u ovakvim slučajevima nije poznavanje počinioca djela, kao ni to da li je krivični postupak započet ili završen. Posebna komisija ocjenjuje opravdanost odštete i njenu visinu.¹⁰¹

8. Odluke suda o imovinskopравном zahtjevu

Odlučujući o imovinskopравном zahtjevu, sud može donijeti sljedeće odluke:

1) ukoliko optuženog proglasi krivim - dosuditi imovinskopравni zahtjev u cjelini ili djelimično, a za ostatak ga uputiti na parnični postupak,

2) ukoliko podaci ne pružaju pouzdan osnov ni za potpuno ni za djelimično presuđenje - oštećenika uputiti na parnični postupak,

3) u slučaju donošenja presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe, ili donošenja odbijajuće presude ili se krivični postupak obustavlja – oštećenika uputiti sa svojim imovinskopравnim zahtjevom na parnicu.¹⁰²

Posebno treba naglasiti da sud u krivičnom postupku ne može donijeti odluku kojom se imovinskopравni zahtjev odbija,¹⁰³ bez obzira što bi se u parničnom postupku takva odluka mogla donijeti.¹⁰⁴ Oštećenik nema nikakvih pravnih sredstava ako se u krivičnom postupku ne raspravlja i ne odluči o njegovu zahtjevu, iako bi bilo primjereno i korisno s aspekta učinkovite zaštite njegovih interesa omogućiti mu žalbu protiv takve odluke suda, koja bi zbog toga morala biti obrazložena. Ipak,

⁹⁷ Više o tome: Filipčić, K., Položaj žrtava krivičnih djela u zakonodavstvu Republike Slovenije. Temida, 1/2008, Beograd, 2008, str. 55. (u daljnjem tekstu: Filipčić, K., Položaj žrtava krivičnih djela, 2008).

⁹⁸ Kao primjer može poslužiti Slovenija koja je 2005. godine donijela Zakon o odšteti žrtvama krivičnih djela. Ovaj zakon zasnovan je na zelenoj knjizi o odšteti žrtvama krivičnih djela, koju je pripremila Evropska komisija 28. 09.2001.

⁹⁹ Filipčić, K., Položaj žrtava krivičnih djela (2008), str. 56.

¹⁰⁰ Vidi: Ian William Cowan v. Tresor public, 186/87, European Court reports, 1989., s. 195.

¹⁰¹ Filipčić, K., Položaj žrtava krivičnih djela (2008), str. 57.

¹⁰² Član 198 ZKP BiH

¹⁰³ Ipak, postoje stajališta kako bi trebalo omogućiti odbijanje imovinskopравnog zahtjeva, kao i omogućiti sudu da o njemu odluči kada okrivljenika oslobodi od optužbe.

¹⁰⁴ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo, knjiga I, Sarajevo, 2008, str. 249.

odbijanje odlučivanja o imovinskopравном захтјеву не представља повреду права на прavično суђење из чланка 6/1 Конвенције¹⁰⁵, јер се то одлучивање преноси на парнични суд који ће одлучити о том захтјеву.¹⁰⁶

Из наведеног произлази да суд *mora* упутити овлаштenu особу на парницу чак и ако је окривљеник признао имовинскоправни захтјев, када: 1) donese ослобађајућу пресуду, 2) пресуду којом се оптужба одбија, 3) рјешење о обустави кривичног поступка, 4) у поступку против малолјетника изрекне одгојну мјеру или обустави поступак.¹⁰⁷ Суд *može* упутити овлаштenu особу на парницу у случајевима: 1) ако сматра да би расправљање и одлучивање о њему знатно одулјило кривични поступак, 2) када постоји спор више оштећеника у веzi с власништвом ствари, јер није овлаштен расправљати захтјеве између различитих оштећеника и 3) када чињенице које је utvrdio не дају поуздану основу за пресуђење.¹⁰⁸ Суд би у случају да се огласи ненадлежним *trebao* упутити овлаштenu особу да поднесе свој имовинскоправни захтјев надлежном суду.

Zakon nema одредбу temeljem које би суд *odbacio* имовинскоправни захтјев, npr. zbog непостојања процесних претпоставки за његово подношење. Једино би могао аналогном примјеном одговарајућих одреdbи ту странку позвати да исти dopuni или исправи, а ако то не учини у остављеном року donijeti рјешење о одбацају захтјева.

Кривична пресуда у дијелу којом је досуђен имовинскоправни захтјев има значење правомоћне пресуде парничног суда и као таква представља извршну исправу за извршење и принудну наплату досуђеног потраживања.

9. Жалба против одлуке о имовинскоправном захтјеву

Zakon је propisao да оштећеник може жалбом побijати пресуду zbog одлуке суда о трошковима кривичног поступка и одлуке о имовинскоправном захтјеву. Одлука о имовинскоправном захтјеву може се побijати kad је суд donio одлуку супротно законским propisима. Закон не govori о другим могућим ситуацијама које би такођер биле на штету оштећеника. На примјер, суд може propustiti одлучити о имовинскоправном захтјеву у cjelini или у једном дијелу, или propustiti donijeti одлуку којом оштећеника upućuje да свој имовинскоправни захтјев ostvaruje у парници. Како се у тим случајевима не може donijeti dopunska пресуда, у nemogućности кориштења одговарајућег правног лијека, оштећенику једино preostaje mogućност ostvarivanja свог права у парници, али не prije правомоћног okončanja кривичног поступка zbog забране dvostruke litispendencije. Stoga би правилније рјешење било omogućiti оштећенику право жалбе и zbog bitnih povreda кривичног поступка kada суд својом одлуком није у cjelosti riješio предмет имовинскоправног захтјева, odnosno kada uopće није одлучио о захтјеву.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Конвенција за заштиту људских права и temeljnih sloboda, NN – MU, br. 6/99, 8/99, 14/02, 9/05.

¹⁰⁶ Prema: Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 336.

¹⁰⁷ Usp. Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 349.

¹⁰⁸ Kunštek, E., u: Pavišić, B., Komentar ZKP, 2011, str. 349.

¹⁰⁹ О праву на жалбу у кривичном поступку, detaljnije види: Bubalović, T., Pravo на жалбу у kazненом

10. Poredbeni prikaz uređenja adhezijskog postupka u državama nastalim disolucijom donedavne zajedničke države.

Ne postoje velike razlike u zakonskom uređenju adhezijskog postupka u BiH i u državama nastalim disolucijom bivše zajedničke države. Neke ipak postoje. Tako, dok se prema ZKP-u RH¹¹⁰ imovinskopravni zahtjev može se odnositi na bilo koji zahtjev koji se može podnijeti u parnici, prema ZKP-u Federacije Bosne i Hercegovine (ZKP FBiH)¹¹¹ i ZKP-u Republike Slovenije (ZKP SLO),¹¹² taj se zahtjev može odnositi samo na naknadu štete, povrat stvari ili poništavanje određenoga pravnog posla. Slična su rješenja i u ZKP-u Republike Makedonije (ZKP RM),¹¹³ ZKP-u Crne Gore (ZKP CG)¹¹⁴ i ZKP-u Republike Srbije (ZKP RS).¹¹⁵ Razlika je i u tome što se prema ZKP-u RH prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva može podnijeti najkasnije do završetka dokaznog postupka pred prvostupanjskim sudom, dok ZKP FBiH, ZKP RM i ZKP RS¹¹⁶ taj prijedlog može podnijeti najkasnije do završetka glavnog pretresa, odnosno ročišta za izricanje krivičnopravne sankcije. Također, ovlaštena osoba prema ZKP-u RH može odustati od prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku i ostvarivati ga u parnici do završetka dokaznog postupka, a prema ZKP-u FBiH i ZKP-u RS¹¹⁷ odustati može do završetka glavnog pretresa, odnosno ročišta za izricanje krivičnopravne sankcije. U slučaju odustanka od prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, ZKP RH i ZKP FBiH propisuju da se takav prijedlog ne može ponovno podnijeti.

Istovjetna odredba u svim navedenim zakonodavstvima je i ta da je raspravljanje i odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u krivičnom postupku moguće samo ako značajno ne odugovlači krivični postupak.¹¹⁸ Također, zajedničko i to da je na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku ovlaštena ona osoba koja je ovlaštena na ostvarivanje takvog zahtjeva u parničnom postupku, s tim što ZKP CG sadrži posebnu odredbu o tome kada su počinjenjem krivičnog djela oštećena sredstva u državnom vlasništvu.¹¹⁹

postupku, Bemust, Sarajevo, 2006.

¹¹⁰ Hrvatsko uređenje adhezijskog kaznenog postupka i položaja oštećenika u tom postupku najbližije je njemačkom adhezijskom postupku. Opširnije vidi: Krapac, D., Kazneno procesno pravo, knjiga I, Institucije, Zagreb, 2007, str. 208-2012, Pavišić, B., Kazneno postupovno pravo, knjiga I, Rijeka, 2012, str. 121-123.

¹¹¹ Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10.

¹¹² Zakon o kazenskom postupku Slovenije, Uradni list RS, br. 32/2007.

¹¹³ Zakon o krivičnata postapka Republike Makedonije, Službeni vesnik, 15/97, 44/02, 74/04, 83/08.

¹¹⁴ Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, Službeni list, 57/09 od 18. VIII. 2009.

¹¹⁵ Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, Službeni glasnik, 46/06.

¹¹⁶ Tako, Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., Građansko procesno pravo, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 74.

¹¹⁷ Ibid., str. 74.

¹¹⁸ Usp. Matovski, N., Kazneno procesno pravo, opšt del, Skopje, 2003, str. 35-36.

¹¹⁹ Čizmović, M., - Đuričin, B., Građansko procesno pravo, četvrto dopunjeno i izmijenjeno izdanje,

Prema ZKP-u FBiH i ZKP-u RS, sud može predložiti oštećenom i optuženiku, odnosno branitelju, provođenje postupka medijacije ako ocijeni da je imovinskopравни захтјев takav da je svrhovito uputiti ga na medijaciju.¹²⁰ Na taj bi se način međusobni spor oštećenika i okrivljenika riješio na miran način, izvan suda, uz pomoć medijatora.¹²¹ Slično rješenje (posredovanje) sadrži i ZKP CG. Takve mogućnosti ne predviđa ZKP RH.

Zakonsko uređenje adhezijskog postupka, odnosno obeštećenje žrtve krivičnog djela u krivičnom postupku različito je uređeno u pojedinim evropskim krivičnoprocenim zakonodavstvima. To prije svega ovisi o tome sudjeluje li i na koji način žrtva u krivičnom postupku.¹²² U pravnim *common law* sustavima ne postoji ustanova adhezijskog krivičnog postupka kao što postoji u većini država *civil law* sustava.¹²³ Tako, na primjer, žrtva krivičnog djela u Velikoj Britaniji nema pravo u krivičnom postupku tražiti naknadu štete proizašlu iz krivičnog djela. Ipak, sud može, ali ne na захтјев oštećenika već na vlastitu inicijativu, u osuđujućoj presudi narediti okrivljeniku da plati oštećeniku naknadu za povredu, gubitak ili štetu nastalu krivičnim djelom. Riječ je o diskrecijskom pravu suda da dosudi takvu štetu, a ne o procesnom pravu žrtve.¹²⁴

11. Zaključna razmatranja

Pored odlučivanja o krivičnom djelu, u krivičnom postupku može se odlučivati i o sporednim predmetima različitim od krivičnog postupka, kao što su imovinskopравни захтјев, troškovi krivičnog postupka i prejudicijarna pitanja ako su povezani s glavnim predmetom. Bitni preduvjeti za pokretanje postupka za ostvarivanje imovinskopravnog захтјева su da je ovlaštena osoba podnijela takav захтјев i da se njime znatno ne odugovlači krivični postupak. U slučaju da sud procijeni da bi odlučivanje o захтјеву znatno odugovlačilo krivični postupak, zakonom bi trebalo predvidjeti obavezu suda da tada donese obrazloženu odluku o upućivanju oštećenika na parnicu protiv koje bi postojalo pravo žalbe. Za vođenje adhezijskog postupka u okviru krivičnog postupka svojstveno je istovremeno odlučivanje o krivičnom djelu i o imovinskopravnom захтјеву oštećenika, čime se postiže efikasnost i ekonomičnost sudskog postupanja, te učinkovita i brza zaštita osobnih i imovinskih prava oštećenika ugroženih ili povrijeđenih krivičnim djelom. Za oštećenika je adhezijski

Podgorica, 1997, str. 105.

¹²⁰ Vidi: Sijerčić Čolić, H., *Krivično procesno pravo*, knjiga I, Sarajevo, 2005, str. 205-206.

¹²¹ Usp. Simović N. M. - Simović, M. V. - Todorović, L.J., *Krivični postupak Bosne i Hercegovine, Federacije BiH i Republike Srpske*, Biblioteka Mostovi, Sarajevo, 2009, str. 203.

¹²² Opširnije: Volger, Richard - Huber, Barbara, *Criminal procedure in Europe*, Duncker and Humbolt, Berlin, 2008, s. 23.

¹²³ Greer, Desmond, *Compensating Crime Victims, A European Survey*, Freiburg im Breidgau, 1996, s. 581-582.

¹²⁴ O tome detaljnije: Ashworth, A., *The Criminal Process, An Evaluative Study* second edition, Oxford University Press, Oxford, 1998.

postupak povoljniji od parničnog postupka, jer je brži, jeftiniji i efikasniji od mogućeg, naknadno pokrenutog parničnog postupka. Obaveza je suda da s jednakom pažnjom raspravi i odluči o imovinskopравnom zahtjevu, kao i o krivičnom predmetu, neovisno o tome što je riječ o privatnom zahtjevu građanina u pridruženom krivičnom postupku. Imajući u vidu preporuke i zahtjeve koji proizilaze iz međunarodnih dokumenata, prije svega iz Evropske konvencije o obeštećenju žrtava krivičnih djela nasilja, čiji je potpisnik i Bosna i Hercegovina, čini se neophodnim istaći potrebu donošenja zakona kojim će se žrtvama umišljajnih krivičnih djela nasilja u posebnom postupku osigurati naknada štete od strane države iz posebnog fonda. U skladu s međunarodnim standardima, fundamentalna prava žrtve koja bi trebalo uvrstiti u sva krivičnoprocesna zakonodavstva su nesmetan pristup žrtava sistemu krivične pravde i njeno efikasno izvršavanje, pravedan sudski tretman, restitucija i kompenzacija, pružanje socijalne i pravne pomoći, te zaštita od ponovne, sekundarne viktimizacije žrtve.

LITERATURA

- Ashworth, A.**, *The Criminal Process, An Evaluative Study* second Edition, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- Bejatović, S.**, *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Bejatović, S.**, *Oštećeni u krivičnom postupku*, Beograd, 1993.
- Bikić, A.**, *Obligaciono pravo*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007.
- Bubalović, T.**, *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*, Bemust, Sarajevo, 2006.
- Bubalović, T.**, *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. VI. 2008. godine - pozitivna rješenja i neostvarena očekivanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2/2008.
- Čizmović, M. - Đuričin, B.**, *Građansko procesno pravo*, četvrto dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Podgorica, 1997.
- Filipović, Lj.**, *Položaj oštećenog u krivičnom postupku*, *Pravo i pravda*, 1/2009, Sarajevo.
- Filipčić, K.**, *Položaj žrtava krivičnih djela u zakonodavstvu Republike Slovenije*. *Temida*, 1/2008, Beograd, 2008.
- Garraud, R.**, *Traité theorique et pratique d' instruction criminelle et de procedure penale*, Paris, 1907.
- Grubač, M.**, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1995.
- Greer, Desmond**, *Compensating Crime Victims, A European Survey*, Freiburg im Breidgau, 1996.
- Kai-Yuan W.**, *Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im staatlichen Strafverfahren am Beispiel der Nebenklage*, Frankfurt am Main (u.a.), Lang, 2007.
- Krapac, D.**, *Kazneno procesno pravo*, knjiga I, Institucije, Zagreb, 2010.
- Kraus, B.**, *Oštećenik u krivičnom postupku sa posebnim osvrtom na ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva u adhezijskom postupku*, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 4/1982.
- Kobe, P.**, *Položaj žrtve u sudskom postupku s posebnim osvrtom na adhezijski postupak*, *Revija za kriminalistiku i kriminologiju*, 1/77.
- Klarić, P. - Vedriš, M.**, *Građansko pravo*, XI. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008.
- Kaleb, Z.**, *Odluka o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku (adhezijski postupak)*, *Hrvatska pravna revija*, 7-8, Zagreb, 2008.
- Kunštek, E.**, *Actio civilis u kaznenom postupku – prijedlog novele*, *Decennium Moztanicense*, Zbornik radova, Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008.

- Kršnetić, J.**, Položaj oštećenog u krivičnom postupku, Pravni život, Beograd, 9/2002.
- Majstorović, D.**, Naknada neimovinske štete u adhezijskom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2006.
- Matovski, N.**, Kazneno procesno pravo, opšt del, Skopje, 2003.
- Pavišić, B.**, Kazneno postupovno pravo, knjiga I, Rijeka, 2012.
- Pivić, N.**, Procesnopravni položaj oštećenog u krivičnom postupku, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 2009.
- Poznić, B.**, Građansko procesno pravo, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1982.
- Sijerčić-Čolić, H.**, Krivično procesno pravo pravo, knjiga I, Pravni fakultet Sarajevo, 2012.
- Sijerčić-Čolić, H. - Hadžiomerađić, M. - Jurčević, M. - Kaurinović, D. - Simović, M.**, Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005.
- Simović, N. M.**, Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać, 2009.
- Simović N. M. - Simović, M. V. - Todorović, L.J.**, Krivični postupak Bosne i Hercegovine, Federacije BiH i Republike Srpske, Sarajevo, 2009.
- Simić-Jekić, Z.**, Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1983.
- Stevanović, Č. – Đurđić, V.**, Krivično procesno pravo, Opšti deo, Beograd, 2006.
- Šeparović, Z.**, Viktimologija - studije o žrtvama, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1987.
- Škulić, M.**, Krivično procesno pravo, II izm. i dop. izdanje, Beograd, 2010.
- Tomašević, G.**, Kazneno procesno pravo, Opći dio: Temeljni pojmovi, Pravni fakultet Split, 2011.
- Tomašević, G. - Pajčić, M.**, Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika u novom hrvatskom kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008.
- Triva, S. - Dika, M.**, Građansko parnično procesno pravo, sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004.
- Vasiljević, T.**, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Savremena administracija, Beograd, 1981.
- Volger, Richard - Huber, Barbara**, Criminal procedure in Europe, Duncker and Humbolt, Berlin, 2008.
- Zlatarić, B.**, Adhezioni postupak prema novom ZKP, Naša zakonitost, Zagreb, 10/53.
- Žuvela, M.**, Parnični postupak i krivični postupak, Naša zakonitost, Zagreb, 9-10/89.

Summary

The authors in this paper give a legal review and an analysis of the right of the damaged person to a property claim in a criminal proceeding according to the Act of Criminal Procedure of Bosnia and Herzegovina, and in smaller portions, to other legislations. With implemented reform that was completed in 2003, there has been a redefinition of its legal position, which is reflected through the totality of its rights and duties in the named proceeding. This paper discusses in detail the most important right of the damaged person: the right to submit requests for the realisation of the property claim in a criminal proceeding. The right to submit this request is reserved for a victim of one criminal offense, the damaged and other persons who are entitled to exercise that request in a civil action. The property claim could refer to compensation, recovery of items, and annulment of a legal work. The damaged person has the right to propose the conduction of a mediation proceeding in relation to submitted property claim. The justification of conduction of an adhesion proceeding is represented in the principles of efficiency and economics of a criminal proceeding.

Key words: *victim of criminal offense, the damaged in criminal proceeding, property claim, adhesion proceeding.*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ ПРАВА НА УСМЕНУ РАСПРАВУ ПРЕД СУДОМ

Проф. др Саша Кнежевић*

***Апстракт:** Чињеничну основицу судске одлуке може представљати доказни материјал, утврђен јавним и контрадикторним расправљањем, на главном претресу. То значи, да се процесне радње одвијају усмено, при чему се, кроз исказе процесних субјеката, саопштава став о кривичној ствари. Материјални докази, садржани у исправама, такође се усмено саопштавају суду. Усмена форма презентовања доказа омогућава странкама, да изнесу свој став о кривичној ствари, и да одмах реагују на став супротне странке (чиме се реализује начело контрадикторности), а суд је у прилици да промтно отклони нејасноће, проистекле из исказа процесних субјеката, као и да усмерава ток доказног поступка. Законом допуштена одступања од усмене форме расправљања пред судом не могу дезавуисати саму суштину принципа усмености.*

***Кључне речи:** усменост, писменост, језик, мандатни поступци, ћутање.*

Уводне напомене

Усмено расправљање кривичноправног спора, као квинтесенција принципа усмености, потпуну афирмацију добија у савременом кривичном поступку. Оно је антипод начелу писмености, као окосници инквизиционог система кривичног поступка. Овај историјски систем кривичног поступка, заснован је на сентенци: *quod non est in actis, non est in mundo* (оно што није садржано у списима, не постоји). Писана форма одвијања главног кривичног поступка, омогућавала је валоризацију тековина истраге, спроведене уз одсуство елементарних постулата хуманости. С друге стране, објективно је сужен домаћај утврђивања истине, јер носиоци супротстављених теза у поступку нису имали могућност да ваљано расправе кривичноправни спор.

* Проф. др Саша Кнежевић, Правни факултет Универзитета у Нишу

Усмена форма главног претреса омогућава реализацију интенције чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наиме, иако одредба чл. 6 Европске конвенције помиње “правичну и јавну расправу”, очигледно је, да валидне расправе нема, без *усменог сучељавања* ставова странака и осталих субјеката, који располажу доказним материјалом. Усмена расправа, као претпоставка “правичне и јавне расправе, потврђена је и појединим одлукама Европског суда за људска права. Став је Европског суда, да право на расправу, прописано одредбом чл. 6 Европске конвенције, обухвата и право на *усмену расправу*, осим “ако не постоје неке изузетне околности”.¹ Међутим, сагласно пракси овог суда, не постоји обавеза усменог претреса пред Апелационим судом. Наиме, уколико је Апелациони суд одбио жалбу, искључиво због повреде права, тада усмени претрес није неопходан. Уколико је, пак, Апелациони суд преиспитивао чињеничну основицу првостепене пресуде, као предуслова, за одлучивање о кривици или невиности окривљеног, неопходна је усмена расправа.²

1. Нормативна основа усмене расправе пред судом

Усмена форма расправљања кривичноправног спора доминантна је у праву Србије. Иако начело усмености није експлицитно дефинисано одредбама Законика о кривичном поступку Србије, велики број законских одредаба указује, да ово основно процесно начело егзистира у позитивном српском праву. Усмена форма комуникације, између процесних субјеката, карактеристична је, пре свега, за главни претрес. То не значи да начело усмености не егзистира и у осталим фазама кривичног поступка. Напротив, већ од првог момента суочавања осумњиченог са организованом кривичноправном реакцијом друштва, остварују се основне поставке овог начела. За разлику од нашег законодавства, начело усмености изричито се прописује у појединим упоредноправним системима. Примера ради, недвосмислену нормативну подлогу, ово начело, има у *аустријском* (чл. 12 ЗКП-а), *бугарском* (чл. 19), *грузијском* (чл. 15) и *словачком* праву (§ 2. ст. 1 тач. 18).

Лишење слободе осумњиченог, представља први чин ангажовања државе, на остваривању кривичноправног захтева за кажњавање. Том приликом, осумњиченом се усмено саопштава да није дужан ништа да изјави, и да, све што изјави, може бити коришћено као доказ против њега на суду, као и да има право да буде саслушан у присуству браниоца (чл. 5 ст. 1 ЗКП-а). Исто тако, осумњичени, односно окривљени, има право да, у најкраћем року, најкасније на првом саслушању, буде упознат, на језику који разуме, са делом које му се

¹ Пресуда Европског суда, у случају Fisher против Аустрије, донета 26. априла 1995, стр. 44.

² Одлуке Европског суда, у случајевима: Ekbatani против Шведске, од 26. маја 1988. и Cooke против Аустрије, од 8. фебруара 2000. године.

ставља на терет, као и о природи и разлозима оптужбе, те доказима, који су против њега прикупљени (чл. 4 ст. 1). Дакле, већ у првом моменту суочавања са организованом друштвеном реакцијом, осумњиченом се, усменим путем, саопштавају сврха и смисао ангажовања државе, на остваривању кривично-правне заштите друштвених вредности, који за последицу имају ограничавање његових елементарних људских права.

Чињенична конструкција судске одлуке, формира се, првенствено, кроз усмени исказ окривљеног, сведока и, донекле, вештака. Окривљени се саслушава усмено (чл. 89 ст. 4 ЗКП-а), али има права да се, притом, користи сопственим белешкама. На главном претресу, оптужени се саслушава, исто тако, усмено (чл. 321 ст. 1 ЗКП-а). Ако оптужени неће да одговара на постављена питања, прочитаће се његов исказ, дат у истрази (чл. 321 ст. 2). У овој ситуацији, суд усмено саопштава садржину раније датог исказа окривљеног.

Сведок је незаменљиви процесни субјект, чији исказ има изузетан значај за формирање чињеничне основице пресуде. Свој исказ, сведок даје усмено (чл. 102 ст. 1 ЗКП-а). Уколико је сведок глув или нем, његово испитивање обавиће се преко тумача (чл. 105). За испитивање хендикепираних сведока, аналогно се примењују правила саслушања глувог или немог окривљеног (чл. 95 ст. 2 ЗКП-а). Процесни субјекти, са недостацима слуха, могу и сами усмено саопштити свој став о кривичној ствари. С друге стране, усмена интерпретација писаног исказа немих субјеката (окривљеног или сведока), представља манифестацију начела усмености.

На главном претресу, усмено се испитује и вештак. Том приликом, вештак усмено саопштава садржину свог налаза и мишљења. Вештаку се може дозволити и да прочита у писаној форми састављен налаз и мишљење (чл. 330 ст. 1 ЗКП-а). Уколико је вештачење обављено у некој установи, а у поступку вештачења је учествовао већи број стручњака (колективно вештачење), судско веће може одлучити, да се потписници налаза и мишљења не позивају на главни претрес, већ да се само прочита садржина исказа вештака. У супротном, веће може одлучити, да се непосредно испитају стручњаци, који су обавили вештачење (чл. 330 ст. 4 ЗКП-а).

Усмена форма расправе пред судом остварује се и читањем садржаја записника о увиђају, о претресању стана и лица, и одузимању ствари, као и читањем исправа, књига, списа, и других писмена, која служе као доказ на главном претресу (чл. 336 ст. 1). Тако се, писано фиксирани резултати спроведених кривичнопроцесних радњи, усмено саопштавају судском већу.

Последњом делатности на главном претресу (завршном речи), најважнији процесни субјекти рекапитулирају резултате доказног поступка. Тужилац се, у завршној речи, изјашњава о судбини свог оптужног акта (о његовој основности, или о одустајању од њега), као и о чињеничној и правној утемељености тезе оптужбе. Оштећени се, у завршној речи, првенствено осврће на имовин-

скоправни захтев. Бранилац и оптужени, у својим завршним речима, усменим путем указују на недовољну чињеничну и правну заснованост оптужног акта, као и на постојање олакшавајућих и ублажавајућих околности. Усменост расправе, али и њена контрадикторност, оснажене су правом процесних субјеката на реплике и дуплике, при чему се круг одговора на исказе завршава исказом оптуженог. У томе се огледа и преференцијални положај оптуженог, приликом давања завршних речи на главном претресу. Уколико се поступак давања завршне речи не би окончао исказом оптуженог, било би повређено право на одбрану окривљеног.³ Међутим, у теорији кривичног процесног права, егзигира и став, да би, у овом случају, било повређено начело усмености.⁴

Право оптуженог на последњу реч, представља процесну концесију слабије кривичнопроцесне странке, с циљем уравнотежавања процесне позиције странака. Непоштовање ове процесне повластице оптуженог, значи да је нарушен његов привилеговани процесни положај, чиме се објективно отежава остваривање права на одбрану. Усменост расправе није тиме нарушена, јер је оптужени, и у завршној речи, био у прилици да усмено рекапитулира резултате доказног поступка. Неокончавање реплика, у току поступка давања завршних речи, усменим казивањем оптуженог, релативизује остваривање оснаженог права на одбрану, али не анулира саму суштину права на усмену расправу.

Због преовлађујуће усмене форме решавања кривичноправног спора, начело усмености, спада у групу основних процесних начела у *немачком* праву. Одредбом § 250 СтПО, прецизира се, да се лица, на чијем запажању се заснива доказ о некој чињеници, саслушавају на главној расправи. Записник о ранијем саслушању тих лица, не може се читати на главном претресу, као ни записнички пропраћено писано изјашњавање. Принцип усмености огледа се и у обавези читања садржаја исправа и других списа, који служе као доказ, на главној расправи. То се нарочитио односи на записник о увиђају, ранију пресуду оптуженог, на казнену евиденцију, и изводе из црквених књига, као и на садржај регистара о личном и имовинском стању оптуженог (§ 249). Из ових одредаба произилази, да *усмено* саслушање сведока, генерално посматрано, не може бити супституисано писаним изјавама. Судска одлука, не може се заснивати на претходним, записнички констатованим, исказима сведока, датим у ранијој фази кривичног поступка. Иако немачко право поштује начело усмености, у судској пракси, ово начело се не реализује стриктно. У извесним приликама, користе се писане изјаве из истраге, које се презентују суду.⁵

Усмена форма расправе пред судом доминантна је и у *француском* праву. Међутим, детаљно записнички констатовани докази, утврђени у предсудској

³ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 70.

⁴ Бранко Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, Београд, 1985, стр. 16.

⁵ John Hatchard, Barbara Huber and Richard Vogler, *Comparative Criminal Procedure 110* (1996), Appendix 32.

фази кривичног поступка, омогућавају да се лица, која презентују те доказе, не саслушавају поново на главном претресу. Суд може, према свом нахођењу, користити претходно изведене доказе, добијене саслушањем сведока у истрази. Пошто писана форма доказа има велику улогу у француском праву, стога се записници о резултатима изведених процесних радњи, у претходном кривичном поступку, често представљају суду. Сведок може консултовати своје забелешке, како би освежио сопствену меморију. Као резултат “слободне и никаквим формалним правилима везане оцене доказа, судови више брину за значај или вредност доказа, него за њихову прихватљивост”.⁶

Начело усмености у *италијанском* праву је водеће начело у извођењу доказа, који се добијају из исказа лица, која доказе поседују (сведока, вештака, техничких саветника, приватних странака, оптужених у повезаним поступцима). Активну улогу на усменој расправи имају тужилац и бранилац окривљеног, док је суд, нарочито у почетној фази расправе, пасиван. Саслушање сведока усмерава странка, која је и предложила конкретног сведока. Затим следи противсаслушање, које спроводи странка, која није предложила сведока. Суд може поставити питања сведоцима, вештацима, техничким саветницима и приватним странкама, након саслушања и против саслушања (чл. 506 ст. 2 ЗКП-а). Начело усмености доминира и у завршним излагањима, у којима бранилац и оптужени увек имају последњу реч (чл. 523 ст. 5).⁷

2. Употреба језика у кривичном поступку, као претпоставка усмене расправе пред судом

Усмено расправљање кривичноправног спора незамисливо је без употребе одговарајућег језика. Језик је средство саопштавања мисли, идеја и ставова, и представља инструмент комуникације између суда и процесних субјеката, као и између самих странака, и осталих учесника у кривичном поступку. Као предуслов за реализацију усмености, али и осталих начела кривичног процесног права (пре свега, начела контрадикторности и непосредности), употреба језика на суду (укључујући и у кривичном поступку) регулисана је међународноправним документима, Уставом и законима.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода прецизира да, свако ко је оптужен за кривично дело, има право “да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега” (чл. 6 ст. 3а). Окривљени има право и на бесплатну помоћ преводиоца, ако не разуме, или не говори, *језик*, који се користи на суду (чл. 6 ст. 3. е). Дакле, од пет минималних права окривљеног,

⁶ Ibid.

⁷ Детаљније, о одвијању расправе у италијанском праву, види: Берислав Павишић, *Талијански казнени поступак*, Ријека, 2002, стр. 224-233.

предвиђених одредбом чл. 8 ст. 3 Европске конвенције, два се односе на употребу језика у кривичном поступку. Пракса Европског суда за људска права, указује на то, да оптужени, који не разуме, или не говори језик који се користи на суду, има право на бесплатног преводиоца, при превођењу свих изјава у поступку, покренутом против њега, јер је то неопходно да се остваре бенефиције правичног суђења.⁸

Устав Републике Србије прокламује, да је у службеној употреби српски језик и писмо, а да се остали језици и писма користе под условима, прописаним законом (чл. 10). Забрањује се дискриминација, између осталог, и на основу језика (чл. 21 ст. 2). Каталог права лица, лишеног слободе, употпуњен је и правом тог лица да, на језику који разуме, буде обавештено о разлозима лишења слободе, о оптужби која му се ставља на терет, као и о својим правима, укључујући и право да, о свом лишењу слободе, без одлагања, обавести лице по свом избору (чл. 27 ст. 2 Устава). Сагласно уставној прокламацији, окривљени има право и на бесплатног преводиоца, уколико не говори, или не разуме језик у службеној употреби у суду (чл. 32 ст. 2). Напоследку, у посебна права окривљеног, спада и право да, на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, као и о доказима прикупљеним против њега (чл. 33. ст. 1).

Закон о службеној употреби језика и писма Републике Србије,⁹ прописује да је «у Републици Србији у службеној употреби српски језик. На подручјима Републике Србије, на којима живе припадници националних мањина, у службеној употреби су, истовремено са српским језиком, и језици и писма националних мањина, на начин утврђен овим законом» (чл. 1). Сагласно овом закону, под службеном употребом језика, сматра се, између осталог, и употреба језика и писма у раду државних органа (чл. 2). Самим тим, службена употреба језика подразумева и употребу језика пред судом. За реализацију начела усмености, у кривичном поступку, посебно је важна одредба, према којој се, под службеном употребом језика, нарочито сматра употреба језика у вођењу поступка за остваривање и заштиту права, дужности и одговорности грађана (чл. 3 ст. 1 тач. 2).

У поступцима пред државним органима, на територији јединица локалне самоуправе, где припадници националних мањина чине најмање 15% становништва, у службеној употреби је и језик тих мањина. Службена употреба језика националних мањина укључује, између осталог, и коришћење језика националних мањина у судским поступцима (чл. 11).

Првостепени кривични поступак, води се на српском језику (чл. 12). Поступак се може водити и на језику националних мањина, уколико је у службеној

⁸ Одлука, у случају Luidicke i Kos против Немачке, 1978.

⁹ Објављен је у „Службеном гласнику РС“, бр. 45/91. Последње измене објављене су у броју 30/2010.

употреби у суду. Када у поступку учествује једна странка - припадник националне мањине - поступак се, на њен захтев, води на језику националне мањине, који је у службеној употреби у органу (суду), у коме се поступак води. Уколико у поступку учествује више странака, чији језици нису исти, поступак се води на једном од језика, који су у службеној употреби у суду, који води поступак, око којег се странке споразумеју. Ако се странке не споразумеју око тога, на ком ће се језику водити поступак, језик поступка одређује суд, пред којим се поступак води, осим ако једна од странака захтева да се поступак води на српском језику, када ће се поступак водити на том језику (чл. 12). Утврђивање језика на коме ће се поступак водити, јесте претходно питање, у вези с којим одлучује лице које поступак води. До момента, док се не утврди језик поступка, поступак ће се водити на српском језику (чл. 13).

Другостепени поступа, води се на српском језику, с тим што странке у поступку имају права, на употребу свог језика, право на превођење, као и право да им се садржај записника, који се сачињава на српском језику, преведе. Трошкове превођења сносиће суд, пред којим се поступак води. Истоветна права, припадници националних мањина имају и пред судовима, у којима њихов језик није у службеној употреби (чл. 16 и 17. Закона о службеној употреби језика и писма).

Законом о кривичном поступку Србије, предвиђено је да је, у кривичном поступку, у службеној употреби српски језик. Други језик може се користити у складу са законом, а у судовима, на чијим подручјима живе националне мањине, у службеној употреби је и језик тих мањина (чл. 7). Кривични поступак води се на језику, који је у службеној употреби у суду, а странке, сведоци, и други процесни субјекти, имају право да у поступку користе свој језик. Уколико се кривични поступак не води на језику ових субјеката, обезбедиће се усмено превођење. Суд је дужан да странке, сведоке, и друге учеснике у кривичном поступку, поучи о праву на превођење, а ови субјекти могу се одрећи датог права (чл. 9 ЗКП-а). Судови међусобно саобраћају на језику, који је у службеној употреби у суду. Ако је писмено, састављено на језику националне мањине, упућено суду, у коме језик те мањине није у службеној употреби, приложиће се превод на српском језику (чл. 11).

Ускраћивање права окривљеном, браниоцу оштећеног као супсидијарног тужиоца, приватном тужиоцу, на употребу свог језика у кривичном поступку, представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка (чл. 368 ст. 1 тач. 3). Реч је, међутим, о повреди, о којој суд не води рачуна по службеној дужности. Уочљиво је да законодавац не штити прокламовано право на употребу матерњег језика свих субјеката, поменутих одредбом чл. 9 Законика о кривичном поступку. Наиме, из одредбе чл. 368 ст. 1 тач. 3 ЗКП-а проистиче да повреда права пуномоћника приватног и супсидијарног тужиоца, као и оштећеног (чак и када има право на жалбу по свим основима, чл. 364 ст. 4),

није санкционисана као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Исти је случај и са повредом овог права лица, чији је предмет одузет, или од кога је одузета имовинска корист, прибављена кривичним делом. Ова лица могу повреду свог права, на употребу матерњег језика, истаћи као релативно битну повреду одредаба кривичног поступка. Релативно битна повреда одредаба кривичног поступка (чл. 368 ст. 2 ЗКП-а) може постојати, ако суд није поучио процесне субјекте, који имају право на жалбу, на право на употребу свог језика, на право на превођење, као и ако ове поуке нису записнички констатоване. Успех жалбе процесних субјеката, који сматрају да им је ускраћено право на употребу свог језика, или на превођење, зависи од процене суда, о утицају ових повреда на законитост побијане пресуде.

3. Одступања од усмене расправе кривичноправног спора

Усменим расправљањем о кривичној ствари, стварају се оптималне претпоставке за закониту и правилну мериторну одлуку. Осим што усмена форма расправљања омогућава је благовремено појашњавање свих недоумица, проистеклих из исказа испитаних лица, она омогућава и праћење психичких манифестација лица, која дају исказ пред судом. Суд је, стога, у прилици да стекне и додатно уверење о истинитости предочених доказа и чињеница.

Несумњиво је да усмени вид мериторног одлучивања, у првостепеном кривичном поступку, има предност над суђењем на основу списка. Истовремено, разлози процесне економије понекад налажу да се одступи од усмене форме спровођења кривичнопроцесних радњи. Наиме, начело усмености, по правилу, не потпомаже остваривању ефикасности кривичног поступка. Реализација начела усмености претпоставља присуство свих процесних субјеката, као и временску синхронизацију њихових процесних активности. Усменост захтева временско усклађивање термина одржавања рочишта, што може представљати тешкоћу. С друге стране, писане изјаве могу се депоновати код суда, у различито време, и могу се касније користити у поступку. У томе се огледа преимућство начела писмености, у појединим ситуацијама.¹⁰

Иако начело усмености има примат, у односу на принцип писмености, ипак се поједине фазе, чак и стадијуми кривичног поступка, одвијају углавном у писаном облику. У фази оптужења, долази до изражаја начело писмености, као одступање од начела усмености. Подизање оптужнице, као и поступак судске контроле оптужбе, спроводе се у одсуству усмене расправе, о садржини оптужног акта. Окривљени је у прилици да се усмено изјасни о садржини оптужбе, тек на главном претресу. Исто тако, поступак пред судом правног

¹⁰ Luhmann Nikolas, Легитимација кроз процедуру, Загреб, 1982, стр. 181, наведено према: др Снежана Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад, 2004, стр. 273.

лека, који се одвија у седници већа, преодминантно се заснива на оцини доказног материјала, садржаног у списима првостепеног поступка. Евентуална разјашњавања странака, присутних на седници већа другостепеног суда (чл. 375 ст. 3 ЗКП-а), могу само ублажити одсуство усменог расправљања пред жалбеним судом.

3.1. Ограничавање усмености расправе у мандатним поступцима

У већини правних система, кривичноправна реакција, према учиниоцима најлакших кривичних дела, разликује се од редовне форме процесуирања кривичних ствари. Лакши облици повреде, или угрожавања друштвених добара, инкриминисани нормама кривичног права, санкционишу се кроз вођење одговарајућих мандатних поступака. У овим поступцима, доминира начело писмености, као антипод начелу усмености. Њих карактерише одсуство обавезе доказивања, што се одражава и на изостанак *усмене* расправе пред судом.¹¹ Судска одлука доноси се на основу доказног материјала, прикупљеног у предсудећој фази поступка, а који тужилац прилаже суду. Суд, дакле, формира своје уверење о кривичној ствари, на основу писаног материјала, који садржи резултате неформално спроведених радњи полиције и јавног тужилаштва.

Мандатна форма поступања суда налаже испуњавање одређених материјалних и формалних услова. Основни услов материјалноправне природе, јесте постојање одређеног квантитета доказног материјала, прикупљеног у истрази, који чини излишним усмени исказ, и контрадикторну расправу, на главном претресу. Мандатни поступци су могући, ако се «од главног претреса не очекују битне модификације резултата истраге».¹² Примера ради, у *немачком* праву, јавни тужилац може поднети захтев за изрицање наредбе о кажњавању, када, на основу резултата истраге, процени да није потребна главна расправа (§ 407 StPO). Исто овлашћење, јавни тужилац има и у нашем праву. Наиме, јавни тужилац може предложити доношење решења о кажњавању, ако оцени да је одржавање главног претреса непотребно (чл. 449 ст. 2 ЗКП-а).

Формални услов мандатног поступања огледа се у општој сагласности главних процесних субјеката око изостанка усмене и контрадикторне расправе, на главном претресу. Иницијативу за овај вид одлучивања, најчешће има јавни тужилац. Изузетно, државе, које не предвиђају прекршаје као самосталне деликте, овлашћују полицију, да иницира мандатни кривични поступак (нпр. Финска). Додуше, у тој ситуацији, јавни тужилац потврђује нацрт казненог налога.¹³ Да би овај захтев јавног тужилаштва био материјализован, потребна је

¹¹ Thomas Weigend, *The Bare Bones of Criminal Justice: The Simplification of the Criminal Process*, *Heuni*, 3/1984, p. 235.

¹² Др Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка.....*, op. cit, стр. 379.

¹³ Per Ole Traskman, *The Procedure for Punishing and Processing Misdemeanors Report at Hungarian-*

сагласност суда. Суд може, саобразно захтеву јавног тужиоца, издати казни налог, или може одбити овај захтев. Одбијање издавања наредбе за кажњавање, може бити резултат уверења суда, да не постоје услови за вођење било које форме кривичног поступка, или, пак, да не постоје услови за спровођење мандатног поступка. У немачком праву, уколико суд процени да не постоји неопходан степен сумње у кривицу окривљеног, одбија се захтев за доношење наредбе за кажњавање. Правне импликације ове одлуке, изједначене су са закључком, о одбијању отварања главног поступка. То значи, да јавни тужилац може одмах изјавити хитну жалбу. По одбијању правног лека јавног тужиоца, кривично гоњење је могуће, једино ако се појаве нове чињенице и нови докази (§ 408 ст. 2 StPO). Уколико, пак, суд процени да има основа за кривично гоњење окривљеног, али је спорна мандатна форма поступања, судија ће заказати главни претрес (§ 408 ст. 3 StPO). Истоветно ће поступити и суд у српском праву, уколико нису испуњене претпоставке за кажњавање пре главног претреса (чл. 451 ст. 1 ЗКП-а Србије). За разлику од приступа немачког и нашег законодавца, у француском и италијанском праву, мандатна форма поступка не одбија се заказивањем главног претреса. У овој ситуацији, предмет се враћа јавном тужиоцу, ради подношења новог оптужног акта, којим ће се иницирати редовни кривични поступак (чл. 525 ст. 3 ЗКП-а Француске и чл. 495 ст. 3 ЗКП-а Италије).

Да би мандатно изречена казна била правно валидна и извршна, потребна је сагласност окривљеног. Она може проистећи из обавезног претходног саслушања окривљеног, што је случај у нашем праву (чл. 451 ст. 2 ЗКП-а), али се може и претпоставити. У многим законодавствима, неизјављивање приговора окривљеног на мандатно изречену казну, у одређеном року, снагом законске презумпције, има дејство давања сагласности на санкцију, изречену у мандатном поступку. Услед дејства евентуалног приговора окривљеног, на судбину мандатног поступка, сама мандатна казна има карактер понуде упрошћене процедуре, која, евентуалном пасивношћу окривљеног, постаје дефинитивна. Оваква законска решења егзистирају у немачком, аустријском и француском праву, као и у другим правима.

Мандатним поступцима, ограничава се начело усмености, али и остала значајна процесна начела (контрадикторности, усмености, начело слободне оцене доказа), укључујући и начело истине. Стога, многа законодавства ограничавају домашaj мандатних форми поступања. У немачком и аустријском праву, мандатни поступак могућ је само за преступе (*Vergehen*), али не и за злочине (*Verbrechen*). Француско право омогућава мандатно поступање искључиво за иступе, укључујући и оне извршене у поврату, али не и за иступе, санкционисане радноправним законодавством.¹⁴ Позитивно право Србије предвиђа

Fininnish Penal law Seminarz on Pettz Offences, Budapest, 1983, p. 27, наведено према: др Снежана Бркић, *op. cit.*, стр. 380.

¹⁴ Vouyoucas Constantin, Procédures sommaires en matiere pénale, rapport general pour XIV Congres

могућност изрицања кривичних санкција, без главног претреса, за кривична дела, за која се може изрећи новчана казна и казна затвора, до три године (чл. 449 ст. 1 ЗКП-а).

Мандатно поступање, ограничено је и у односу на неке категорије окривљених. Најчешће је ова форма поступка искључена у односу на малолетнике. Малолетници не могу бити субјекти мандатног поступка, у *немачком* (§. 79 ст. 1 JGG-а), *аустријском* (§ 361 JGG-а), и *француском* (чл. 522 СРР-а), као и у многим другим правима. Због немогућности изрицања мера безбедности у мандатном поступку, ментално оболела лица не могу бити субјекти овог поступка. Мандатни поступак искључен је и за одбегла лица. То је случај у немачком праву (§ 276 StPO). Немогућност вођења мандатног поступка, против одбеглог окривљеног, произилази и из подзаконске регулативе, која предвиђа мандатно поступање, само у односу на окривљене, чије је боравиште познато. Према логици ствари, из поступка мандатног одлучивања требало би искључити и лица, која раније нису била подвргнута извршавању ранијих мандатних казни, изречених од полиције и управних органа. То поједина законодавства и чине, као што искључују мандатне поступке и за лица, лишена слободе.

3.2. Ограничавање усмене расправе ћутањем окривљеног

Усмено расправљање кривичноправног спора, претпоставља активну вербалну комуникацију суда са кривичнопроцесним странкама, као и са осталим процесним субјектима. За доношење законите и правилне пресуде, посебно је значајна комуникација суда са окривљеним, као и она између самих странака. На тај начин, усменост ствара оптималне предуслове за оваплоћење начела контрадикторности, усмереног ка утврђивању судске истине.

Каталог елементарних људских права окривљеног, садржан у најзначајнијим међународноправним документима о заштити људских права, предвиђа и право окривљеног, да *не сведочи против себе, или да не призна кривицу*. Ово право окривљеног, садржано је у одредби чл. 14 ст. 3(г) *Међународног пакта о грађанским и политичким правима*. Наведена одредба представља нормативну основу заштите окривљеног од самоинкриминације. Из овог, међународноправно верификованог права, проистиче могућност окривљеног, да ускрати свој исказ суду. Ћутањем окривљеног, пред судом, реализује се једно од фундаменталних људских права. Међутим, пасивним видом одбране окривљеног, отежава се реализација начела усмености. Одлучне чињенице утврђују се редукованом усменом комуникацијом, на главном претресу, лишеном активног ангажмана окривљеног у доказном поступку.

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, није изричито предвиђено ово право. Међутим, становиште је Европског суда за људска права, да је ово фундаментално право окривљеног садржано у чл. 6 ове Конвенције. Сматра се да “иако се посебно не помиње у чл. 6 Европске конвенције, нема никакве сумње да су право на ћутање, при полицијском испитивању, и право особе да не инкриминише саму себе општепризнати међународни стандарди, који представљају суштину појма правичног суђења из члана 6. Штитећи оптуженог од принуде власти, ове гаранције доприносе спречавању неправичности кривичног поступка и остваривању циљева члана 6.”¹⁵

3.2.1. Право на ћутање у пракси Европског суда за људска права

У складу са праксом Европског суда за људска права, заштита од самооптуживања важи за све кривичне поступке, независно од сложености поступка, и тежине кривичних дела. Коришћење принудних средстава, с циљем добијања изјава у вансудској истрази не може се оправдати интересима јавног поретка.¹⁶

Заштита окривљеног од самооптуживања, претпоставља и обавезу тужилаштва, да не користи доказе, добијене притиском на вољу окривљеног. Уколико би тужилаштво тако поступило, прекршила би се пресумпција невиности окривљеног.¹⁷ Противно је праву окривљеног да не инкриминише себе, и прихватање записника изјава, које је окривљени дао истражитељима под притиском, као доказа на суду¹⁸ Уосталом, забрана коришћења доказа, добијених применом тортуре, и нехуманим поступањем уопште, санкционисана је конвенцијама и декларацијама о борби против тортуре.

Из праксе Европског суда за људска права произилази, да извођење закључака, неповољних по окривљеног, а заснованих на његовом ћутању, крши право окривљеног да не инкриминише себе (ако је пресуда заснована *искључиво* или *углавном*, на ћутању окривљеног). Стога, право на ћутање нема карактер *апсолутног* права. Од околности случаја зависи, да ли извођење негативних закључака по окривљеног, због његовог ћутања, представља кршење права окривљеног да не инкриминише себе. Европски суд за људска права имао је становиште, да негативан закључак по оптуженог, због његовог одбијања да објасни своје присуство на месту злочина, не представља кршење стандарда

¹⁵ Одлука Европског суда, у случају *Mireu* против Уједињеног Краљевства (41/1994/488/570), од осмог фебруара 1996. године.

¹⁶ Пресуда, у случају *Mc Ginis* против Ирске, донета 21. децембра 2000. године.

¹⁷ Пресуда Европског суда, у случају *Sanders* против Уједињеног Краљевства, донета 17. децембра 1996. године.

¹⁸ *Ibid.*

заштите окривљеног од самооптуживања. Овакав закључак домаћег суда је, сагласно пресуди Европског суда за људска права, мотивисан разлозима “здрог разума”. Овим приступом, Европски суд оправдао је понашање, којим се директно крши једна од најзначајнијих процесних последица презумпције невиности окривљеног, а то је један од темељних принципа савременог кривичног поступка, да терет доказивања лежи на тужиоцу! Не може се од окривљеног очекивати, да пружа помоћ тужилаштву у доказивању одлучних чињеница, у овом случају, свог присуства на месту извршења кривичног дела. Осим тога, право на ћутање не може се селективно примењивати, у зависности од карактера спорних одлучних чињеница. Стога заштита окривљеног од самооптуживања важи и у случају ускраћивања исказа, о вези окривљеног са местом извршења кривичног дела. Имајући то у виду, не види се разлог потврђивања става британског суда, од највише европске судске инстанце! Европски суд за људска права је, ову своју одлуку, релативизовао ставом, да ускраћивање приступа адвоката окривљеном, у првих 48 сати од његовог притварања (када је окривљени требало да одлучи да ли ће користити право на ћутање), представља кршење чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹⁹

3.2.2. Позитивноправни оквир права на ћутање

Законик о кривичном поступку Србије прецизира, да окривљени “није дужан да изнесе своју одбрану нити да одговара на постављена питања”. На постојање права на ћутање, окривљени мора бити поучен од органа кривичног поступка (чл. 89 ст. 2 ЗКП-а). За разлику од решења некадашњег Закона о кривичном поступку Југославије (чл. 218 ст. 3), више не постоји обавеза органа кривичног поступка, да поучи окривљеног, да, уколико не да исказ, тиме “може отежати прикупљање доказа за своју одбрану”. Изменама и допунама ЗКП-а, из 2009. године,²⁰ брисана је одредба чл. 13 ст. 3, која је обавезивала суд, да окривљеног упозори “да све што изјави, може бити употребљено против њега као доказ”. Окривљени, дакле, аутономно, без уплива суда, одлучује о бенефитима и недостацима тактике, да се супротстави оптужби, коју ће изабрати. Међународноправни стандарди заштите окривљеног од самооптуживања, респектују се немогућношћу заснивања судске одлуке на исказу окривљеног, уколико окривљени није поучен о праву на ћутање (чл. 89 ст. 10 ЗКП-а Србије).

Право на ћутање, као легитиман вид остваривања одбране окривљеног, егзистира и у компаративном праву. *Француско* кривичнопроцесно законодавство, тек од реформе из 2000. године, прописује општу обавезу полиције и суда, да окривљеног поучи о праву на ускраћивање исказа. Ова обавеза, органа

¹⁹ Пресуда Европског суда, у случају Миреј против Уједињеног Краљевства, од 8. фебруара 1996. године.

²⁰ Текст измењеног и допуњеног ЗКП-а, објављен је у Сл. гласнику Србије, бр. 72/2009.

кривичног поступка, егзистирала је до 1993. године, али је реформом, спроведеном 2000. године, ово право окривљеног укинато.²¹

Немачко кривичнопроцесно законодавство је, новелом из 1964. године, предвидело могућност, да окривљени, као тактику остваривања одбране, изабере и недавање исказа. Притом, постоји обавеза органа кривичног поступка, да окривљеног упозори на ту могућност (§ 136 StPO). Забрањују се и притисци на вољу окривљеног, ради давања исказа, као и вршење експеримената над њим (§ 136.a StPO). Право на ћутање, окривљени има и на саслушању пред полицијом (§ 163.a 3-4 StPO), као и на главном претресу (§ 243 ст. 4 StPO). Међутим, ова обавеза органа кривичног поступка, није санкционисана, јер нису предвиђене правне последице за случај њеног непоштовања.

Италијанско законодавство предвиђа право окривљеног, да сам себе не инкриминише. Пре почетка испитивања, окривљени се мора упозорити, да има право да не одговара на питања, али да ће ипак поступак следити свој ток (чл. 64 ст 3б ЗКП-а Италије). Окривљени, притом, не може ускратити одговор на питања о идентитету. Међутим, све до амандмана на чл. 64 ст. 3 ЗКП-а из 2001. године, није предвиђена апсолутна ништавост исказа окривљеног, добијеног без претходног упозорења о постојању права на ћутање.²² *Енглеско* право, које се, у начелу, одриче исказа окривљеног, као доказног средства, ипак налази начина за испитивање окривљеног, чиме ограничава и право на пасиван вид остваривања одбране. Пре почетка испитивања, енглески полицијски службеници морају окривљеног упозорити, да није дужан да да исказ, али да његовој одбрани може шкодити ако прећути неке чињенице, које би касније у поступку користио. Наиме, енглески *Criminal Justice and Public Order Act*, из 1994. године предвиђа право пороте да изведе неповољне закључке по окривљеног, ако је он пред полицијом прећутао неке чињенице, а касније се његова одбрана, у поступку, позивала на њих. Пошто је порота лаички орган, суд је дужан да, пре већања и гласања о кривици окривљеног, подучи пороту, о њеној могућности да, у конкретном случају, примени ово ограничење права окривљеног на ћутање.²³

²¹ M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 612.

²² M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, *op. cit.*, стр. 610.

²³ C. Emmins, *Criminal Procedure*, 2000, p. 30.

Saša Knežević, LL.D
Full Professor at the
Faculty of Law in Niš

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS OF THE RIGHT TO ORAL PRESENTATION BEFORE THE COURT

Summary

An oral form of presenting evidence, allows the parties to present their views on the criminal matter, and to respond, immediately, to the position of the opposing party. At the same time, the court is able to remove the ambiguity promptly, arising from the statement of the procedural subjects, and to direct the course of the evidentiary proceedings. Deviations from the principle of orality, which are allowed by law, can not disavow the very essence of this important procedural principle.

Oral discussion about criminal litigation is unthinkable without the use of appropriate language. It is a instrumentality for notifying of thoughts, ideas and opinions, and it is a tool for communication between the court and the procedural subjects, and among the parties, in the presence of other participants in the criminal proceedings. As a prerequisite for the realization of orality principle, and other principles of the criminal procedure law, the use of language on the courts (including the Criminal Procedure Code) is regulated by international documents, the Constitution and the law.

Keywords: *orality; literacy, language; mandatory procedures; silence*

ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Божидар Бановић*
Миломир Веселиновић**
Кристина Потич***

Апстракт: Овај рад се бави анализом повреда људских права насталих поступањем органа откривања и гоњења у Републици Србији. Предмет анализе су пресуде Европског суда за људска права у којима је наша држава оглашена одговорном за кршење људских права у домену вођења (прет)кривичног поступка. Циљ рада је да укаже на високе захтеве и стандарде у поштовању људских права, прикаже начин рада Европског суда за људска права, као начин на који Суд види спровођење материјалноправних одредаба Конвенције о људским правима у пракси. Усвајање високих стандарда у овом домену једна је од улазница у породицу равноправних европских народа, ма колико нам се чинило да су и у овој области, поједини, мање или више релевантни, међународни чиниоци у неким ситуацијама непринципијелни и (негативно) пристрасни када се ради о нашој земљи.

Кључне речи: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, пресуде, истрага, притвор, полиција.

Увод

Поштовање основних људских права и слобода, једнакости и равноправности, професионализам, етика, представљају неке од основних императива у поступању представника државе према грађанима, а начела законитости, исти-

* Др Божидар Бановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, bbvsup@yahoo.com

** Миломир Веселиновић, виши саветник, Министарство одбране Републике Србије, veselinovic_milomir@yahoo.com

*** Кристина Потич, самостални саветник, Министарство правде и државне управе Републике Србије kristina_potic@yahoo.com

не и објективности, брзине и оперативности, темељитости и упорности, хуманости, нека су од основних начела, како криминалистике¹, тако и рада криминалистичке полиције².

Међутим, као кључно питање поставља се: како водити истраге, биле оне полицијске, тужилачке или судске, а да не повредимо људска права и слободе, са једне, односно са друге стране, не дозволимо појединцима или групама да та иста права и слободе злоупотребе?

Примењујући законска овлашћења, органи гоњења су у ситуацији да често, штитећи права једних, угрожавају и ограничавају права других људи. Представници државе у таквој ситуацији понекад, не само код нас, повређују људска права и слободе и преко неопходне и, законом дозвољене, границе.

1. О Европском суду за људска права

Европски суд за људска права (ЕСЈП, Суд), један је од ретких органа чији је превасходни задатак заштита људских права и слобода, угрожених или повређених поступањима представника државних органа, чиме се проузрокује примарна виктимизација, али и њиховим непоступањем, чиме се у ствари проузрокује (и) секундарна виктимизација³.

Суд је установљен, као стални орган, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода⁴, која као основну идеју има успостављање субјективитета појединца у међународноправној области, у склопу међународног надзора над поштовањем људских права. Као датум установљавања ЕСЈП узима се 21. јануар 1959. године, до када је осам земаља чланица признало његову обавезну надлежност, како се тражило по тадашњој верзији Конвенције. Прва два предмета нашла су се пред Судом 1961. године, а нови предмети тек пет година касније⁵.

Од његовог оснивања, овом органу обратио се велики бој грађана широм Европе, који су сматрали да су им угрожена основна људска права и слобо-

¹ Види више: Жарковић, М. *Криминалистичка тактика*, Београд, 2010, стр. 5-11.

² Види више: Ђурђевић, З., Радовић, Н. *Криминалистичка оператива*, Београд, 2012, стр. 6. и 7.

³ О примарној и секундарној виктимизацији више: Игњатовић, Ђ., Симеуновић – Патић, Б.: *Виктимологија*, Београд, 2011, стр. 15-31.

⁴ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8854883E-591A-4E48-9CA0A780D9153391/0/SER_P0_pack.pdf, доступно 28.07.2013. Наведени извор користи назив „Европска конвенција за заштиту људских права и слобода“ као наслов званичног превода Конвенције – „Serbian version“, док би дослован превод био: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Често се користи и назив Конвенција о људским правима. Конвенција је закључена у Риму, 4. новембра 1950. године, а ступила је на снагу 3. септембра 1953. године, када је постигнуто првих десет ратификација држава-потписница.

⁵ Пауновић, М., Царић, С.: *Европски суд за људска права, основна начела и ток поступка*, Београд, 2006, стр. 29.

де, тражећи заштиту. Према подацима Суда, почетком 2012. године у раду је било 152.200 представки против разних држава Европе⁶. Поступак пред овим судом регулисан је самом Конвенцијом и Пословником (правилима) ЕСЉП⁷. Ступањем на снагу Протокола 14 уз Конвенцију, 1. јуна 2010. године, којим су уведене извесне измене у поступку, омогућено је његово ефикасније поступање, с обзиром на огроман број поднетих представки.

2. Статистички показатељи у односу на Републику Србију

У документу Заступника РС пред Судом, под називом *Преглед пресуда донетих у 2012. години у односу на Републику Србију*⁸, наводе се статистички подаци о пресудама против РС до краја 2011. године, са одређеним појашњењима која се односе на успешност подносилаца представки, односно РС као тужене стране. Према овом прегледу, до краја 2011. године је донета укупно 61 пресуда⁹, од ког броја је у 54 пресуде утврђена бар једна повреда одредаба Конвенције, док је у 7 пресуда утврђено да повреде није било. Даље се наглашава да међу пресудама у којима је утврђена нека повреда, има оних у којима је Република Србија била успешнија од тужилачке стране. У прилог овом ставу наводе се подаци о пресудама где су представке поднете са тврдњама да је повређено више права или слобода подносиоца, а да је суд установио повреде само неких и то најчешће оних лакших од наведених повреда (не свих и не најтежих како гласи представка), као и да у одређеном броју случајева, и поред констатованих повреда, подносиоцу није досуђена никаква новчана надокнада¹⁰. Такође, када се ради о пресудама донетим у 2011. години, од укупно 12, у четири пресуде Суд је утврдио да није било никаквих повреда Конвенције. У овим пресудама Суд је најчешће налазио повреду члана 6 став 1 Конвенције (право на правично суђење), где се највећи број односи на: дужину поступка, право на приступ суду, право на непристрасни суд, потреба за уједначеном судском праксом, и коришћење недозвољених доказа. Највиши износ накнаде досуђен у пресудама из 2011. године везан је за пресуду у случају *Станимировић* и износи 13.000

⁶ <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>, доступно 28.07.2013.

⁷ *Rules of Court*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/REGLEMENT_EN_2012.pdf, доступно 28.07.2013.

⁸ Преглед пресуда донетих у 2012. години у односу на Републику Србију, преузето 05.03.2013. године са: <http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/cr/articles/statistika-i-pregledi/pregled-presuda-donetih-u-2012.-godini-u-odnosu-na-republiku-srbiju.html>. Подаци у овом документу односе се на период 2006–2011. године.

⁹ По годинама, подаци о пресудама изгледају овако: 1 пресуда донета је 2006. године, 14 пресуда 2007. године, 9 пресуда у 2008. години, 16 у 2009. години, 9 пресуда 2010, док је до краја 2011. године Суд донео још 12 пресуда.

¹⁰ Овде се мисли на тзв. *правичну накнаду* (just satisfaction), у складу са чланом 41. Конвенције, а не и на обавезу надокнаде евентуалне материјалне штете.

евра на име накнаде нематеријалне штете (*just satisfaction*) и 5000 евра на име трошкова поступка.

Ако погледамо ове пресуде по садржају, односно по врсти поступака у којима је, према пресуђеним случајевима дошло до повреда одређених права и слобода, односно органа који су то учинили, од укупно 54 осуђујуће пресуде, њих 9 се односи на кривичне ствари, односно повреде права и слобода у (прет)кривичном поступку. Од овог броја, 3 пресуде се односе на поступање полиције, односно у 3 случаја су утврђене одређене повреде права и/или слобода директним поступањем полиције. Изражено у процентима, рецимо да су државни чиновници РС повредили права сопствених грађана, у преткривичном или кривичном поступку, у 16,67% случајева у односу на укупан број пресуђених повреда, односно у 5,5% случајева то су учинили полицијски службеници. Удео лошег поступања полиције у укупном броју повреда у кривичним стварима је 33,3%.

Ови статистички показатељи наизглед и нису тако лоши. Произилази наиме, да су људска права у РС, у разним другим поступцима повређивана много чешће (45 од 54) него у преткривичном и кривичном, односно да су полицијски службеници мање пута повредили људска права примењујући своја овлашћења у преткривичном поступку, односно прекорачујући их, него што су то чинили судови у истрази, односно (главном) кривичном поступку.

Међутим, додајмо да се ради о до сада пресуђеним случајевима, да је пред судом тренутно у раду око 9,5 хиљада предмета, као и да су само у 2011. години поднете 4.833 нове представке против РС.¹¹ Ако овоме додамо и податке МУП-а о притужбама против неадекватног поступања полиције (око 4000 у 2010. години, укључујући и око 300 оних које се односе на мучење или сличне облике неадекватног поступања)¹², неспорно морамо бити уздржани у давању евентуалних повољних оцена. Морамо изрећи и процену да нам анализа до сада пресуђених случајева, не улива наду да ће крајњи резултати бити повољни по полицију и РС уопште.

3. Анализа пресуда ЕСЉП

У наредном делу овог рада даћемо краћи приказ пресуда у кривично-правним стварима.¹³ Обрадићемо укупно 9 правноснажних пресуда, хроно-

¹¹ Види више: Европска комисија: *Радни документ особља комисије – Извештај о напретку Србије за 2012. годину*, СЕЦ (2012) 333. Брисел, 10.10.2012. Поштовање људских права третирано је у делу 2. *Политички критеријуми*, одељак 2.2. *Људска права и заштита мањина* (стр. 16-19) и делу 4. *Способности преузимања обавеза које проистичу из чланства*, поглавље 23. *Правосуђе и основна права* (стр. 67-77)

¹² Види више: *Извештај Влади РС о посети Европског комитета за спречавање мучења и нељудског или понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ)* од 01. до 11. фебруара 2011. Наведени подаци изнети су у делу 2. *Неадекватно поступање*, тачка 17, стр. 9.

¹³ Све пресуде против Србије се објављују и на званичном сајту Министарства правде у изворном

лошким редом, донетих у периоду од 2006. до краја 2011. године, у којима је РС оглашена одговорном за повреде одређених права и слобода у (прет)кривичном поступку, а које су обухваћене статистичким показатељима изнетим у претходном делу овог рада.

3.1. Матијашевић против Србије

Ова пресуда је прва која је донета по представкама против РС од почетка примене Конвенције на нашу земљу. Донета је 19. септембра 2006. године, број предмета 23037/04.

Подносилац представке жалио се на повреду *права на правично суђење*, односно повреду претпоставке невиности, из члана 6 став 2 Европске конвенције. Он је ухапшен и задржан у мају 2003. године под сумњом да је починио кривична дела убиства и преваре. Окружни суд у Новом Саду, приликом продужавања притвора, у образложењу решења навео је да је подносилац „учинио дела за која је ухапшен“. Подносилац представке се жалио Врховном суду тврдећи да је судско решење прејудиицирало исход кривичног поступка и повредило његово основно право на претпоставку невиности, али је његова жалба одбачена. Матијашевић је осуђен на осам година затвора за подстрекавање на убиство.

Пресудом Европског суда за људска права утврђено је да је било повреде претпоставке невиности од стране Окружног суда у Новом Саду, а да је Врховни суд Србије пропустио да ту грешку исправи. У пресуди је, између осталог, наведено да чињеница што је подносилац представке коначно осуђен на затворску казну, не негира његово иницијално право на претпоставку невиности док се не докаже да је крив. Подносиоцу представке досуђен је износ од 662 евра на име трошкова поступка.

3.2. Вренчев против Србије

Пресуда је донета 23. септембра 2008. године, број предмета 2361/05.

Подносилац представке се жалио на повреду *права на слободу и безбедност* (члан 5 Конвенције) у вези са његовим лишењем слободе, одређивањем и продужавањем притвора у кривичном поступку који је против њега вођен за кривично дело неовлашћене производње, држања и стављања у промет опојних дрога.

Према подацима из пресуде (у оквиру дела „I ОКОЛНОСТИ ПРЕДМЕТА“), подносиоца представке, Љ. В. (рођеног 1968. године), дана 16. 11. 2003. године, зауставио је и претресао полицајац и код њега пронашао пакет са 4,13 грама канабиса. Потом је одведен у полицијску станицу, где му је издата пот-

облику, као и кратки прикази и коментари Заступника РС.

врда о привременом одузимању предмета (канабиса), одакле је пуштен после краћег времена. У потврди је као адреса пребивалишта наведена улица М. К, број 32. У вези са адресом настаје конфузија, како се наводи у пресуди: „У каснијем извештају о овом догађају од истог датума, међутим, изгледа да је полицајац направио грешку тиме што је навео да је адреса подносиоца представке улица М.К. бр. 30 уместо бр. 32.“ Даље се наводи да је полиција телефоном позвала оца подносиоца представке, да је Љ. В. (подносилац) по том (телефонском) позиву отишао у полицијску станицу, где се испоставило да је Окружни суд у Београду издао наредбу о издавању потернице и донео решење о притвору против Љ. В., јер се није одазвао на неколико позива као окривљени у кривичном поступку који је против њега покренут у вези са наркотиком (канабисом) који је поседовао. Приликом слања позива, суду су се враћале доставнице са знаком да именовани није познат на предметној адреси (улица М. К. бр. 30), а полиција је накнадно утврдила да подносилац представке ни на броју 32 не живи већ неко време.

Адвокат подносиоца представке је 7. јула 2004. године уложио жалбу, са допуном од 8. јула 2004, против решења о притвору Окружног суда (од 29. јуна 2004), коју је Врховни суд Србије 12. јула 2004. године одбио, без усменог рочишта. Адвокат је примио ову одлуку 14. јула 2004. године (укупно 6 дана од подношења), а два дана касније подноси предлог Окружном суду (који у ствари није ни разматран), за ослобађање Љ. В. уз јемство или, алтернативно, да му се притвор замени мером забране напуштања места боравка до завршетка кривичног поступка. Адвокат је у жалби навео и да је притвор подносиоца представке наложен због грешке суда у утврђивању његове праве кућне адресе и затражио да се хитно закаже рочиште у овом предмету. После рочишта, које је одржано 26. јула 2004. године, Окружни суд је констатовао да је подносилац крив због извршења кривичног дела неовлашћене производња, држања и стављања у промет опојних дрога и осудио га на новчану казну у износу од 10.000 динара (у то време око 128 евра). Посебним решењем од истог датума, Окружни суд је подносиоцу представке укинуо притвор. Из пресуде Суда (за људска права) произилази да Љ. В. од дана притварања (29.06.2004), па до рочишта одржаног 26.07.2004. године, није саслушан нити од стране истражног судије, нити судећег већа, а да је све то време подносилац био у притвору.

Пресудом Европског суда за људска права утврђено је да није било повреде члана 5 став 1¹⁴, односно није било незаконитости приликом одређивања притвора, али су констатоване следеће повреде:

¹⁴ Тачка 61 Пресуде: „...Суд налази да притвор подносиоца представке, и поред конфузије која је најалост настала у вези са његовом адресом, што се одразило у службеним документима, није ни незаконит ни произвољан. Суд даље примећује да између странака нема спора око постојања основане сумње да је подносилац представке учинио кривично дело о коме је реч, ни око тога да је његов притвор одређен како би се он извео пред надлежни законски орган. Према томе, није дошло до повреде члана 5. став 1.(в) Конвенције.“

- Члана 5 став 3: није поштовано право лица лишеног слободe, односно обавеза државе да се овакво лице „без одлагања изведе пред судију“;¹⁵ нису разматране алтернативне мере за обезбеђење присуства у поступку, иако је подносилац представке предложио јемство, а радило се, како се каже у пресуди, „о лакшем кривичном делу“, с обзиром на висину забрањене казне;¹⁶

- Члана 5 став 4, јер није поштован законски рок од 48 сати за одлучивање по жалби против притвора (Врховни суд је донео одлуку после 4 дана, а адвокат ју је примио два дана касније);

- Члана 5 став 5, јер подносилац представке није имао право на надокнаду иако су, у поступку против њега, прекршене законске одредбе о продужавању притвора.

Подносиоцу представке досуђен је износ од 2.000 евра на име нематеријалне штете и 1.603 евра на име трошкова поступка.

Свему овоме није потребан посебан коментар. Све је почело, највероватније, од погрешног уписивања податка, на шта су се потом низали рутински одрађени потези, а онда као да је спроведена одмазда притвором.

3.3. Милошевић против Србије

Пресуда је донета 28. априла 2009. године, број 31320/05.

Подносилац представке жалио се на повреду права на слободу и сигурност из члана 5 Конвенције у вези са продужавањем притвора у кривичном поступку који је против њега вођен за више кривичних дела тешке крађе.

Пресудом је утврђена повреда члана 5 став 3 Конвенције, јер, иако је притвор подносиоцу представке законито одређен, он је, од тренутка хапшења, био више од 41 дан лишен могућности да буде изведен пред судију, који би био овлашћен да испита његов даљи боравак у притвору. Подносиоцу је досуђено 3.000 евра на име нематеријалне штете и 500 евра на име трошкова поступка.

Из приказа пресуде Заступника РС пред ЕСЉП, произилази да се ради о лицу које је (фактички) било у бекству од октобра 1999. до 20.01.2005. године (више од 5 година), када му је одређен притвор (по решењу из јануара 2000. го-

¹⁵ Тачка 68: „...Суд примећује да у конкретном случају рочиште није одржано ни када је првобитно одређен притвор подносиоцу представке ни када је Врховни суд разматрао односну жалбу у вези са тим. Стога је требало двадесет дана да подносилац представке буде лично изведен пред судију, а чак ни тада то није био део поступка разматрања притвора пре суђења, већ се то десило приликом самог суђења подносиоцу представке. Према томе, дошло је до повреде права подносиоца представке да одмах буде изведен пред судију како је зајамчено чланом 5. став 3. Конвенције.“

¹⁶ Тачка 77: „...Према томе, дошло је до посебне повреде права подносиоца представке ‘да буде пуштен док чека на суђење’, а које пуштање је могло бити ‘условљено [његовим] гаранцијама да ће се појавити’ на суду, како предвиђа члан 5. став 3. Конвенције.“

дине), а истражни судија га је саслушао 27.01.2005. (7 дана након притварања). Суђење против овог лица започето је 02.03. и трајало је до 18.05.2005. године, за које време притвор континуирано траје.

Налазећи да је учињена повреда члана 5 став 3 Конвенције, Суд је у овом случају заузео став да истражни судија пред кога је окривљени изведен 27. јануара 2005. године, по одредбама ЗКП (које одредбе је Суд у пресуди детаљно навео), „није био овлашћен да испита притвор према окривљеном и да га пусти на слободу, већ је то учињено тек на главном претресу 2. марта 2005. године“. Наш Заступник сматра да извесну дилему овде може изазвати „питање да ли је извођењем пред истражног судију дана 27. јануара 2005. године испуњен захтев из члана 5 став 3 Конвенције, да свако ко је ухапшен или лишен слободе буде ‘без одлагања изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције’, тј. да ли је промптност извођења пред судију требало разматрати за период од 20. до 27. јануара 2005. године, ... или за период од 20. јануара до 2. марта 2005. године, како је нашао Суд.“ Заступник даље износи да су стандарди Суда овде веома строги, наводећи у прилог томе случајеве О`Хара против Уједињеног Краљевства и Броган и други против Уједињеног Краљевства¹⁷, те да би по тим стандардима и период од 20. до 27. јануара био довољно дуг да Суд сматра да је дошло до повреде Конвенције. „Међутим, у овом случају Суд је изгледа желео да укаже на извесне непрецизности у српском кривичном процесном законодавству, што може бити разлог за захтевање примене извесних генералних мера приликом извршавања ове пресуде“, сматра Заступник.¹⁸

3.4. Ђермановић против Србије

Пресуда је донета 23. фебруара 2010. године, број 48497/06.

Подносилац представке жалио се на повреду члана 3 (забрана тортуре и нечовечног поступања), у вези са неадекватним лечењем за време боравка у притвору и општим условима у притвору; повреду члана 5 став 3 (право на слободу и безбедност), у вези са предугим боравком у притвору, као и на повреду члана 6 (право на правично суђење, односно на суђење у разумном року) у вези са укупном дужином кривичног поступка.

Подносиоцу представке одређен је притвор, који је продужаван током истраге, као и главног претреса и поступака по жалбама, а који је трајао од почетка фебруара 2004. до јуна месеца 2007. године, у кривичном поступку

¹⁷ У оба ова случаја тужена држава је покушала да оправда поступање судских органа посебним тешкоћама у истрази у вези са терористичким актима, али Суд такво образложење није прихватио, а радило се о периодима од 6 дана и 13 сати и 4 дана и 6 сати.

¹⁸ Генералне мере би подразумевале да Суд од Републике Србије захтева да приступи измени процесног законодавства у предметном делу, с обзиром да се овакве ситуације понављају у неколико предмета пред Судом.

за кривична дела злоупотребе службеног положаја и фалсификовања исправе. Судови су продужавали притвор на основу чињенице да је подносилац представке био недоступан на почетку кривичног поступка 2003. године.

Пресудом је утврђена повреда члана 5 став 3 Конвенције, јер, иако је притвор подносиоцу представке законито одређен, приликом његовог продужавања, стереотипно и без икаквог преиспитивања, Окружни суд у Новом Саду је наводио „опасност од бекства” као разлог да подносилац и даље остане у притвору. Такође, Суд је сматрао релевантним и то што захтев за пуштање на слободу није прихваћен ни када је протекло више од $\frac{3}{4}$ казне која му је на крају изречена, као и упркос погоршању његовог здравственог стања.¹⁹ Подносиоцу представке досуђено је 1.500 евра на име нематеријалне штете и 1.500 евра на име трошкова.

3.5. Милановић против Србије

Пресуда је донета 14. децембра 2010. године.

Овај предмет је карактеристичан и занимљив за наше истраживање са више аспеката. Најпре, то је прва пресуда у којој је констатована повреда члана 3 Конвенције – забрана мучења. Затим, пресуда се у овом случају односи на органе гоњења РС (уопште), али се у основи овде ради о неефикасности рада полиције, на начин за који сматрамо да је релативно чест у поступању овог органа у Србији. Такође, то је пресуда где је досуђен један од највиших износа за накнаду нематеријалне штете (10.000 еура).

Живота Милановић, припадник Хинду Ваишнавске заједнице у Србији „Харе Кришна“, поднео је Европском суду за људска права у Стразбуру представку против Србије, због наводних напада и повређивања од стране НН лица,

¹⁹ У коментару пресуде Заступника РС, са којим се у потпуности слажемо, наводи се: „Иако је у овој пресуди држава била успешнија од подносиоца у већем делу (одбранила се за постојање повреде чланова 3 и 6 став 1 Конвенције), ипак ова пресуда је још једно упозорење домаћим судовима у вези са продужавањем притвора, након пресуда у случајевима Вренчев и Милошевић. Наиме, притвор није кривична санкција, већ мера обезбеђења присуства окривљеног током вођења кривичног поступка. Ова мера није сврха сама себи, већ би требало да обезбеди присуство окривљеног током вођења кривичног поступка, па самим тим и његово ефикасно одвијање. Једном одређен притвор, мора се стално преиспитивати и разлог због кога је он одређен првобитно не мора постојати и приликом одлучивања о његовом продужењу. Суд је у овом случају пружио доста јасне смернице домаћим судовима у случајевима када одлучују о продужавању притвора. Најпре, ‘опасност од бекства’ може бити прихватљив основ за одређивање притвора, али стереотипно позивање на овај основ не може бити разлог за даље продужавање притвора са једне крајње апстрактне тачке гледишта. Домаћи суд је у обавези да провери валидност овог основа за задржавање окривљеног у притвору. Поред тога, суд је у конкретном случају пропустио да размисли алтернативе притвору. Штавише, захтев подносиоца за пуштање на слободу није прихваћен ни у случају када је протекао период од три четвртине казне која му је касније изрицана и упркос погоршању његовог здравственог стања. Због свега изнетог Суд је установио повреду члана 5 став 3 Конвенције.“

у више наврата, почев од 2001. до 2007. године. Тврди да су сви напади, а пре првог је наводно добијао и претње путем телефона, верски мотивисани, због његове припадности наведеној верској заједници, али ни у једном случају није могао да да опис извршилаца, због околности под којима су се напади догађали. Непознати извршиоци (ни до данас) нису пронађени.

Подносилац представке је сматрао да су недовољно ажурним поступањем државних органа Србије, пре свих полиције, повређена његова права из: члана 2 - право на живот, члана 3 - забрана мучења и нехуманог поступања, члана 13 – право на делотворно правно средство и члана 14 - забрана дискриминације, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Суд је заузео став да је позитивна обавеза државе да заштити појединце у својој надлежности од нехуманог поступања и мучења, те да Република Србија није предузела све што је било у њеној моћи да идентификује починиоце напада на подносиоца који су се догодили 2001, 2006. и 2007. године, за које је он тврдио да су мотивисани верском нетрпељивошћу, с обзиром да је подносилац припадник верске заједнице Харе Кришна. Мере које је, по мишљењу Суда, требало да предузме Република Србија, јесу спровођење ефикасне истраге, о којој је подносилац требало да буде редовно информисан, затим сарадња полиције и тужилаштва која је у овом случају била неадекватна, спровођење истраге у погледу деловања екстремистичких организација на територији целе Републике, а не само на локалној територији, као и постављање видео надзора и/или полицијских заседа у циљу спречавања будућих напада на подносиоца.

Што се тиче повреде члана 14 Конвенције, Суд је заузео став да власти Републике Србије нису направиле неопходну разлику између верски мотивисаног насиља и других облика насиља, као и да нису биле довољно свесне чињенице да су напади на подносиоца верски мотивисани. У прилог овом тврђењу Суд је навео утисак да је полиција имала озбиљне сумње да је подносилац заиста жртва напада и да је имала у виду „чудан изглед подносиоца“. У том смислу Суд је сматрао да је у погледу верских мотива напада била извршена само истрага *pro forma*.

Подносиоцу је досуђено 10.000 евра нематеријалне штете и 1.200 евра на име трошкова поступка.

Република Србија поводом ове пресуде упутила је захтев за обраћање Великом већу Суда, јер сматра да аргументи које је Србија у овом случају изнела нису адекватно уважени. Суд је одбацио захтев за обраћање Великом већу, 20. јуна 2011. чиме је (и под којим датумом) пресуда постала правоснажна.

3.6. Милошевић против Србије

Пресуда донета 18.01.2011. године, број 32484/03.

Ово је трећа пресуда против Србије која је донета као случај „добро установљене судске праксе“, поводом чега је одлучивало трочлано судско веће (уведено Протоколом 14 уз Конвенцију), тако да је она даном објављивања постала правоснажна. Ради се о повреди члана 8 Конвенције: *Право на поштовање приватног и породичног живота*, а односи се на читање преписке затвореника.

Специфичност овог предмета је да повреда члана 8, у ствари, није ни наведена у првобитној представи. Наиме, подносилац се жалио на злостављање у 2000. години, незаконити притвор до октобра 2001. године, на услове у притвору, као и на правичност и исход два кривична поступка у којима је он осуђен за кривична дела за која је окривљен, односно, на наводне повреде члана 3 (забрана мучења), члана 5 (право на слободу и безбедност), члана 6 (право на правично суђење) и члана 13 (право на делотворни правни лек).

Суд је, међутим, утврдио да те притужбе нису спојиве са одредбама Конвенције *ratione temporis* и одбацио их у складу са чланом 35 ст. 3 и 4 Конвенције. Разматрајући, међутим, повреде на које је подносилац указивао и прилоге којима их је поткрепљивао, а радило се о више писама које је подносилац упућивао на адресе различитих државних органа РС, као и преписку са Судом, Суд је приметио да се на предметним ковертама налазе печати различитих заводских установа у којима је подносилац боравио током притвора, односно издржавања затворске казне, из чега је закључено да су писма отворана и читана од стране службеника предметних завода.

С обзиром да, нити подносилац лично, нити његов адвокат, нису истакли захтев за плаћање накнаде штете и захтев за накнаду трошкова поступка, Суд их није ни досудио, већ је само констатовао повреду члана 8 Конвенције.

3.7. Ристић против Србије

Пресуда донета 18.01.2011. године, број 32181/08.

Представку је у име Ј. Р. и Н. Р. (подносиоци представке, рођени 1992. године, односно 1996. године), поднела њихова мајка, због претеране дужине кривичног поступка, у вези са неплаћањем досуђеног издржавања за подносиоце, од стране њиховог оца. Наиме, надлежни суд је 28. децембра 2000. године развео брак родитеља подносилаца и одредио да сваком од њих отац (у даљем тексту: тужени) плаћа 25% његових месечних прихода на име издржавања. Ова пресуда је постала правоснажна 27. јуна 2001. године. Мајка подносилаца

представке је 2. априла 2003. године поднела кривичну пријаву против туженог, тврдећи да не плаћа издржавање за децу. У току преткривичног поступка, она је истакла имовинскоправни захтев у смислу исплате досуђених износа. Поступање по овој пријави трајало је од 13. маја 2003. године, када је надлежно ОЈТ поднело захтев за спровођење истраге, до 16. јула 2009. године, када је поступајући суд обуставио поступак због застарелости кривичног гоњења и упутио подносиоце представке да могу да остваре свој имовинскоправни захтев у парничном поступку.

Суд (ЕСЉП) је заузео став да дужина ожалбеног поступка није у складу са захтевом разумног рока, те да се „продужени карактер поступка углавном приписује судским органима тужене државе.“ Овде се, између осталог апострофира чињеница да је било неколико значајних периода судске неактивности и један број неоснованих одлагања. Суд је закључио да је дошло до повреде члана 6 став 1 Конвенције (право на правично суђење). У погледу штете, Суд није прихватио захтев подносилаца, за исплату 26.000 еура, сматрајући да између одуговлачења поступка и штете која је наступила нема директне везе, али је сматрао да су подносиоци претрпели нематеријалну штету као последицу утврђене повреде и досудио износ од 2.600 евра, као и 500 евра на име трошкова.

3.8. Станимировић против Србије

Пресуда донета 18. октобра 2011. године, број 26088/06.

Подносилац (З. С., рођен 1972. године), жалио се на повреду члана 3 (забрана мучења), члана 5 став 3 (право на слободу и безбедност), члана 6 став 2 (претпоставка невиности) као и члана 7 став 1 (кажњавање по закону). Подносилац представке је тврдио да га је полиција мучила и да су његове, тако добијене изјаве, употребљене у кривичном поступку против њега. „Жалио се да су га тукли палицом за бејзбол, да је више пута уоден, да су му гениталије излагали електричним шоковима и да је био изложен претњама смрћу и гушењу пластичном кесом за време испитивања у полицији 10. и 17. фебруара 2001. године. Он се такође жалио због непостојања делотворне истраге у погледу његовог злостављања“.

Суд је установио већином гласова (5:2) да је Република Србија прекршила забрану мучења (чл. 3), док је једногласно установио повреду права на правично суђење (чл. 6 ст. 1). У осталом делу представка је проглашена недопуштеном из процесних разлога (пропуштање рока од шест месеци, six-month rule).

У делу пресуде *Чињенице*, односно *Околности предмета*, Суд наводи да је 9. фебруара 2001. године убијен један брачни пар у Смедереву. Подносилац је поводом тога ухапшен у својој кући у Гроцкој, 10. фебруара 2001. године

око 20 сати и одведен у просторије ПУ Смедерево, где су га „полицајци претукли“, након чега је он признао да је учествовао у убиству. Одређен му је у притвор, у оквиру кога је саслушан од стране истражног судије у 4 наврата (2 пута без, а 2 пута у присуству адвоката кога је ангажовала његова супруга). На првом саслушању, 13.02.2001, поновио је признање, али се пожалио судији да је злостављан у полицији. По налогу судије, одведен је на медицински преглед, када је констатовано једно поломљено ребро и више модрица по телу. Дана 17.02. полиција га је извела из притвора и одвела у службене просторије, где је поново злостављан, услед чега се онесвестио. Одведен је у болницу, где су констатовани потрес мозга и крвни подливи по глави. На четвртном саслушању код истражног судије, 16.03.2001, З. С. је повукао своје првобитно признање.

Након тога, адвокат подносиоца поднео је кривичну пријаву против НН полицијских службеника, али је ЈТ после добијеног извештаја полиције о предметним догађајима и поред лекарских уверења од 13. и 17. фебруара, где су констатоване различите повреде, одлучио да не настави гоњење. Подносилац представке, односно његов адвокат, није се упустио у кривични поступак као супсидијарни тужилац.

Окружни суд у Смедереву је 4. новембра 2002. године подносиоца представке и С. П. прогласио кривим за убиство, односно (С. П.) за подстрекавање на убиство и сваког од њих осудио на казну затвора од по четрдесет година. Врховни суд Србије је ту пресуду укинуо 9. јула 2003. године и вратио предмет првостепеном суду на поновно суђење и захтевао да првостепени суд утврди да ли је полиција злостављала подносиоца представке, као и однос између евентуалног злостављања и валидности датих изјава подносиоца. На рочишту одржаном 13. маја 2004. године, подносилац представке је детаљно описао како су га злостављали и по први пут именовано наводне починиоце. Адвокат С. П. је затим затражио да се записник са тог рочишта пошаље јавном тужиоцу ради кривичног гоњења полицајаца које је подносилац представке именовано, али је став Јавног тужиоца био да је кривична пријава с тим у вези одбачена 24. септембра 2001. године и „да њена канцеларија нема намеру да се опет бави истим предметом“. Окружни суд у Смедереву је 27. децембра 2004. године је поново оба лица осудио на по 40 година затвора. Овај суд је утврдио да је подносилац представке заиста претучен у полицијској станици у Смедереву, те су изјаве подносиоца представке које је тамо дао 10. и 17. фебруара 2001. године „стога проглашене недопуштеним. Међутим, он је (Окружни суд) сматрао да су изјаве које је подносилац представке дао истражном судији 13, 14. и 19. фебруара допуштене. С тим у вези, суд се ослонио на извештај вештака који је припремио тим психијатара, у коме се наводи да се страх подносиоца представке морао смањити до датума када се појавио пред истражним судијом“.

Ову пресуду Врховни суд Србије је потврдио 13. маја 2005. године. Уследила је још једна жалба (13.05.2005), кривична пријава против шест

полицејских службеника (3.11.2006) у вези са догађајима из фебруара 2001, као и захтев за понављање поступка, али све без успеха по подносиоца представке.

С обзиром да је пресудом Окружног суда у Смедереву утврђено да је подносилац претрпео мучење у полицејској станици у Смедереву приликом давања исказа, Суд (ЕСЈП) је заузео став да озбиљност претрпљене тортуре, као и чињеница да је том приликом подносилац дао исказ о организовању двоструког убиства, због чега је осуђен на 40 година затвора, затим временска блискост тортуре и давања исказа пред истражним судијом, као и немогућност подносиоца да се консултује са адвокатом пре давања исказа истражном судији, представљају повреду права на правично суђење. Подносиоцу је досуђено 13.000 евра на име накнаде нематеријалне штете и 5.000 евра на име трошкова поступка.

У овој пресуди је посебно значајно и то што је Суд установио да подносилац, на основу утврђених повреда Конвенције, има право на понављање поступка окончаног правоснажном осуђујућом пресудом. „У складу са чланом 414 Законика о кривичном поступку из 2001. године, и допунама из септембра 2009. године, поновно покретање кривичног поступка може се тражити тамо где Уставни суд или међународни суд утврде да су током суђења повређена права осуђеног лица.“

3.9. Ђокић против Србије

Пресуда од 20. децембра 2011. године, број 1005/08.

Подносилац представке, Н. Ђ. (рођен 1970. године, бивши полицајац) жалио се на правичност и исход кривичног поступка против њега, јер није имао приступ Врховном Суду, као и због одсуства непристрасности на страни правосудних органа Србије. Суд резимира да се Н. Ђ. Позвао на бројне одредбе Конвенције и протокола уз њу, односно „у суштини он се, међутим, жалио: (i) због свеукупне правичности кривичног поступка против њега; (ii) што је 31. маја 2007. године лишен приступа Врховном суду; и (iii) да је судија који је већ одлучивао у његовом случају 20. марта 2006. године био у могућности да то поново чини 31. маја 2007. године.“

Надлежни Окружни суд прогласио је подносиоца кривим за убиство своје супруге и изрекао му затворску казну у трајању од 11 година. Пошто је Врховни суд укинуо ову пресуду и вратио на поновно суђење, првостепени суд поново доноси истоврсну пресуду у погледу кривице и казне, коју опширно образлаже. Ову пресуду је Врховни суд потврдио 20. марта 2006. године. Суд (ЕСЈП) апострофира учешће судије М. Ц. у (овом) жалбеном већу. Подносилац представке је „преко затворске управе, а што доказује издата потврда“,

26. јуна 2006. године уложио „захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде“, који је Врховни суд примио 5. јула 2006. године. Овај суд је 31. маја 2007. године констатовао да је захтев поднет 5. јула 2006. године, те га одбио као неблаговремен. У овом већу Врховног суда поново је био судија М. Ц.

Суд је пресудом утврдио повреду члана 6 став 1 Конвенције (право на правично суђење), у вези са правом на приступ суду у кривичном поступку. Захтев подносиоца за накнаду нематеријалне штете (15.000 евра), по приговору заступника је, због неблаговремености, одбијен. Суд је сматрао да нема разлога да испитује притужбе подносиоца на правичност поступка и непристрасност Врховног суда.

Суд је заузео став, позивајући се на ЗКП²⁰, да је „Врховни суд грешком одбацио захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде подносиоца представке као закасно, наводећи да је он поднет 5. јула 2006. године, при чему је, заправо, то био само датум кад је сам Врховни суд примио наведени захтев“. Према пресуди ЕСЉП, на Врховном касационом суду стоји обавеза да нађе правни пут на основу кога би се размотрио захтев за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде подносиоца. Без обзира што ово правно средство није предвиђено по новом ЗКП из 2009. године, Суд је у ставу 22 ове пресуде указао на то да је чланом 146 став 1 ЗКП из 2009. године предвиђено да окривљени, који је захтев поднео пре ступања на снагу ЗКП из 2009. године, има право да о његовом захтеву буде одлучено.

4. Пре закључка

Одредбе кривичног законодавства Републике Србије, како материјалног, тако и процесног, дају довољно основа за закључак да се ради о високом нивоу заштите права и слобода грађана, који су, слободно можемо рећи, у великој мери не само изнад минимума који захтева Конвенција, већ сигурно изнад просека, ако не и на самом врху правних система савременог доба. Оваква оцена, изречена је што директно, што индиректно и у релевантним извештајима о стању људских права у РС²¹.

²⁰ Члан 182 став 4: „Окривљени који се налази у притвору може изјаву која је везана за рок дати и на записник код суда који води поступак или је предати управи затвора, а лице које се налази на издржавању казне или се налази у установи ради примене мере безбедности или васпитне мере, може такву изјаву предати управи установе у којој је смештено. Дан кад је састављен такав записник, односно кад је изјава предата управи установе, сматра се као дан предаје органу који је надлежан да је прими. Управа затвора или установе издаће лицу лишеном слободe потврду о предаји изјаве.“

²¹ Види нарочито: Европска комисија: *Радни документ особља комисије – Извештај о напретку Србије за 2012. годину*, СЕЦ (2012) 333. Брисел, 10.10.2012. и *Извештај Влади РС о посети Европског комитета за спречавање мучења и нељудског или понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ)* од 01. до 11. фебруара 2011. Оба ова тела констатују напредак у поштовању основних људских права и слобода. У погледу прописа, ЕК констатује да је Србија

Ако се осврнемо појединачно на пресуде које смо приказали, видећемо да се у највећем броју ради о формалним пропустима, али да има и драстичних примера злостављања (Станимировић), односно површно и рутински обављених задатака са озбиљним последицама (Вренчев, Милановић). Овде се, међутим јавља правно-технички проблем, који се мора разрешити интервенцијом законодавног органа, а тиче се примене члана 5 став 3 Конвенције. Наиме, право сваког лица да „без одлагања буде изведен пред орган поступка ради чијега вођења је приведен“, ЕСЈП тумачи тако, да саслушање лица од стране истражног судије, не третира као „извођење пред орган поступка“. С тим у вези, као време које треба да се подведе под стандард „без одлагања“ сматра се време од лишења слободе до првог рочишта у поступку, а не до (првог) саслушања од стране истражног судије.

Такође, приказане пресуде би се могле и анализирати и критиковати са више становишта. Међутим, да ли се могу и бранити? У сваком случају, отварају се многа питања.

Да ли Суд има изразито негативан став према Србији, вероватно условљен политичким приликама? Ако бисмо били пристрасни, а поготово са становишта проживљених искустава из деведесетих година прошлог века, рекли бисмо: ДА!

Међутим, Суд се у пресудама, поред ослањања на међународне и домаће материјалноправне изворе, позива на већ пресуђене предмете из своје праксе. Тако у, по нама најдискутабилнијем предмету - Милановић против Србије, чији детаљни приказ би био занимљив, али умногоме превазилази обим и потребе овог рада, суд наводи неколико случајева. У предмету Шечић против Хрватске²² утврђена је повреда права из члана 3 (забрана мучења) и члана 14 (забрана дискриминације) због неделотворности истраге коју је хрватска полиција спровела поводом напада на подносиоца представке, ромске националности, који се одиграо на улици од стране неидентификоване групе „skinheads-a“. У предмету Глдани паства 97 Јеховиних сведока против Грузије,²³ пресудом је утврђена ратификовала све главне међународне правне инструменте из области људских права, као и да, уопштено говорећи, законодавни и институционални оквири за поштовање људских права постоје, а предузете су и активне мере да се осигура њихово спровођење кроз различите видове едукације чиновника, нормализовањем рада независних тела (Заштитник грађана, Повереник за равноправност) и друго. Међутим, у овом извештају се захтева да се спровођење прописа подигне на виши ниво. У прилог томе се наводи огроман број представки које су поднете ЕСЈП против државе Србије. СРТ констатује најпре да је незадовољан учињеним између две посете, а потом, коментаришући да су законодавни оквири углавном у реду, наводи примедбе које се у највећој мери свде на извесне формално правне недоумице, када је реч о дефинисању поступања и овлашћења полиције, које потом за последицу имају различитости у поступању у пракси овог органа.

²² Шечић против Хрватске, бр. 40116/02, ЕЦХП 2007-ВИ, пресуда од 31. маја 2007. године, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%u0160e%u010Di%u0107%20%7C%20Croatia&sessionId=88203321&skin=hudoc-en> – доступно 27.07.2013.

²³ Глдани паства 97 Јеховиних сведока против Грузије, бр. 71156/01 ЕЦХП 2007-В, пресуда од 3.

повреда члана 3 (мучење), члана 14 (дискриминација) и члана 9 (слобода мишљења и верског опредељења), јер грузијска полиција није правовремено реаговала нити је предузела потребне мере како би идентификовала нападаче на групу од 97 Јеховиних сведока приликом одржавања верског обреда. Можда је најкарактеристичнији предмет Рамсахиаи против Холандије²⁴, где је пресудом Великог већа утврђена повреда права на живот из члана 2 Конвенције, са процедуралног аспекта. Држава није спровела делотворну и ефикасну истрагу поводом смрти Моравие Рамсахиаа, кога је убио на улици један од двојице присутних полицајаца, пошто је М. Рамсахиаи на њега потегао пиштољ. Суд је утврдио да је холандска полиција пропустила да уради барутни тест двојице поменутих полицајаца, анализу оружја и муниције, као и снимак ране коју је начинио метак. Оба полицајца испитана су тек после три дана, а нису биле предузете мере да се спречи њихово евентуално договарање око исказа. Суд је посебно имао у виду да других сведока није било. Даље, што се тиче независности истраге, Велико веће је сматрало да је излазак представника унутрашње контроле полиције на терен после 15 и по сати предуг и неоправдан и да се целокупна истрага не може сматрати делотворном, због чега је утврђена повреда члана 2.

Закључак

Имајући у виду напред речено, посебно ако узмемо у обзир појединачне пресуде, дефинитивно морамо закључити да највећи број повреда људских права и слобода потиче од непознавања или недовољног познавања прописа и прописаних процедура, недовољне едукованости у домену поштовања људских права, начина на који Суд тумачи повреде, па и, ако хоћемо поштено, недовољне емпатије према околини.

Такође, може се рећи да, имајући у виду наше материјално и процесно кривично законодавство, стављено под лупу Конвенције, а сагледавајући релевантне извештаје, статистику ЕСЉП када се ради о до сада пресуђеним стварима, као и анализирајући појединачне пресуде у кривичним стварима, да кршење људских права нема озбиљне размере. Међутим, број притужби, како унутар РС, тако и број обраћања Суду, мора да нас покрене на озбиљну акцију на свим нивоима.

Наведени статистички подаци дају нам за право да изрекнемо оцену да се у другим врстама и случајевима поступања органа наше земље, изван кри-маја 2007. године. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gldani%20%7C%20congregation%20%7C%20Georgia&sessionId=88203321&skin=hudoc-en> – доступно 27.07.2013.

²⁴ Рамсахиаи против Холандије, бр. 52391/99 ГЦ, пресуда од 15. маја 2007. године. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Ramsahai%20%7C%20Netherlands&sessionId=88203321&skin=hudoc-en> – доступно 27.07.2013.

вичног, много чешће крше људска права, односно грађани су се до сада на њих чешће жалили. Међутим, ово ни мало не треба да нас чини спокојним, јер повреде људских права у (прет)кривичном поступку могу да изазову много теже последице по појединца, па и ширу заједницу.

Све ово нас мора навести на само један закључак: професионално и непристрасно поступање у сваком конкретном случају је најбоља одбрана и појединца и државе од могућих лоших последица.

На прагу смо уласка у ЕУ. Стандарди су високи. Нема места нашим, често присутним коментарима „ма знам ја њега добро, он је такав и такав“. Сетимо се обавезе из Закона о полицији: „Полиција предузима мере ради остваривања највиших наведених стандарда“, а да то „... не буде испод, нити у супротности са европским стандардима полицијског поступања...“

Суд инсистира на обавези средства. Не апсолутно и не мора резултат, али предузети све што је у нашој моћи, одмах и неизоставно. Поготову када је реч о поступању полиције.

Треба посебно имати у виду да се грађани најчешће жале на став и понашање службеника државних органа, чак чешће него на резултате. Тачније, притужбе на резултате најчешће су изазване лошим односом и понашањем службеника према грађанима.

Писмено и стручно писати сва писмена, водећи рачуна о тежини и могућим тумачењима сваке написане речи.

У сваком случају, сматрамо веома потребним да се о оваквим случајевима обавезно разговара на свим нивоима едукације припадника органа који се баве откривањем и расветљавањем кривичних дела, те да се неизоставно сви они упознају управо са пресудама Суда и његовим виђењем нашег рада и поступања.

Немамо предлоге *de lege ferenda*. Сви су већ донети или су у процедури доношења. Имамо само тврдо инсистирање на контроли поступања судија, тужилаца, полицијских службеника. На временски ороченим сертификатима за чије обнављање ће се спроводити периодичне провере интегритета и анализе квалитета досадашњег рада. На дисциплинској, прекршајној и кривичној одговорности за кршења прописа и нечињења. Али, можда је већ једном сазрело време да се установи и материјална одговорност, да профункционише (прописима углавном предвиђено) регресирање државе од чиновника за (не) материјалну штету коју је проузроковао некеме, коју је РС исплатила таквом лицу из буџета, а за шта смо, у ствари, сви ми дали новац. Професионално и непристрасно поступање у сваком конкретном случају је најбоља заштита људских права и слобода и најбоља одбрана и појединца и државе, и жртве и потенцијалног злочинца од могућих лоших последица.

Литература

- Жарковић, *Криминалистичка тактика*. Београд: Криминалистичко полицијска академија, 2010.
- Ђурђевић, З.; Радовић, Н. *Криминалистичка оператива*. Београд: Криминалистичко полицијска академија, 2012.
- Игњатовић, Ђ., Симеуновић – Патић, Б.: *Виктимологија*, Правни факултет универзитета у Београду, 2011.
- Пауновић, М., Царић, С.: *Европски суд за људска права, основна начела и ток поступка*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, 2006.
- Поповић, Д.: *Европски суд за људска права*. Београд: Службени гласник, 2008.
- Луковић З.: *Верске секте: приручник за самоодбрану*. Београд: Православна мисионарска школа при храму Св. Александра Невског, 1998.
- European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8854883E-591A-4E48-9CA0A780D9153391/0/SE R_P0_pack.pdf доступно 27.07.2013.
- Rules of Court, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/REGLEMENT_EN_2012.pdf доступно 28.07.2013.
- Европска комисија: *Радни документ особља комисије – Извештај о напретку Србије за 2012. годину*, СЕЦ (2012) 333. Брисел, 10.10.2012.
- Извештај Влади РС о посети Европског комитета за спречавање мучења и нељудског или понижавајућег поступања или кажњавања (ЦПТ) од 01. до 11. фебруара 2011.
- Преглед пресуда донетих у 2012. години у односу на Републику Србију, преузето доступно 28.07.2013: <http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/cr/articles/statistika-i-pregledi/pregled-presuda-donetih-u-2012.-godini-u-odnosu-na-republiku-srbiju.html>
- Приказ и коментар пресуде www.zastupnik.mpravde.gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosu-na-rs/milanovic-protiv-srbije-p.-44614-07/milanovic_p_4464-07_sg.pdf, доступно 28.07.2013.
- Статистички подаци Суда <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>, доступно 27.07.2013.
- Шечић против Хрватске, бр. 40116/02, ЕЦХП 2007-VI, пресуда од 31. маја 2007. године <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%u0160e%u010Di%u0107%20%7C%20Croatia&sessionid=88203321&skin=hudoc-en> доступно 27.07.2013.

Глдани паства 97 Јеховиних сведока против Грузије, бр. 71156/01 ЕЦХР 2007-В, пресуда од 3. маја 2007. године <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gldani%20%7C%20congregation%20%7C%20Georgia&sessionid=88203321&skin=hudoc-en> доступно 27.07.2013.

Рамсахаи против Холандије, бр. 52391/99 ГЦ, пресуда 15. маја 2007. године <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Ramsahai%20%7C%20Netherlands&sessionid=88203321&skin=hudoc-en> доступно 27.07.2013.

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.

Кривични Законик РС, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009.

Закон о полицији, „Службени гласник РС“ бр.101/2005.

Summary

Having in mind what we said above, especially if we take into account particular judgments we can definitely conclude that the most of violations of the human rights and freedoms originates from ignorance or lack of knowledge of regulations and procedures prescribed, insufficient education in respect of human rights, the way the Court interprets violations, and honestly, insufficient empathy to the others.

Also, having in mind our criminal legislation, under the scope of the Convention, perceiving relevant reports and statistics about final judgments, analyzing particular judgments in criminal matters, we can say that violation of human rights does not have serious extent. However, number of complaints, in Republic of Serbia as well as applications to the Court, should initiate serious action on all levels.

Statistical data which we presented allow us to assess that the violation of human right is much more present in some other fields then in criminal matters. But this conclusion should not make us untroubled because violations of human rights in criminal proceedings can lead to much more serious consequences for the individual, and for the wider community as well.

All that we mentioned must lead us to only one conclusion: professional and impartial acting in every particular case is the best protection of the individual and of the state from possible bad consequences

We are about to become member of the European Union. The standards are

high. There is no space for very usual comments: "I know him, he is like that". We should remember what the Law on police prescribes: "Police undertakes the measures to achieve the highest mentioned standards" that should not be "below or contrary to the European standard of the police conduct"

The Court insists on the obligation of mean, not on the obligation of result. It is necessary to undertake every possible action, promptly and inevitably, especially when the acting of police is in question.

In particular, we should have in mind that the citizens most often complaint on the attitude and behavior of the officials, even more then on results. Precisely, complaints on results are usually are caused by the bad acting of the officials.

All documents should be prepared professionally, with awareness of possible interpretation of every word.

Anyway, we are of the opinion that these cases should be discussed on every level of education of the authorities in charge to discover and solve the crimes, and that all of them should be informed about the judgments of the Court and it`s vision of our work and steps we undertake.

We don`t have any suggestions de lege ferenda. All the legislation are already adopted or supposed to be adopted very soon. We insist on control of of the judges, prosecutors, police officers. We insist on certificates which are limited in time, and on periodical check-ups of integrity and analysis of the quality of work. We insist on disciplinary and criminal responsibility for violation of the regulations. Maybe it is time to establish liability as well. Maybe it is time for the state to compensate from the officials whose undertakings caused the damage to the someone, when the state payed for the damage itself, using the budget collected from the all of us. Professional and impartial approach in each case is the best protection of vioaltnion of the human rights and freedoms and the best protection from bad consequences of an individual and the state, as well as avictim or a possible criminal.

Therefore, let us strictly obey these regulations to realize their defiance. It is the obligation of our country under the numerous conventions it has signed. But not to them, but to us.

СЕКУНДАРНА ВИКТИМИЗАЦИЈА

Др Јован Ђирић*

Апстракт: Секундарна виктимизација је појам који је од вишеструког значаја и није карактеристичан само за виктимологију, односно не тиче се само жртве једног кривичног дела, те заштите њених права. Ради се, пре свега, о ефикасности и ефективности једног кривичног поступка, једне истраге. Ако се једна жртва налази у страху да ће бити изложена различитим непријатностима, онда она неће сарађивати са истражитељима на прави начин, те ће и истрага бити неефикасна. Веома често се код жртве, након кривичног дела, развија осећање кривице, стида, страха и самооптуживања, што ни у ком случају није погодно за спровођење успешне и адекватне истраге. На све то често се надовезују и медији који сва ова негативна осећања на страни жртве мултипликују, што је заиста негативно, и са становишта саме жртвине психолошке стабилности, али и са становишта функционалности и ефикасности једне истраге.

Кључне речи: секундарна виктимизација, стид, самооптуживање, социјално окружење, медији, истрага, едукација.

(1) Када се догоди један злочин, онда се жртве тог злочина не суочавају само са примарним повредама, оним што је директна, непосредна последица самог злочина. Жртве се наиме, често морају борити, суочавати и са секундарним последицама неког кривичног дела. Те се секундарне последице дешавају у нарочито великом обиму, онда када изостане права и потпуна подршка од стране околине. Те (секундарне) последице могу бити проузроковане од стране сасвим блиских пријатеља, или чак и породице, али исто тако те секундарне последице могу бити изазване и од стране правосудних професионалаца и нарочито од стране медија који прате рад правосуђа и извештавају о криминалитету. Понекад се може догодити да чак и професионалци задужени за ментално здравље жртава једног кривичног дела, могу довести до настанка тих секундарних последица, односно до секундарне виктимизације.¹ Сви проблеми

* Институт за упоредно право, Београд

¹ <http://www.ibiblio.org/rcip/sv.html>

у вези секундарне виктимизације, посебно се могу манифестовати када је реч о истрази, односно могу негативно утицати на ефикасност истраге у једном кривичном поступку. Због тога су разматрања о секундарној виктимизацији на свој начин значајна.

Кроз реаговање институција и појединаца на примарну виктимизацију, кроз контакте са органима задуженим за формалну контролу криминалитета, али и социјалном средином уопште и медијским „разлагањем“ догађаја, последице примарне виктимизације се најчешће драматизују, уместо да бивају анулиране, ублажене.²

Сасвим поједностављено, могло би се рећи да примарна виктимизација углавном подразумева наношење физичких, док секундарна виктимизација подразумева наношење психичких повреда, траума. Секундарна виктимизација се често догађа када је друштвени одговор, на примарну виктимизацију, тј. примарно наношење повреда (траума) неадекватан и када он изазива, тј. продубљује психичке проблеме које жртва има, а првенствено у вези са психичким нелагодностима, или различитим облицима друштвене стигме.³

Не ради се, дакле, о непосредним боловима, патњама и социо-психолошким проблемима који се догађају у тренутку и непосредно након што се кривични (трауматични) догађај одиграо, већ се ради о једном дужевременском процесу, који је фактички, у ствари, сећање на све оно што се догодило, а при томе то сећање такође има значајне негативне последице на психо-физички и социјални живот жртве, па и на њене најближе пријатеље и сроднике. Суштински би се могло рећи да су овде у првом плану накнадне психолошке последице догађаја који се одиграо, трауме која се догодила, односно злочина који је извршен.

Секундарна виктимизација представља пооштравање примарне виктимизације кроз негативну реакцију социјалне средине и кроз неадекватну или чак погрешну реакцију органа гоњења.⁴ За многе жртве само појављивање пред судом и препричавање, па самим тим и поновно преживљавање трауматичних догађаја, представља велику непријатност и стрес – жртве су суочене са проблемом да се са кривичноправним проблемом сусрећу као нестручни аутсајдери, који не познају ни зграду у којој се одвија суђење.⁵

(2) Реакција на једно кривично дело (злочин) увек је наравно различита – индивидуална, те се и не може рећи како ће жртва у конкретном случају реаговати. Реакција наравно зависи првенствено од тежине злочина, али, исто тако и од вулнерабилности дотичне жртве, њеног узраста, животног искуства,

² Ђорђе Игњатовић, Биљана Симеуновић–Патић: „Виктимологија“, Београд, 2011, стр. 114.

³ http://wiki.answers.com/Q/What-is_secondary_victimization

⁴ Весна Николић–Ристановић: „Поддршка жртвама и спречавање секундарне виктимизације“, савремена законска решења и пракса, Теммда, бр. 1/2003, стр. 3.

⁵ Ибидем.

њене снаге, снаге како у психичком, тако и у физичком смислу, а исто тако и од реакције социјалне околине у којој је жртва живела, односно још увек живи. Због свега тога, у свакодневном раду са жртвама, раду полиције и тужилаштва, ипак не може бити једном за свагда датих чврстих правила како се опходити са жртвом, како јој прићи и помоћи. У крајњој линији, као што се уобичајено каже за лечење и болести, да не постоје различите болести, већ само различити болесници, исто правило би се могло поставити и у оваквим случајевима, јер, увек треба полазити од тога да је и жртва на неки начин болесник, онај којем треба прилазити на различите начине, према којем треба применити адекватне, индивидуалне третмане. Један лек који делује на једног пацијента, не мора деловати на неког другог, тј. један приступ једној жртви може бити адекватан и сврсисходан, али са друге стране сасвим неподесан када се ради о неком другом. У основи, жртва једног кривичног дела све последице, патње, болове, доживљава, односно трпи у највећој мери на емоционалном плану,⁶ а када год је о емоцијама и психологији реч, онда ту у ствари не може бити готових решења и шематизованих приступа појединачним проблемима.

Истраживања, спроведена у земљама у којима се виктимолошким аспектима кривичног права до сада посвећивала већа пажња, показују да сваки човек који постане жртва неког кривичног дела (злочина), у принципу проживљава слична негативна искуства и пролази кроз четири фазе.⁷ Најпре, то су шок, страх, љутња, беспомоћност, неверица и осећај кривице. У теорији се такође истиче, да се неки од ових осећаја могу појавити накнадно у неким каснијим фазама, а пре свега онда када жртва дође на суђење, када започне кривични поступак, односно када жртва на пример буде примљена у болницу на лечење. Овде треба имати у виду и Препоруку Комитета министара Савета Европе бр. Р (85) 11 о положају жртава у оквиру кривичног права и поступка из 1985. године, а ту је такође и Декларација о основним принципима правде у вези са жртвама криминалних радњи и жртвама злоупотребе власти, усвојена од стране УН 1985, односно препоруке Европског форума служби за помоћ жртвама.⁸ За све ове документе је заједничко то да захтевају од држава да побољшају положај жртве у пет области, и то: информисања о поступку, дозвољавање да се чује мишљење жртве, обезбеђивање одговарајуће помоћи и подршке жртва-

⁶ Ивана Видаковић: „Жртве криминалитета, емоционална реакција и процес опоравка“, Темида, бр. 2/2002, стр. 39-45.

⁷ О тим фазама и уопште о секундарној виктимизацији, видети и на сајту www.victiminfo.ca/victimization.htm

⁸ Треба овде поменути и следеће међународне документе: „Препорука комитета министара Савета Европе Рес (87) 21 о помоћи жртвама и превенцији виктимизације из 1987; Препорука Комитета Савета Европе Рес (2005) 9 о заштити сведока и сарадника правде из 2005. године; Препорука Комитета министара Савета Европе Рес (2006) 8 о помоћи жртвама злочина; Европска конвенција о накнади штете жртвама насилничких кривичних дела из 1983; Оквирна одлука Савета Европске уније о положају жртава у кривичном поступку из 2001. године. (о томе видети код Ђорђа Игњатовића и Биљане Симеуновић–Патић: „Виктимологија“, *op. cit.*, стр. 120).

ма током целог поступка; смањивање на минимум непријатности и максимално повећање безбедности жртава; те избегавање непотребног одуговлачења поступка.⁹

Након почетног шока, страха, љутње, беспомоћности, другу фазу карактерише одговарајућа дезорганизација у животу оштећеног, односно жртве. Жртви се чини да живот постаје све успоренији и све безначајнији и бескориснији. Ово обично бива праћено и губитком поверења, поверења не само у формалне органе друштвене контроле, него и губитком поверења у најближе пријатеље и сроднике.

Трећа и четврта фаза су међусобно повезане и оне би требало да означавају потпуну рехабилитацију, прихватање реалности и повратак у нормалан живот. Међутим, ово може бити врло осетљива фаза, јер она заправо подразумева да се жртва суочава са својим злочинитељем, те да се она (жртва) мора суочити са реалношћу, што најчешће подразумева реинтерпретацију сопственог искуства и проналажење некаквог разумног објашњења за све што јој се догодило. Овде је улога и значај правосудних органа од посебног значаја, зато што се ту у ствари ради о фази суђења, где и када жртва мора својим исказима помоћи тужиоцима да ови пронађу праве и ваљане доказе које ће презентирати на суду, као и да ти докази буду адекватно интерпретирани.

Дакле, истраживања казују да после шока и неверице, љутње и страха, конфузије, срамоте и жалости, на ред долази, можда пре свега, осећај кривице, односно самоокривљавање.¹⁰ Истраживања такође показују да негативан однос полиције може да погорша ситуацију, у којој се жртва налази, јер, сусрет са полицијом, а то је први сусрет који жртва има са државним органима, може да буде важан фактор који утиче на то како ће убудуће жртва да се носи са том ситуацијом.¹¹

(3) Спречавање секундарне виктимизације је од изразитог значаја не само када је реч о заштити саме жртве и њених права, већ можда у још већој мери када се ради и о побољшању ефикасности контроле криминалитета.¹² Наиме, управо подаци које жртва саопштава истражним органима, могу бити од највећег могућег значаја за разрешење једног случаја. Жртва је врло често та која је непосредно видела учиниоца, била у контакту са њим, те га она најбоље може описати и препознати. Сви остали, видели су га или из даљине, или о учиниоцу знају тек посредно, на основу описа и исказа других, непосреднијих очевидаца. Жртва је дакле најбољи сведок – очевидац, али само онда када није у стању шока и страха, љутње, конфузије, те је управо баш због тога потребно

⁹ Весна Николић-Ристановић: „Подршка жртвама и спречавање секундарне виктимизације“, савремена законска решења и пракса, Теммда, бр. 1/2003, стр. 3.

¹⁰ www.victiminfo.ca/victimization.htm

¹¹ Љубомир Чимбуровић, Зоран Стевановић, Елдар Шаљић, Јасмина Играчки: „Виктимологија“, Београд, 2013, стр.77.

¹² Ђорђе Игњатовић, Биљана Симеуновић–Патић: „Виктимологија“, *op. cit.*, стр. 117.

посебно радити са жртвом, односно спречити, тј. предупредити све негативне ефекте секундарне виктимизације о којима је овде реч.

Врло често за разрешење једног случаја потребно је доћи и до одговора на питање какав је и колики допринос саме жртве настанку кривичног дела, што је нешто што заиста представља, или може бити тумачено као окривљавање саме жртве за оно што се догодило, а што је наравно са позиција саме жртве и можда још више њених сродника, проблематично у сваком погледу.¹³

Тако долазимо до директног и индиректног (само)окривљавања. Сматра се да жртве криминалитета често реагују тако што почињу да окривљују саме себе. Ово поготову код сексуалних кривичних дела.¹⁴ Овај осећај самоокривљавања – самооптуживања, посебно је занимљив и вишезначан у психолошком смислу, али и у смислу функционалности једног кривичног поступка. Овде могу долазити до изражаја различити облици социјалних предрасуда, карактеристичних за околину у којој жртва живи. Ту наравно мислимо на конзервативно-патријархални морал жртвиног ужег, или ширег друштвеног окружења. Ужа средина увек може окривљавати жртву за све што јој се догодило нарочито ако је жртва женског пола.¹⁵

Ужа или шири друштвена средина, када се догоди, на пример неко силовање, често ће на прећутан, а некада и на изричит начин рећи: „Што је тражила, то је и добила“. При томе, та друштвена средина најчешће има у виду „неприхватљиво“ облачење и понашање дотичне жртве. Тада реакција саме жртве може бити: „Да, заиста, да нисам обукла толико кратку сукњу и да нисам изашла тако касно, то ми се можда не би догодило.“¹⁶

Понекада жртва лако прихвата улогу жртве и прихвата да је сасвим „нормално“ да су је тукли само зато што је Ром, црнац или Јеврејин, односно жена или хомосексуалац. Жртва тада прихвата улогу жртве, мири се са тиме, пристаје на то да и у будуће буде жртва и не сарађује довољно са правосудним органима у процесуирању учиниоца, јер „...вук на овцу своје право има, ка’ тирјанин на слаба човјека...“ Ова врста самоокривљавања представља „идеалну“ позицију за некакву будућу виктимизацију. Када жртва криви себе зато што је црнац или жена, онда то практично подразумева да се жртва већ унапред предала и припремила, да и у многим следећим ситуацијама „одигра“ улогу жртве.

Све у свему, самоокривљавање је једна од најчешћих, готово типичних и уобичајених реакција жртве када она дође у позицију да својим сведочењима помогне тужиоцима. У том смислу, треба рећи и то да сваки појединац, колико

¹³ Јован Ћирић: „Жртва и правосудје“, Могући извори секундарне виктимизације, Зборник радова, „Насиље у породици“, Издање Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр. 68.

¹⁴ Самоокривљавање не постоји само када је реч о сексуалним кривичним делима, али код њих чини се посебно долази до изражаја.

¹⁵ Јован Ћирић: „Тужиоци и жртве“, Београд, 2009, стр. 40.

¹⁶ Јован Ћирић: „Тужиоци и жртве“, Београд, 2009, стр. 40.

год се трудио, не може се ипак потпуно искључити од деловања психолошких стереотипа своје средине. Он, тј. она, се може, мање или више еманциповати од деловања тих стереотипова, али једноставно и у исто време врло јако деловање законитости социјалне психологије, утиче на то да човек/жена, појединац ипак не може, а ми бисмо чак рекли, и не треба да буде неко или нешто потпуно засебно, независно од социјалног окружења.¹⁷ Човек је једноставно речено социјално биће и он не може, и не треба, да буде сагледаван, ни пак изопштен из средине у којој је поникао, одрастао, васпитавао се.

(4) Човек наравно када каже жртва, уопште, а нарочито када каже секундарна виктимизација, одмах помисли на жене, на насиље над њима, нарочито сексуално насиље. Но, не мора бити само о томе реч. Може се радити и о мушкарцима као жртвама и нарочито о жртвама имовинских кривичних дела, без обзира што имовински криминалитет не може, наравно, ни у ком случају да „парира“ насилничком криминалитету. Но, имовински криминалитет и преваре пре свега, нису баш наивне ствари. Наиме, иако су преваранти склони тврдњи да њихова делатност није насилна, те да им жртве саме дају новац, то није баш тако. Преваре се прилично тешко откривају и доказују, јер их грађани не пријављују, што из страха да су саучесници у нечем недозвољеном, што из убеђења да су сами криви.¹⁸

Код превара је тамна бројка криминалитета релативно велика, просто зато што се људи стиде и устежу да признају да их је неко преварио, односно да признају да су испали смешни, наивни, лаковерни, непромишљени, речју глупи. „Људи ће ми се смејати“, јесте начин размишљања жртва превара, слично као што и жртве силовања, могу размишљати у стилу: „Људи ће ме осуђивати и рећи ће да сам ја њега изазивала“.

Код преваре је специфично и то што жртве преваре и саме понекад покушавају да учине превару, односно преваре преваранта, али на крају ипак буде обрнуто. „Хоћу да јефтино купим злато, улазим у ризике сваке врсте, па и тиме што чиним кривично дело прикривања,¹⁹ али на крају, уместо злата, продају ми обичну бижутерију.“ Или на улици „купујем девизе, а испостави се да су то фалсификати. Свестан да сам учинио нешто што је и неlegalно и неморално, ипак ћу ћутати.“ А, ако је реч о преварама у привредном пословању, онда ће службена лица у још већој мери ћутати, јер би неко могао да постави питање одговорности и њих самих, било за несавесно пословање, било за злоупотребу службеног положаја, било за неко друго слично кривично дело.

Осим тога, код нашег света је уобичајено да се увек тражи некаква „веза“ и за шта треба и за шта не треба. Везе врло често јесу праћене давањем мита,

¹⁷ Михајло Аћимовић: „Судска психологија“, Београд, 1983.

¹⁸ Љубомир Чимбуровић, Зоран Стевановић, Елдар Шаљић, Јасмина Играчки: „Виктимологија“, Београд, 2013, стр.135-136.

¹⁹ Обични људи наравно не знају да се то дело зове „прикривање“, али ипак знају да то није баш сасвим legalно.

а то је нешто што нико неће да призна, исто као што неће да призна да га је та „веза“ на крају преварила. Исто тако, људи ће, нарочито ако су образовани, тешко признати да су ишли код надрилекара, или код „бабе врачаре“ да им она скине неку „црну магију“. А дешава се да и образовани људи, нарочито у тренуцима личних и породичних проблема и криза, посежу и за таквим стварима. После, када постану жртве, стиде се свега тога и оптужују сами себе. У сваком случају нерадо причају о свему томе и пред најближим пријатељима, а камоли пред тужиоцима и на самом суду. Због тога је таквим жртвама неопходно објаснити да нису једини и да има још много таквих, таквих који су на сличан начин постали жртве. Овде је, као и у већини других случајева, значајан тај први сусрет, контакт између жртве и правосуђа. Потребно је дакле разбити тај стид и самоокривљавање код жртве. Такође је значајно да тужилац разубери жртву да и она накнадно може бити оптужена и осуђена за неко кривично дело, јер ако жртва на било који начин зазире од тога, онда је сигурно да она о томе неће проговорити ни реч. У том је случају значајна, на пример и одредба из кривичног дела давања мита, чл. 368 ст. 4, која сада каже да се „давалац мита“ може ослободити казне, под одређеним околностима, под условом да пријави дело, пре него што оно буде откривено.²⁰

Практично и поједностављено речено, тужилац - истражитељ се жртви мора обраћати речима: „не, нисте ви криви, немате чега да се стидите, то се догађало и многим другима пре вас и догађаће се и убудуће“. „Истовремено, не треба да бринете, неће против вас бити покренут никакав кривични поступак.“²¹ Ви сте жртва, не суди се вама и ваш задатак је да нама помогнете не само да се дотични казни, већ да се такве ствари у будућности више не догађају, или бар да се што ређе догађају.“

Занимљиво је да се у свету жртвама превара и борби против превара у привредном пословању посвећује углавном већа пажња него што је то случај код нас. Један од можда најглавнијих разлога за то је што је наше друштво углавном „жедно“ страних инвестиција и онда друштво у целини, привредна предузећа и појединци углавном не питају много,²² ни то да ли је страни (стратешки) партнер поштен или склон преварама, ни да ли се ради о прању новца,

²⁰ Овде се ради о некој врсти „стварног кајања“, а оно је изузетно важно, између осталог и за побољшање положаја жртве. При свему томе, чини се да би то „пре него што буде откривено“ требало тумачити ипак у једном, нешто ширем смислу.

²¹ Важно је овде рећи и то да то тужиочево обећање о томе да неће бити покренут поступак, мора у сваком случају заиста бити испоштовано, јер ако се догоди само један случај да тужилац „превари“ жртву, онда се тиме губи кредибилитет за сва времена, онда тужиоцу више нико (ниједна жртва) ништа неће веровати, не само када су такве ствари у питању, већ и неке друге ствари из општег односа на релацији тужилац – жртва.

²² Мирослав Живковић: „Недостаци правне државе и сузбијање криминалитета“, Зборник радова, „Спречавање и сузбијање савремених облика криминалитета II део“, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2007.

ни како су састављени уговори, итд.²³ Само је важно да се појави неки страни партнер који нуди велика обећања и најављује значајна улагања. Онда му се дају знатне повластице, и у формалном и у неформалном смислу, и нико, ни правници, ни економисти, а политичари понајмање, постављају питања да ли се иза свега можда крије нека будућа превара. Па чак, и када се превара догоди, управо зато што је у јавности дотична, тобожња инвестиција била најављивана *urbi et orbi*, управо зато што су и политичари свему давали своју подршку, превара се не пријављује, жртва преваре остаје усамљена, и она ни не сме да много протестује и интервенише, да се јавност не би даље узнемиравала. Још ако се као улагач из иностранства појављује неки наш човек из дијаспоре, онда то има још већу политичку тежину и онда жртву заиста, готово да више нема ко да разуме, а камоли помогне. Она остаје углавном беспомоћна, а то често није за занемаривање. Бити жртва преваре у привредном пословању, уопште не мора бити баш тако наивно, како се то чини када се говори о жртвама уопште, жртвама сексуалног насиља, или убистава.²⁴ Финансијски крах изазван преваром, често доводи и до самоубистава, али и пропадања многих других, пре свега запослених у дотичној фирми, али и запослених у фирмама кооперантима. Ако, ништа друго, треба рећи да број оштећених (жртва) услед једне велике финансијске преваре може бити знатно већи него број оштећених (жртва) услед једног убиства или силовања. Можда најтипичнији примери за тако нешто, код нас су били у своје време Јездимир Васиљевић и Дафина Милановић,²⁵ а данас, то су финансијски скандали на Вол Стриту, који су такође иза себе оставили знатан број оштећених, међу којима није мало и оних који су због тога извршили самоубиство.

У свету, постоје организације (и владине и невладине) које се релативно организовано баве проблематиком финансијских превара, које жртвама оваквих финансијских превара, пружају одређене врсте помоћи, а пре свега у правном и психолошком смислу.²⁶ Неке од тих организација израђују и својеврсна

²³ О некаквој бризи за жртве и њихово обештећење да и не говоримо. То је једноставно судбина увек када се неко сиромашан нађе у неком, било каквом односу са неким богатим. Сиромашан и богати појединац, компанија, држава.

²⁴ Постоји наравно разлика у менталитету и схватању моралних вредности између наших и људи са Запада. Овде су се, нарочито у појединим, патријархалнијим срединама живот и част (част у сексуалном и сваком другом погледу) сматрала као веће и значајније вредности него што су то новац и неке друге сличне економске вредности. Чини се међутим да се по много чему ми приближавамо Западу, па и по томе што економија и новац почињу све више да доминирају у свакодневним животима наших људи.

²⁵ Васиљевић и Милановићева, типичан су пример, по томе што су дошли из иностранства, по томе што су имали значајну медијску и политичку подршку, као и по томе што је број оних које су они оштетили, био изузетно велики. Вероватно да је било оних који су тада помислили да би им било боље да су били жртве неког другог тежег кривичног дела, него што су доживели свој потпуни финансијски крах.

²⁶ Тако на пример у В. Британији је посебним законским актом из 2000. године основана тзв. FSA (Financial Services Authority) независна невладина организација, која има за задатак да

упутства, која не говоре само о томе шта и како треба радити да се не постане жртва неке преваре, већ и шта и како радити када се ипак постане жртва, не би ли се превазишао макар само емоционални стрес изазван преваром.²⁷ Тако се у нашим друштвеним приликама, положај и права оштећених (жртава) у финансијским преварама, нарочито када учинилац преваре долази из иностранства, занемарују, односно жртве се остављају беспомоћне да усамљене преживљавају све оно што се свакој жртви догађа у процесима тзв. секундарне виктимизације.²⁸

Када говоримо о секундарној виктимизацији и имовинском криминалитету, треба додати још и то да се о степену нечије осетљивости и виктимизираности не сме закључивати само на основу висине претрпљене штете. Понекад неке ствари имају за жртву – оштећеног и велику тзв. афективну вредност. Успомена на покојне родитеље, поклон од драге особе, нека фотографија од пре сто и више година или томе слично, могу за онога који је покраден имати много већу вредност, него што је реално, објективно имају. То треба имати у виду, те ни полицајци, ни тужиоци, ни судије, не смеју са ниподоштавањем и омаловажавањем говорити о неком украденом предмету и његовој објективно малој вредности.

Имовински криминалитет дакле уопште не мора бити безазлена ствар преко које треба тек тако прелазити. Замислимо на пример човека који је читавог живота штедео, што би се рекло, „од уста одвајао“, како би себи и својој деци обезбедио „кров над главом“. Он коначно уплати цели, или већи део износа за стан неком инвеститору, али, врло брзо након свега, он схвата да је инвеститор исти стан продао не само њему, него и још многим другима, те да је дотични инвеститор напустио ту локацију на којој је започео градњу. Практично, без много претеривања, читав живот нестао је у једном трену. Има ли

извештава о финансијским преварама, да помаже онима који су жртве финансијских превара, да јача тржишно поверење, штити потрошаче, јача друштвену свест и одговорност. О томе на интернет адреси www.fsa.gov.uk/Pages/About/Who/index.shtml

²⁷ У САД постоји на пример једна невладина организација која се зове „FraudAid“ – „Victim Advocacy“, а која је између осталог, израдила и тзв. упутство за жртве финансијских превара (о свему томе на пример видети и на интернет адреси www.fraudaid.com/message.htm). Чини се да би таква врста једне невладине организације могла да нађе своје место и да би била од користи и у нашим условима. Али, да будемо помало цинични, у нашим условима у првом плану се налазе оне врсте невладиних организација које ипак имају првенствено (дневно)политички карактер. Очигледно да је брига за жртве, жртве финансијских превара, код нас сасвим у другом плану. Јесте тачно да жртве у ратовима, жртве посттрауматских синдрома, жртве сексуалног насиља и слично, заслужују посебну бригу и пажњу, али не треба запостављати ни жртве финансијских превара, јер шок, емоционални стрес, изазвани финансијским крахом, могу такође довести до несагледивих последица и по појединца и по његову породицу, итд.

²⁸ Овде може долазити и до својеврсних медијских манипулација – велики и моћни партнер из иностранства, који је преварио домаћег малог партнера, неће бити представљен као преварант, а то све може доводити до онога о чему смо говорили на индивидуалном плану – самооптуживање. Није крив „поштени“ велики партнер из иностранства, криви смо ми.

већег стреса и трауме од овога? Вероватно, да се чак ни нека најтежа кривична дела са најтежим последицама, не могу упоредити са овом ситуацијом, овом ситуацијом, која је у великом броју случајева узрок и многих освета, убистава и самоубистава. Жртва, или чак и потенцијална жртва је у већини таквих случајева готово потпуно незаштићена. Можда би у том смислу „спас“ могао бити у јединственој евиденцији података о инвеститорима, евиденцији, која би се на пример водила у катастроу.²⁹

Стид и самоокривљавање, као што смо говорили, јесу врло снажна осећања која обузимају сваку жртву.³⁰ Обузимају жртву, не само када се ради о убиствима, силовањима и сличним делима, већ и када се ради о жртвама финансијских превара. Практични значај таквог начина резонувања, сасвим је јасан. Најједноставније речено долази до тога да жртва сада почиње све више да размишља у правцу „да сам... да нисам...“ а све мање у правцу једног смиреног, рационалног размишљања и сећања на догађај који се одиграо, а чије су жртве биле. Опхрвана мислима типа „да сам... да нисам...“ жртва понекад не може да се сети неких најелементарнијих чињеница. „Којим сам аутобусом ишао“; „како сам био обучен“; „где сам стајао ја, а где је стајао оптужени“; „шта сам рекао ја, а шта је рекао оптужени“; „где сам потписао уговор“; „како је гласио уговор“; „колику штету сам претрпео“; „колико је сати било када сам сусрео/ла нападача“ итд.

Оптужени међутим, а нарочито његов адвокат „једва“ чекају такве ситуације, то да се жртва не сећа неких важних чињеница и да више размишља у смислу „да нисам обукла ту сукњу...“, „да нисам ставио новчаник у задњи џеп...“ „да сам мало боље размислио када сам потписивао тај уговор“, него да смирено и хладнокрво, али исцрпно и детаљно одговори на питања „које је доба дана било, која је линија аутобуса била, шта је урадио оптужени,“ итд.

Притиснута сопственим самоокривљавањем, жртва може заборавити све важне, релевантне чињенице и онда у том смислу она и за тужилаштво и за полицију може постати крајње непоуздан и на неки начин чак и бескористан извор информација. Непоузданост и бескорисност такве жртве, таквих извора информација, могу за последицу имати и следеће – скупљени докази су сасвим „танки“ и недовољно оптужујући, те оптужени уместо да буде оглашен кривим, бива, у недостатку доказа ослобођен одговорности, а то за жртву представља додатни ударац и извор новог самоокривљавања. Тиме не само да се жртва даље тера у психолошке проблеме, него се и свим другим потенцијалним жртвама шаље негативна порука за убудуће. То је негативна порука о недостижности правде, слабости државе и њених органа. Тиме, као да се и некој следећој жртви хоће рећи: „ето видели сте како је прошла она која је хтела да

²⁹ www.danas.rs/vesti/ekonomija/prevare_je_tesko_spreciti.4html?news_id=169313

³⁰ О стида и кривици (о срамоти и самоокривљавању) се говори и у наслову једне америчке виктимолошке књиге. June Princetangey i Ronda L. Dearing: „Shame and Guilt“, New York: „The Guilford Press“, 2002, pp. 176.

сарађује са тужилаштом и полицијом, била је исмејана на суду и практично она проглашена кривом. Због тога ти је боље да ћутиш и трпиш“. То свакако доприноси даљем слабљењу ауторитета правосуђа, које је и овако и онако код нас пољуљано,³¹ односно то све може доприносити или томе да се људи повлаче сами у себе, да се самоокривљују, или да преузимају правду у сопствене руке. Није ни потребно даље елаборирати колико свака од тих ситуација има своје негативно дејство, како на индивидуалном, тако и на социјалном плану.

(5) Посебну пажњу овде заслужују и медији. Неки емпиријски налази су указали да би неке жртве, можда и већина жртава криминалитета, нарочито сексуалног насиља, чешће пријављивале дело и радије учествовале у кривичним поступцима, да су се медији другачије понашали, тј. односили са више поштовања према њиховој приватности.³² Не мора се овде радити о томе да (неки) медији имају злу намеру и жељу да нашкоде жртви, односно да произведу одговарајућу политичку последицу. У питању је једноставно то да медији послују, дејствују по другачијим (тржишним) законитостима, од оних правила и законитости по којима треба поступати да би се поштовали приватност и људска права жртава једног кривичног дела. Тржишни закони и закони сензационализма, нагоне медије да у потрази за тиражом, за што већом продајом, занемарују права и интересе жртве и шта више раде управо против тих жртвених права и интереса. Могли бисмо при томе говорити о људској свесној, или подсвесној потреби за „воајеризмом“, односно за уживањем у гледању како и други пате и како им се догађају лоше ствари, а све по систему: „добро је, мене је то мимоишло!“³³ Но, ма како све то тумачили; чињеница је једна – „црне хронике“ су врло популарне, врло читане, а оно што је читано, то „продаје“ новине, па су тако и приче о криминалитету и патњама и страдањима неке жртве, врло популарне и радо експлоатисане од стране медија. Стварне жртве међутим, врло често и у врло великој мери, управо одбијају да буду третиране на тај и такав начин. Односно, већина људи ипак не воли да изазива сажаљење, већина људи радије преферира анонимност.

Правила којих се медији морају придржавати приликом извештавања о једном кривичном случају и криминалитету уопште, ипак не могу много помоћи, уколико се томе приступа на један чисто формалистички начин. На пример, извештач каже како је силована „Д.И.“ што би на први поглед било сасвим довољно да се дотична Д.И зблиља заштити.. Али, ако се у даљем тексту каже још и то да се силовање догодило у Врчину (на пример), те да се ради о

³¹ О слабом ауторитету правосуђа код нас, видети и у тексту Слободана Вуковића: „Проблеми поверења у правосуђе“, Социолошки преглед, 2/2007.

³² Office for Victims of Crime (1998) *New Directions from the Field: Victims' Rights and Services for the 21st Century*, OVC Bulletin August 1988 (цитирано према Ђорђе Игњатовић о Биљана Симеуновић-Пагић: „Виктимологија“, *op. cit.*, стр. 160).

³³ Људи воле да читају „црне хронике“ и да на тај начин готово доживе неку врсту катарзе, јер, ето то „лоше“ догодило се некоме другоме.

седамнаестогодишњој девојци, онда то што је идентитет жртве „сакривен“ иза иницијала не помаже много. Односно, то помаже у заштити њеног идентитета у Земуну, али брига њу за то што ће она остати анонимна у Земуну, њој је важно да остане анонимна управо баш у Врчину. Или, на пример, када се каже да је угледни бизнисмен из Тополе (на пример) жртва уцене, уцењивања путем компромитујућих снимака, онда то такође не штити дотичног, већ баш обрнуто.

Управо та прича о уценама и жртвама уцена је по свему врло парадигматична. Уцене и страх од уцене, односно од изношења компромитујућих података у јавност, изразито утиче на то да се жртве устежу од сваке врсте појављивања у јавности, односно од сваке врсте медијског експонирања. Јасно је да када је реч о српским приликама, односно српским медијима, грађани најчешће немају превеликог поверења, те такав један потпуно изванправни фактор³⁴ може имати врло великог значаја за пријављивање и непријављивање једног кривичног дела. Другим речима сензационализам медија може имати врло директног утицаја на понашање жртве и процесуирање појединих кривичних случајева.

Ствари међутим бивају још додатно компликоване ако иза свега стоје и одговарајуће политичке манипулације и „зла намера“. Тада ништа не мора бити случајно, па ни „откривање“ идентитета жртве.³⁵ Може се при томе радити и о медијским „спиновањима“ и својеврсним виктимолошким злоупоребама.³⁶ Све у свему, када се догоди једно убиство, када се појави једна жртва, њено страдање и патње, онда се у вези са тим могу појавити бар две приче. Једна која жели да помогне жртви и друга која жели да инструментализује жртву и да све искористи за доношење строжијих закона и обрачун са „другачијима“. Са жртвом, виктимологијом уопште, може се много манипулисати, како на општем, тако и на посебном плану. На посебном плану, онда када се нечија кривица покушава прејудуцирати у једном конкретном случају, а на општем плану када држава, власт, политичари, желе и успевају да „прогурају“ нека конзервативна решења и да под бригом за људска права жртве, у значајној мери угрозе људска права свих осталих грађана. Да би се најширој јавности наметнула одговарајућа, репресивна, ретрибутивистичка законска решења, политичари, путем медија, код грађана, најшире јавности, изазивају страх и сажаљење за жртве. Инсистира се на потресним, трагичним детаљима, трагичној судбини жртве, а тиме се провоцира одговарајућа популистичка реакција друштва, политичких гласача, који захтевају најстрожије могуће казне за учиниоце тих кривичних дела, за све оне који су проузроковали жртвине патње. Било како било, тек ради се о искоришћавању жртве, њених патњи и страдања, те сажаљења,

³⁴ Јован Ћирић: „Друштвени утицаји на казнену политику судива“, Београд, 2001.

³⁵ На пример, жртва једног кривичног дела је у блиским односима са неким коме се жели упутити одговарајућа порука, па по систему „ћерку кара, снаји приговара“, желећи да застраше неког другог, медији расправљају о жртви и тобоже испољавају саосећајност за њу.

³⁶ Јован Ћирић: „Виктимолошке злоупотребе“, Правни живот, 9/2010, стр. 17-32.

а све то у одговарајуће политичке сврхе. Стварне жртве једног кривичног дела, свих тих политичких игара и „спиновања“, не морају бити свесне, али, оно чега оне углавном јесу свесне, јесте то да не желе да се о њима и њиховом страдању много прича у јавности. Могу постојати наравно и другачији примери,³⁷ али, у принципу је правило да жртве и њихова фамилија избегавају било какво, поготову велико и често медијско експонирање. Било како било, тек заиста се може говорити и о својеврсној митологији злочина, о стварању митова и стања моралне панике у друштвеној и политичкој јавности.³⁸ Жртва и манипулације у вези са жртвом у том смислу имају своје значајно место, али то никако не подразумева поштовање права жртве, односно жеља да се њој помогне и она заштити, већ управо супротно.

(6) Као што смо већ рекли, свака појединачна жртва сваког појединог кривичног дела увек реагује на различите, индивидуалне начине, што значи да је у приступу жртвама и пружању помоћи жртвама, увек неопходно приступати на индивидуалне, различите начине.³⁹ То, између осталог значи и знатну умешност онога који приступа жртвама и помаже им, односно нужност да он буде на одговарајући начин едукован. Ово је неопходно из више разлога. Наравно првенствено зато да би се помогло самој жртви, али и зато да би се омогућило да један кривични поступак буде успешно окончан. Јер, ако жртва стално саму себе оптужује за то што јој се догодило, онда се она у психолошком и сваком другом смислу затвара сама у себе и не може ни на посредан, а камоли непосредан начин да допринесе томе да се сазна што више важних чињеница, правда буде задовољена, тј. кривац буде кажњен.

Тужилаштво ту има један врло деликатан задатак, између осталог, да спречи то самооптуживање на страни жртве, да омогући да она рационално износи причу о кривичном догађају и доказе. Жртви се мора објаснити да то што се њој догодило, није нипошто изузетан случај, да се и другим људима такве ствари могу догађати и да се и догађају. Управо зато да се другима то не би више догађало, односно да би се што мањем броју људи то догађало, важно је да жртва смирено, без страха, сувишних емоција и самоокривљавања сагледа читаву ствар и све презентује суду. Ово је нешто што жртви свакако треба објаснити и свакако на томе треба инсистирати. А то превасходно значи, да полицијско-правосудни органи морају бити умешни у свом приступу жртви, односно то значи да се непрестано мора радити на едукацији тих органа, људи, који имају приступ жртви. То значи, да се сазнања, превасходно из психологије, стално морају усавршавати. Едукација полицијаца, тужилаца и судија је од прворазредног значаја за помоћ жртвама и заштиту њихових права и интереса.

³⁷ Супротан пример могу бити родитељи погинулих, настрадалих у бомбардовању РТС-а из априла 1999.

³⁸ Ђорђе Игњатовић: „Митологија злочина, Архив за правне и друштвене науке, br. 1-2/2004, str. 79-106.

³⁹ Don R. Catherall: „Handbook of Stress“, Trauma and the Family, New York, 2004.

На то указује и Препорука Комитета министара Савета Европе Rec.(85) 11 од 28. јуна 1985.⁴⁰ Према жртвама се мора опходити на начин који ће жртве охрабривати, основни је став ове препоруке, а то је нешто што се непрестано мора усавршавати, што подразумева континуиране тренинге и едукације.

Сматра се да едукација полицајаца не би смела да се завршава када се заврши и њихово редовно школовање, но и поред тога, према неким истраживањима, показује се да није велики број земаља у којима се и након завршетка редовног школовања наставља са континуираним едукацијама и тренинзима полицајаца. Интересантно је да истраживања, спроведена на пример у САД, говоре да су жртве углавном бивале задовољније начином на који су им приступали полицајци, него начином на који су им приступали (и помагали) тужиоци.⁴¹

Могуће је да тужиоци, односно читав кривичноправно-правосудни систем полази од тога да је жртви помоћ потребна одмах након критичног догађаја и да у том првом сусрету треба бити обазрив и предусретљив, а да касније, што време више одмиче, жртва бива све смиренија, прибранија и припремљенија за накнадне стресове у судници, за сећање на догађај и поновни сусрет са учиниоцем кривичног дела, тј. оптуженим. Ово јесте можда једним делом тачно, али ипак треба констатовати да се никада не може сасвим прецизно предвидети и рећи да ли ће се и када ће се појавити та тзв. секундарна виктимизација и проблеми за жртву на здравственом, психолошком, социјалном плану.

Лаици, нарочито када се први пут сусрећу са правосуђем и то још у улози жртве, могу очекивати и превише. Зато им је потребно објаснити много тога из области права и функционисања правосудног система и државе. Нарочито им је потребно објаснити да то што један поступак траје дуго, да то не значи да на крају „правда неће бити задовољена“, као и то да правосудни систем мора скрупулозно водити рачуна и о људским правима оптуженог, те да то никако не треба тумачити у том смислу да су се држава, суд и тужилаштво ставили на страну оптуженог, односно против жртве.

Шта је оно што жртви (сведоку) будућем учеснику једног кривичног поступка треба објаснити? Можда му најпре треба објаснити да поступак неће кратко трајати. Ако оштећени (жртва) живи у уверењу да ће се поступак завршити након месец – два дана, онда га треба разуверити у то и рећи му да све може потрајати знатно дуже. Треба му (покушати) објаснити да то није због тога

⁴⁰ Текст ове препоруке, којом се земљама чланицама, између осталог препоручује и то да изврше одговарајуће измене у својим законодавствима, како би се постигло то да се знања и умешност оних који се налазе у непосредном контакту са жртвом, стално унапређују, односно пре свега потребе да полицајци стално пролазе кроз одговарајуће тренинге, и сл. – може се прочитати на интернет адреси http://polis.osce.org/library/details?doc_id=2669&_rv=%Flibrary%2Fdetails%3Fdetails%3Fdoc_id%3d2658

⁴¹ Весна Николић-Ристановић: „Подршка жртвама и спречавање секундарне виктимизације“, Савремена законска решења и пракса, Темида, 1/2003, стр. 5-6.

што неко има нешто против њега лично, већ да је то првенствено зато што се на сваки начин морају поштовати права оптуженог на жалбе и приговоре сваке врсте, а да то он (оптужени) тј. његов адвокат понекад могу злоупотребљавати. Жртви једноставно треба рећи да није свако одлагање суђења израз некакве зле намере или неспособности правосуђа, већ да то једноставно тако функционише.⁴²

(7) Посебна прича јесте страх. Страх је у сваком случају једно од основних осећања са којима се жртва суочава након што јој се догодило неко кривично дело. Чак се код сексуалних кривичних дела то може појављивати и у мањем обиму него код неких других кривичних дела. Мислимо, пре свега, на кривична дела са елементима организованог криминалитета и тероризма, где већ на први поглед може бити јасно да заиста има довољно разлога за страх, страх не само код жртава, него и код сведока уопште, а жртве, као што смо рекли, врло често јесу и најважнији сведоци.⁴³ Догоди се на пример неко разбојништво у којем има и повређених, повређених који су жртве, али и који су сведоци. Жртва тада може бити свесна да опасност не прети само њој, него и њеним најближим сродницима, пре свега деци. Страх тада дакле има сасвим реално упориште и он није плод само одговарајуће уобразиље и ирационалности саме жртве.

Многа савремена законодавна решења у свету (па самим тим и код нас наравно) имају своје корене и упориште, односно проистекла су из италијанских искустава у борби против организованог криминала, где је нарочито осамдесетих година прошлог века, долазило до честих и значајних промена, иновација и изналажења најадекватнијих државних мера у борби против организованог криминала.⁴⁴ Ту управо мислимо на институцију заштићеног сведока, односно сведока сарадника,⁴⁵ две, на неки начин повезане институције, као и на неке друге државне мере које су ушле и у бројне међународне конвенције, препоруке, документа, па и у законодавства многих земаља, укључујући ту, и нашу земљу.⁴⁶ У сваком случају, проблематика заштите сведока, сведока сарадника, жртава, као и заштите свих других учесника у кривичном поступку, у Србији није непозната, о њој се већ извесно време расправља у стручним круговима, а на крају је све то резултирало и доношењем одговарајућег законског документа – Закона о заштити учесника у кривичном поступку. Италијанска и друга искуства овде су свакако добродошла, али, бројна питања још увек остају отворена, а пре свега, она која се тичу промене идентитета, а везана су за промену

⁴² На ово све треба додати и могуће (злонамерне) медијске манипулације у којима се некритички и неосновано критикује правосуђе, у којима се, из ових или оних политичких разлога дискредитује правосуђе и његов рад, што у последње време узима маха у нашим условима.

⁴³ Када се ради о страху код организованог криминала, страх се увећава због тога што се сада страхује не само за себе лично, већ и за своје сроднике, за децу, која могу бити предмет освете.

⁴⁴ Ђорђе Игњатовић: „Организовани криминалитет“, II књига, Београд, 1996.

⁴⁵ Вања Бајовић: „Положај и заштита сведока сарадника“, Правни живот, 9/2006.

⁴⁶ Група аутора: „Борба против организованог криминалитета у Србији“, Издање Института за упоредно право, UNICRI и Правног факултета у Фиренци, Београд, 2008.

целокупног живота и живот из почетка, што подразумева и промену навика, од нових начина исхране, до нових пријатеља, новог радног и професионалног окружења, итд.⁴⁷

Све у свему питање заштите сведока, без обзира да ли је тај сведок жртва или не, али поготову онда када се он појављује и као жртва, данас је постало готово универзална тековина савремене правне културе на светском (међународном) нивоу.

С тим у вези, чини нам се да овде треба поменути и Препоруку Комитета министара Савета Европе, бр. 9 из 2005. године, усвојену 20. априла 2005. године, где се између осталог каже и следеће – члану 19: „Тамо где је то неопходно, а у сагласности са домаћим правом, може се прикрити идентитет особе за коју се процени да својим исказом може одлучујујуће допринети расветљавању једног кривичног случаја, при чему одлуку о давању својства анонимности (прикривенох идентитета) могу донети само надлежни, независни судски органи, односно, при томе се мора водити рачуна о „фер балансу – равнотежи“ између интереса заштите идентитета сведока и права оптуженог да испита све сведоке, па и да доведе у сумњу кредибилитет дотичног сведока, односно кредибилитет његовог извора знања.

У члану 20 се говори о томе да одлуку о прикривању идентитета може донети само надлежни судски орган, који ће узимати у обзир неколико чињеница, а пре свега чињеницу да је личност сведока или њему блиских лица угрожена, затим чињеницу да су искази које дотични сведок презентује од врло велике важности, као и чињеницу да се дотична особа показује као сасвим кредибилни извор сазнања, односно као сведок којем се може веровати.⁴⁸

Такође, овде треба поменути и одредбу из члана 21 ове Препоруке, где се каже да када је некоме (сведоку) дат статус „анонимности“, односно када му је идентитет заштићен, да једна осуђујућа пресуда никако не може бити заснована само, или претежно на изјавама сведока, чији је идентитет заштићен – прикривен.

Одредбе ове Препоруке Rec (2005) 9, свакако треба имати у виду када говоримо о мерама за заштиту жртве – сведока, као и неке конкретне мере ове заштите, које варирају у појединим земљама, али, генерално узев, оне увек подразумевају максималну добробит за жртву, односно жељу да се избегне поновно трауматизовање жртве и стварање новог страха.⁴⁹

⁴⁷ Божидар Бановић: „Заштита сведока у кривичном поступку“, Правни живот, 9/2003.

⁴⁸ Ова ситуација јесте помало парадоксална, јер суд садржину и валидност нечијег исказа, нечијег сведочења два пута вреднује, једанпут када дозвољава да такав „анонимни сведок“ буде саслушан, а други пут када га саслушава. Могло би се рећи да већ приликом додељивања статуса „анонимности“, суд већ тиме прејудуцира ствари и практично уважава исказ сведока. Можда би ипак боље решење било да један судија (један судски орган) некоме додељује статус анонимности и дозвољава да његов исказ буде саслушан, а да други судија, друго судско веће спроводи саслушавање, како се ипак не би правила збрка и конфузија.

⁴⁹ Детаљније о свему томе, Весна Николић-Ристановић: „Подршка жртвама и спречавање

Оно што је такође потребно посебно истаћи то је баланс – равнотежа између права оптуженог и права жртве. И ове конкретне одредбе које смо овде цитирали, као и многе друге, у ствари инсистирају на томе, на том балансу, који каткада уопште није лако остварити. Поготову чини се не у нашим условима, где се не тако ретко иде из једне у другу крајност. У не тако давном периоду, интереси опште сигурности, интереси друштва, на неки начин интереси жртве у једном преносном смислу, имали су значајну превагу над интересима оптуженог и поступало се по принципу да је „боље да ни један кривац не прође некажњено, него да један невин страда, а по принципу *nullum crimen sine poena*“⁵⁰. Ово је било карактеристично за све тоталитарне системе, насупротив чега су стајали системи у којима се сматрало да је боље да „ни један невин човек не страда, па макар сто стварних криваца избегло заслужену казну.“⁵¹ И једно и друго јесу екстремни, односно, након што смо изашли из екстрема *nullum crimen sine poena*, данас се чини да смо доспели у ситуацију знатнијег занемаривања права жртве и њене заштите, у ситуацију, где се и када под изговором права оптуженог знатније крше права жртве.

(8) За успешно спровођење истраге у једном конкретном случају, веома је значајно утврдити какав је био однос између жртве и учиниоца, тј. какав је и колики допринос жртве настанку једног кривичног дела.⁵² У том смислу, на теоријском, али и не само теоријском плану, могла би се извршити подела жртава на оне: 1. жртве које су потпуно невинне (на пример, деца која су злостављана, жртве неурачинљивих учинилаца, или жртве масовних убистава); 2. затим ту су жртве са малим доприносом својој виктимизацији; 3. такође и жртве које су подједнако криве као и учиниоци кривичних дела (на пример људи који добију полну болест од проститутке, или жртве које провоцирају, или намамљују учиниоца) и 4. на крају жртве које су више „криве“ од учиниоца (на пример муж насилник кога убије његова злостављана жена, или пак пијанци који малтретирају случајне пролазнике; односно они који намерно нападају хомосексуалце, па буду повређени у тучи).⁵³ Ова подела није међутим само теоријског карактера, она има веома важне практичне импликације. За спровођење истраге је од врло великог значаја утврдити однос жртве и учиниоца, јер сагледавајући тај однос, долази се до многих одговора, а пре свега на питање мотива. За разрешење једног кривичног случаја, врло често је неопходно најпре открити који су стварни мотиви извршења једног кривичног дела. Иследник (полицајац, тужилац, или судија) поставља неколико могућих хипотеза о томе шта се заправо догодило, ко су могући осумњичени, а на сва

секундарне виктимизације“, Савремена законска решења и пракса, Темида, 1/2003.

⁵⁰ Јурај Кулаш: „Nullum crimen sine poena“, Полиција, Београд, 1936.

⁵¹ Игор Приморац: „Преступ и казна“, Београд, 1978.

⁵² Весна Николић-Ристановић: „Утицај жртве на појаву криминалитета“, Београд, 1984.

⁵³ Љубомир Чимбуровић, Зоран Стевановић, Елдар Шалић, Јасмина Играчки: „Виктимологија“, Београд, 2013, стр. 138-141.

та питања покушава се одговорити на тај начин што се покушава одговорити на питање мотива за извршење дотичног кривичног дела.⁵⁴ Ко је имао мотива да изврши дотично кривично дело, односно ко је имао највеће користи од дотичног дела? Али, то понекад може бити врло компликовано и можда пре свега, болно, непријатно за саму жртву, односно њене рођаке и пријатеље.

Често је ствар врло једноставна, односно принцип врло јасан – највећа корист – најјачи мотив.⁵⁵ Истраживање мотива у врло великом броју случајева, јесте прави пут да се истражи ко је учинио кривично дело, а у врло великом броју случајева то истраживање није тешко спровести. Но, наравно постоје и они други случајеви када то уопште није тако лако учинити, односно када открити мотив уопште није тако једноставно. Односно, откривање мотива може подразумевати пре свега откривање неких појединости из односа жртва – учинилац, тј. појединости из живота жртве. Тада ствари у много чему могу бити компликоване и тада на овај или онај начин могу доћи до изражаја различити виктимолошки аспекти једног догађаја.

Онај који руководи истрагом, мора да се најподробније могуће распита о личности убијеног, о његовом ранијем животу и тада све може изгледати као „копање“ по прошлости жртве. Тужилац ће наравно упитати жртвине сроднике и његове пријатеље и колеге са посла: „Да ли је неко мрзео покојника, да ли му је претио, да ли је имао непријатеља?“⁵⁶ То наравно може бити обострано непријатно. Пре свега непријатно за оне који су били најближи самој жртви, али, готово исто тако може бити непријатно и за саме истражитеље. То питање, на које одговор може бити или „није нам познато“, или „не, покојник није имао непријатеља“, већ само по себи сугерише извесно неповерење у жртву и њен морални лик, позитиван морални лик по којем га његови најближи памте. Поред ова два одговора, веома често пријатељи и родбина могу сугерисати и следеће: „Па коме ви уопште овде желите да судите – убијеноме или његовом убици?“⁵⁷ Но, једноставно речено, да би се сазнао мотив који често расветљава цео случај, потребно је сазнати и нешто из живота, прошлости покојника, а то нешто, понекад зна да буде и непријатно и болно за оне којима је покојник остао у најлепшем могућем сећању.⁵⁸

Болна питања и болно „прекопавање“ по прошлости, могу доводити до тога да се истражитељи устежу, али исто тако да се и сама жртва устеже.

⁵⁴ Владимир Водинелић: „Функција мотива кривичног дела у преткривичном и кривичном поступку“, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/1991.

⁵⁵ Бранислав Симоновић: „О мотивацијама криминалног понашања“, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 3-4/1986.

⁵⁶ Класична ситуација може бити у томе да је покојник који је за живота био директор или власник неког предузећа, некога отпустио са посла. Али, понекад ствари у животу нису тако класичне, понекад се може радити о бројним скривеним тајнама из живота покојниковог.

⁵⁷ Јиван Ћирић: „Тужоци и жртве“, Београд, 2009, стр. 62.

⁵⁸ Јован Ћирић: „Убиства – мотиви и побуде“, Правни живот, бр. 9/2003.

Жртву је на пример повредио њен хомосексуални партнер, али жртва нема снаге да нити себи, нити другима, па ни истражитељима, призна да је она у хомосексуалној вези. Тада се заиста догађа нешто што можемо окарактерисати као секундарна виктимизација: примарна виктимизација догађа се од стране онога који наноси повреде, а секундарна од стране истражитеља. Жртва се налази у двоструко неповољној ситуацији: ем је претучена од стране партнера, ем треба да свима (истражитељима, али понекад и самој својој родбини) призна своје хомосексуалне склоности. У таквој ситуацији ће жртва често радије ћутати у жељи да избегне тај додатни стрес, ту секундарну виктимизацију, а то онда додатно провоцира истражитеље да и даље, додатно „копају“.

Међутим, нису спорна само питања, спорни су и одговори до којих истрага може доћи. Убијени син јединац био је умешан у нечасне работе, а страдао је у мафијашком обрачуну. Како онда мајци у црнини чак и на само индиректан начин саопштити такву истину - сумњу, зар то није типичан пример секундарне виктимизације? Убијени узорни супруг и брижан отац, био је међутим склон брачним неверствима и имао је дугогодишњу љубавницу, која је можда имала мотив за убиство – како то саопштити жени и деци покојника? Омиљени шеф – директор, волео је међутим да се коцка, а често је знао и да даје на позајмицу паре под условима зеленашке камате – како ту и такву истину, претпоставку, саопштити онима који су га волели, који су га обожавали, који су га идеализовали? Не тако ретко човек има и неку тамну страну своје личности и неко своје „друго ја“, које никоме не приказује, које нико не познаје, а које може бити узрок за све што се догодило. Разоткривање те друге стране личности типичан је пример секундарне виктимизације.

Већ само интересовање за покојника, за његов живот, за његову прошлост, код покојникове родбине и пријатеља, може изазивати бројне контроверзе и неразумевања, стресне реакције, којима се жртви и њеној фамилији, наноси бол, бол, која заиста доводи до онога што називамо секундарна виктимизација, а о чему правосуђе треба да води рачуна. Откривање пуне (скривене) истине у једном конкретном случају, често подразумева и „копање“ по животној прошлости жртве, што подразумева секундарну виктимизацију, то да жртва бива изложена додатним стресовима – виктимизацији.

Све у свему, секундарна виктимизација је нешто што је за сваку жртву веома непријатно, али се готово не може избећи. Не може се избећи из неколико разлога. Прво, зато што по одговарајућим психолошким законитостима, жртва врло често осећа стид и срамоту због свега што се догодило, те саму себе окривљује. Друго, зато што се оптуженом и његовим браниоцима мора омогућити да директно испитују све сведоке, па и оштећеног, жртву, а то врло често може бити непријатно и водити секундарној виктимизацији. Треће, зато што специфичне законитости деловања медија, такође врло често воде ка секундарној виктимизацији. Четврто, зато што свеобухватна истрага

једног случаја, врло често подразумева и откривање многих ствари које жртву одсликавају у не баш повољном светлу. Ово су само неке од ствари о којима смо овде желели да проговоримо неколико речи више, када смо третирали општу тему секундарне виктимизације.

Jovan Ćirić; PhD
Institute of Comparative Law,
Belgrade

SECONDARY VICTIMIZATION

Summary

Secondary victimization is a term that is of great significance and is not unique to victimology. It is primarily on the efficiency and effectiveness of an investigation. If a victim is in the fear of being exposed to a variety of unpleasant situations, then he/ she will not cooperate with investigators in the right way. The investigation will not be effective in such situations. Very often the victim after the crime, develops a sense of guilt, shame, fear and self-blame. It is by no means conducive to the successful implementation of the adequate investigation. On the other hand there is also a negative influence of media that could affect victims very significantly.

Key words: *secondary victimization; shame, self-blame; social surrounding; media; investigation; education.*

ДОКАЗНИ ПОСТУПАК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Младенка Говедарица*

***Апстракт:** Доказни поступак представља централну фазу главног претреса, у коме се фактички долази до података о кривичном дјелу и учиниоцу кривичног дјела. Сходно томе, сви докази (оптужбе, одбране и суда) који се изводе на главном претресу, имају за циљ да се утврди чињенично стање које ће као такво захтијевати примјену права или не. Гледано на овај начин, неспорно је да доказни поступак отвара могућност да се успостави веза између чињеница, с једне стране, и права, с друге стране. Такође, значајно је истаћи да је извођење доказа на главном претресу примарно у рукама оптужбе, односно субјекта који сноси терет пружања доказа, као и у рукама одбране која, истина, нема терет доказивања, али има право да их предлаже и изводи. С друге стране, извођење доказа од стране суда је допунског карактера у односу на горе наведене кривичнопроцесне субјекте, али је оно увијек облигаторног карактера. Односно, суд има неопходну потребу да не буде везан само приједлозима странака у погледу доказа, него и да сам изводи доказе за које нађе да су неопходни како би одговорио својој основној дужности утврђивању истине у кривичном поступку.*

Произлази да докази могу бити предложени од стране тужиоца, одбране, али и суда. Послије предлагања доказа од стране странака, они у доказном поступку морају проћи фазу прихватања предложеног доказа, фазу његовог извођења и, најзад, фазу његовог оцјењивања.

Модел унакрсног испитивања (директно, унакрсно и допунско испитивање) свједока и вјештака, представља начин испитивања свједока и вјештака од стране оне странке која одређеним доказом жели увјерити суд у истинитост својих чињеничних тврдњи. Овај модел, схваћено динамички, представља сложен процесни институт преко кога је оснажено начело акузаторности на главном претресу у кривичном поступку.

***Кључне ријечи:** докази, доказивање, унакрсно испитивање, директно и додатно испитивање, забрањена питања.*

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Доказни поступак је централни дио или фаза главног претреса, уколико се зна да се на њему мора разјаснити и тиме утврдити свака чињеница која у било ком правцу треба да буде основ судске одлуке (материјалноправних и процесноправних),¹ он открива истинитост или неистинитост спорних чињеница и околности у кривичном спору и омогућава законито рјешење кривичне ствари.² Утврђивање истине, односно чињеница и околности које су одлучне за постојање или непостојање кривице оптуженог, а затим, евентуално, и за избор врсте и мјере кривичноправне санкције, представљају главну дјелатност учесника кривичног поступка, а самим тим и суда.³ Дакле, ради се о најсадржајнијој фази главног претреса, која омогућава утврђивање чињеничног стања у односу на кривичну ствар која је предмет кривичног поступка, те стварање неопходне чињеничне основе за њено кривичноправно рјешавање од стране суда.⁴ Само доказивање је цјелина радњи на главном претресу у оквиру кога се изводе докази, односно процесне радње којима се помоћу доказа утврђују чињенице⁵, а састоји се од више фаза одлучивања, и то: доношења одлуке о извођењу доказа, само извођење доказа и најзад оцјена доказа односно, закључивање о постојању чињеница након извођења доказа.⁶

Кривично процесно право Републике Српске прихвата начело римског права да доказивање правно релевантних чињеница пада на странку која их тврди, а не на онога ко их оспорава, тако да је у кривичном поступку тужилац правно дужан доказати наводе своје оптужбе, док је оптужени ослобођен дужности доказивања. Произлази да је законодавац успоставио дужност тужиоцу да одмах на почетку главног претреса изложи доказе довољне за утврђивање спорних чињеница, те се та дужност назива “теретом доказа”, док одбрана има право да после тужиоца изводи доказе, односно да увјерава суд што се назива “теретом увјеравања” о извјесности постојања чињеница у њену корист.⁷ Иако правно гледано терет доказивања не лежи на оптуженом, он ће ипак бити у ситуацији да се позива на доказе који га оправдавају када то буде налагао његов фактички положај у поступку,⁸ односно, када сматра да суд упркос тужиоцевом доказивању и доказивању на властиту иницијативу, неће моћи утврдити неке чињенице које би му ишле у корист, тада он фактички бива присиљен да промијени процесну тактику те почне износити доказе којима их поткрепљује.⁹ Због тога се каже да је осумњичени, односно оптужени, једини субјект кривич-

¹ Бејатовић, С., *Кривично процесно право* (посебни део), Београд, 1996, 96.

² Димитријевић, Д., *Кривично процесно право*, Београд, 1963, 169.

³ Мрчеља, М., *Kazneni postupak – upravljanje glavnom raspravom*, Zagreb, 2000, 26.

⁴ Јекић, З., Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Источно Сарајево, 2005, 336.

⁵ Павишић, В., *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2001, 548.

⁶ Сijerčić – Čolić Н., Vuleta, D., Hadžiomerađić, М., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1999, 399.

⁷ Симовић, М., *Кривични поступци у БиХ*, Бања Лука, 2003, 214.

⁸ Сijerčić – Čolić Н. *et al.*, 401.

⁹ Крапас, D., *Kazneno procesno право*, Zagreb, 2000, 274.

ног поступка који има искључиво право, а не дужност подношења доказа. Такав његов положај у сфери доказивања произлази из његовог права на одбрану које је зајамчено Уставом и законом.¹⁰

Терет доказивања се у теорији различито тумачи, тако нпр. у формалном смислу он би значео правну дужност доказивања чињеница која лежи искључиво на странци која тврди постојање тих чињеница, те ако она тој дужности не удовољи, суд узима да чињеница не постоји. То је чисти акузаторни модел доказивања који не предвиђа дужност суда да изводи своје доказе. Тако у Енглеској само странке могу одредити чињеничну основицу својих захтјева, те надзиру поступак утврђивања чињеница, само изузетно суду се даје могућност да по властитој иницијативи унесе у предмет расправе чињенице које није ни једна странка предложила (нпр. ментално здравље неког од учесника кривичног поступка), а уједно садржи низ правила која прецизно одређују оквир предмета доказивања (описан у оптужници), односно гарантују да ће се пред судом изводити само они докази који имају непосредну везу са предметом расправе, тј. са правно релевантним чињеницама које су изнијеле странке.¹¹ Али, и судија има право, позвати неког свједока на којег се странке нису позвале, и поред њиховог противљења, уколико држи да је то нужно ради установљавања истине,¹² из чега произлази да енглеско право и поред јако израженог начела акузаторности, оставља могућност суду да задржи своје право утврђивања истине што је његова примарна функција у сваком кривичном поступку. Дакле, иако иницијатива доказивања лежи на странкама, у савременом акузаторном поступку и судија може по властитој иницијативи изводити доказе које сматра потребним. Ако у таквом поступку странке озбиљно схватају своје интересе, суд ће ријетко бити у прилици да изведе доказ што га ниједна странка није предложила и тако ће ипак редовно задржати свој апсолутно објективан став у том погледу.¹³

Иако се поступак доказивања у нашем кривичном поступку приближио англосаксонском праву, ипак је законодавац остао вјеран, због великог јавног интереса у кажњавању, мјешовитом уређењу поступка у домену доказивања. Због тога суду је остављена могућност извођења доказа за које сматра да су потребни јер принцип истине обавезује суд као и друге органе у кривичном поступку да са једнаком пажњом испитују и утврђују чињенице које терете оптуженог, али и оне које му иду у корист.¹⁴ Дакле, од стране законодавца задржана је истражна (инквизициона) максима према којој је суду и даље остављена могућност да учествује у извођењу доказа када су такви докази по његовој

¹⁰ Јекић, З., *Право на доказ у парничном и кривичном поступку*, Анали Правног факултета, бр: 2-3/1996, Београд, 71.

¹¹ Крапас, Д., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, 65.

¹² Крапас, Д., *op. cit.*, 147.

¹³ Bayer, V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo*, Zagreb, 1977, 15.

¹⁴ Више о томе: Крапас, Д., *Kazneno procesno pravo*, Zagreb, 2000, 272.

процјени неопходни за доношење одлуке о предмету самог поступка,¹⁵ али је ипак комбиновано са расправном максимумом, јер је извођење доказа превасходно по иницијативи странака, па то недвосмислено показује оснаживање начела акузаторности у нашем кривичном поступку. Дакле, улога суда је значајна у поступку извођења доказа, односно базирана је на судској објективности и поред тога што судија смије изводити доказе уколико их сматра битним и потребним, јер непристрасан положај суда је *conditio sine qua non* сваког страначког (акузаторског) поступка.

То говори да суд није у потпуности пасиван током извођења доказа, већ да читавим низом радњи битно утиче како на ефикасност вођења доказног поступка, тако и на поштовање законских правила.¹⁶ Овакво рјешење налази оправдање у неопходној потреби да суд не буде везан само приједлозима странака у погледу извођења доказа јер једино тада може да одговори својој дужности утврђивања истине и формирања свог слободног судијског увјерења.¹⁷

Овим се потврђује да у Закону о кривичном поступку Републике Српске имамо мјешовити систем кривичног поступка који представља комбинацију англоамеричког система са познатим акузаторним елементима и европског континенталног система са традиционално истражним елементима.¹⁸ Такав систем с једне стране, омогућава процесним странкама и браниоцу да у већој мјери него до сада, остваре контролу над током кривичног поступка, док, с друге стране, судија губи доминантну улогу да саслушава свједоке и вјештаке и оптуженог.¹⁹ Као што се види, иако су присутни елементи из англоамеричког поступка, ипак су задржане карактеристике континенталног права, јер и у англоамеричком типу кривичног поступка можемо наћи бројне инквизиторске додатке, јер у суштини нема тако чистог типа кривичног поступка у коме се не би преплитали акузаторни и инквизиторни елементи у одређеним размјерама.²⁰

Могли бисмо закључити да и поред тога што је оснажено начело акузаторности у доказном поступку првенствено преко модела унакрсног испитивања свједока и вјештака, ипак је суд задржао право извођења доказа које је он наредио, те се тиме остало у домену континенталног права. Самим тим, током главног претреса суд има успостављено право, а кроз принцип истине и обавезу, да проводи доказе за које сматра да су потребни. Чак и у државама као што је Енглеска, које строго познају начело по коме је доказна иницијатива искључиво у рукама странкама које су потпуни господари у припремању до-

¹⁵ Pavišić, B., op. cit., 550.

¹⁶ Жекић, З., Шкулић, М., op. cit., 337.

¹⁷ Жекић, З., op. cit., 72.

¹⁸ Кауриновић, Д., *Директно и унакрсно испитивање*, Правна ријеч, бр.: 2/2004, Бања Лука, 500.

¹⁹ Симовић, М., *Реформа кривичног поступка у БиХ*, Правни живот, бр.: 9/2005, Београд, 761.

²⁰ Damaška, M., *O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi*, HLJKPP, br.: 2/1997, Zagreb, наведено према: Дејман, З., *О приједлозима за реформу ЗКП Словеније*, Страни правни живот, бр: 1/2004, Београд, 109.

казног материјала за суђење, појављују се неки изузеци, када суд тражи од странака да се прије извођења доказа на главној расправи међусобно упознају са тврдњама које намјеравају доказати, као и да означе доказе које ће у том циљу употријебити.²¹

Дакле, у правилу иницијатива за утврђивање чињеница и предлагање доказа пада на странке, али и суд може да прошири доказивање и без приједлога странака, и против приједлога странака на околности које сматра важним.²² Из тога проистиче да коначна одлука да се проведе или не неки доказ припада суду које такав доказ може одбити ако сматра да се ради о правно неваљаном доказу.²³

Иако у Закону о кривичном поступку нема начела тражења материјалне истине,²⁴ јер сада суд има дужност да са једнаком пажњом истинито и потпуно утврди, како чињенице које терете оптуженог, тако и оне које му иду у корист, ипак то не значи потпуно напуштање инквизиторне максиме, инквизиторно начело и даље је присутно у кривичном поступку, али је знатно сужено и промијењено.²⁵ Оваква дужност суда, као и свих других државних органа који учествују у кривичном поступку, да са једнаком пажњом испитају и утврде како чињенице које терете осумњиченог, тј. оптуженог, тако и оне које му иду у корист, означава се као увођење стандарда једнаког обзира према објема врстама чињеница у процесу.²⁶

Дакле, овакав доказни поступак представља вид утврђивања истине у кривичном поступку кроз суочавање двије супротстављене стране (оптужбе и одбране) које приступају извођењу доказа и имају пуну доказну иницијативу. У овом дијелу главног поступка доминантну улогу, као што се да запазити, имају акузаторни елементи, као и потпун капацитет у остваривању начела јавности, усмености, непосредности, те контрадикторности која се јавља као водеће начело у доказном поступку.²⁷

Правила о извођењу доказа на главном претресу заснивају се на пет главних начела: чињеничну основицу спора одређују искључиво странке у поступ-

²¹ Више о томе: Крапас, Д., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, 139.

²² Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2002, 583.

²³ Чл. 10 ст. 2 Закона о кривичном поступку Републике Српске прописује да суд не може заснивати своју одлуку на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних Уставом и међународним уговорима, које је ратификовала БиХ, нити на доказима који су прибављени битним повредама овог закона. Такође, чл. 278 ст. 2 прописује да ако судија или предсједник вијећа закључи да околности које странка или бранилац жели да докаже, немају значај за предмет или да је понуђени доказ непотребан, одбиће његово извођење.

²⁴ Начело материјалне истине подразумијевало је дужност суда да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке.

²⁵ Mrčela, M., *op. cit.*, 21.

²⁶ Pavišić, V., *op. cit.*, 41.

²⁷ Више о томе: Кауриновић, Д., *Коментари закона о кривичним поступцима*, Сарајево, 2005, 669.

ку; тужилац сноси правну дужност доказивања истинитости својих тврдњи; чињенице се пред судом утврђују само на темељу извођења и оцјене доказа; извођење доказа на главном претресу се проводи на контрадикторан начин, што надзире судија, односно вијеће које одлучује о логичким питањима релевантности појединих доказа и правним питањима њихове допустивости и најзад оцјена доказа је слободна од правних правила која би регулисала њихову вриједност.²⁸

1. Унакрсно испитивање

Како смо већ раније истакли, доказни поступак је централни дио главног претреса, док је модел унакрсног испитивања свједока и вјештака централни дио доказног поступка. Примјена модела унакрсног испитивања представља комбинацију англоамеричког правног система и европско-континенталног правног система у домену испитивања свједока и вјештака.

Код испитивања свједока треба истаћи да свако ко је оптужен за кривично дјело има право да испита или да се у његово име испитају свједоци против њега и да се осигура присуство и саслушање свједока у његову корист под истим условима који важе за оне који свједоче против њега.²⁹ Ово је тијесно повезано са принципом “једнаке доступности правних средстава” као елемента “праведног суђења”,³⁰ односно, на овакав начин оптужени се ставља у положај “потпуне једнакости” са тужиоцем у вези са позивањем и испитивањем свједока.³¹

Дакле, како праведно суђење подразумијева потпуну једнакост странака у кривичном поступку, нарочито у фази доказног поступка, тако се и елемент равноправности односи поред свједока и на вјештака који својим стручним знањем кроз вјештачење као доказно средство разјашњава важне чињенице (њихово утврђивање и оцјену) у кривичном поступку. У контексту тога пракса Европског суда у једном случају заузела је став да вјештаку кога је именovala одбрана морају бити пружене исте погодности као и оне кога је именovala оптужба или суд.³² Ово би се могло третирати као општа правила равноправности странака у приступу правним средствима и право на контрадикторност у поступку.

²⁸ Симовић, М., *Нове установе и нова рјешења у ЗКП Републике Српске*, Зборник радова – ВШУП, Бања Лука, 2003, 126.

²⁹ Чл. 6 став 3 (д) Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

³⁰ Dijk van, P., Hoof, van G. J. H., *Theory and practice of the European convention on human rights*, Sarajevo, 2001, 445.

³¹ Harland, C., *A commentary to the European convention on human rights as applied in BiH and at Strasbourg*, Sarajevo, 2003, 182.

³² Предмет: *Bonisch против Аустрије* (1985) – Mole, N., Harby, C., *Pravo na pravično суђење*, Приручник о људским правима, br.: 3/2005, Sarajevo, 43.

Данас, ово право се остварује кроз модел унакрсног испитивања, специфичан за англосаксонско право. Модел унакрсног испитивања потиче из акuatorног (оптужног) типа поступка у коме суд не може самостално прибављати и изводити доказе (у правилу свједоке и вјештаке), него то спада у иницијативу оне странке која одређеним доказом жели увјерити суд у истинитост својих чињеничних тврдњи (зато се у том поступку и говори о свједоцима оптужбе или свједоцима одбране). У англосаксонском праву модел унакрсног испитивања се састоји из три дијела, а то је главно или директно испитивање, протуиспитивање или унакрсно испитивање у правом смислу, те додатно испитивање.³³

Такво испитивање свједока у америчком праву подразумијева да свједок не смије давати исказ у форми приповиједања (изузетке одређује суд), па умјесто давања исказа свједок даје кратке одговоре на кратка питања која постављају странке, а судија може да спријечи одговоре на питања која су недопуштена. Испитивање врши прво странка која се позвала на свједока, затим противна странка (*cross examination*), па затим опет прва странка да би се успоставио прави смисао одговора датих на претходном унакрсном испитивању (*re direct examination*).³⁴ Произлази, да свједок у англоамеричком праву не износи слободно своја опажања, већ му странке постављају питања на која он кратко одговара, те се унакрсно испитивање у пракси проводи тако темељно да судија скоро никада не треба постављати некаква допунска питања. Свједок мора одговарати на питања само на основу властитог познавања догађаја.³⁵

У енглеском праву, такође је потпуно проведено начело контрадикторности – што надгледа судија. И овдје се испитивање свједока своди на главно или директно испитивање које врши странка која се на свједока позвала да би његовим исказом показала истинитост својих навода, затим свједока испитује противна странка унакрсно како би добила одговоре који ће ослабити његов први исказ, а понекад и одговоре у прилог властитих навода. Коначно, странка која се на свједока позвала добија поново прилику да га још једном испита у допунском испитивању како би се рашчистиле нејасноће, односно, утврдио прави смисао одговора које је свједок давао на протуиспитивању.³⁶ Саслушање свједока се, дакле, у енглеском судском поступку одвија у облику дијалога између испитивача и свједока. Свједок не даје непрекидан исказ о ономе што зна о чињеницама, него одговара на циљана питања испитивача (којима се жели спријечити свједок у изношењу свог мишљења, а потакнути на изношење знања о чињеницама), при чему свједока не испитује судија, него странка која га је позвала, а затим њен процесни противник.³⁷

³³ Крапас, D., *Kazneno procesno pravo*, Zagreb, 2000, 269.

³⁴ Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, 542.

³⁵ Томашевић, G., *Неке значајке кривичног правосуда и тока кривичног поступка у Енглеској и САД*, Зборник радова Правног факултета, Split, br: X/1973, 247-248.

³⁶ Крапас, D., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, 82.

³⁷ Крапас, D., op. cit., 68.

Директно испитивање је испитивање свједока (који је централна фигура у овом дијелу испитивања) од странке, односно браниоца који је и предложио и позвао свједока као доказно средство које ће му пружити корисне доказе за његову одбрану или оптужбу. Самим тим, главно испитивање отвара могућност изношења предмета, тако што ће свједок испричати причу на разумљив и логичан начин, а та прича би се односила на кривично дјело које се ставља на терет оптуженом и на његово учешће, односно, неучешће у том дјелу. Практично, исказ свједока у главном испитивању треба да потврди тезу оптужбе или одбране, те да затвори круг више различитих доказа, директних или посредних доказа који потврђују неку правно релевантну чињеницу.³⁸

За разлику од америчког права, гдје свједок одговара на кратка питања, у нашем кривичном поступку њему се допушта слобода исказа, с тим што се може у сваком тренутку прекинути уколико треба појашњење неких детаља, ако се свједок удаљава причом од предмета, те тиме одуговлачи главно испитивање. Свједок оптужбе или одбране, прије него приступи главном испитивању, може од стране која се на њега и позива бити припреман у погледу предмета свједочења, права и дужности, као и упознат да ће по завршеном директном испитивању бити препуштен на унакрсно испитивање од противне стране. Међутим, било би противно принципу истине наговарати свједока, односно, поучавати га како да одговори на неко питање, јер само потпун, разумљив и истинит одговор може бити најбоље средство за утврђивање свих чињеница, како оних које иду у корист, тако и оних на штету оптуженог, а на тај начин се сужава или искључује простор за унакрсно испитивање.³⁹

Неколико правила регулише главно или директно испитивање, а то је забрана сугестивних питања (*leading questions*) помоћу којих испитивач јасно даје на знање какав одговор жели чути, тј. сврха таквих питања је помагање меморији и интелигенцији свједока у намјери да се расвијетли овај или онај аспект чињеница.⁴⁰ Може се рећи да се сугестивним питањима отежава долажење до истине, јер лице које одговара на питање не репродукује реалне догађаје и своја запажања, већ утиске који су му сугерисани постављеним питањем. Оваквим питањима и лажном свједоку се може ставити до знања какав се одговор очекује од њега, односно свједока који говори истину таквим поступањем се може навести на погрешан одговор. Истиче се и ограничена могућност “освјежавања” меморије свједока, те забрана унакрсног испитивања властитог свједока ради његове дискредитације, када свједок на суду почне давати исказ на штету странке која га је позвала.⁴¹

Унакрсно испитивање закон дефинише као испитивање свједока од стране процесног противника, односно браниоца, тј. у центру пажње је испитивач

³⁸ Кауриновић, Д., *Директно и унакрсно испитивање*, Правна ријеч, бр.: 2/2004, Бања Лука, 500.

³⁹ Кауриновић, Д., *Коментари закона о кривичним поступцима у БиХ*, Сарајево, 2005, 675.

⁴⁰ Modly, D., Korajlić, N., *Kriminalistički riječnik*, Теџанј, 2002, 90.

⁴¹ Крапас, D., *op. cit.*, 82-83.

за разлику од главног испитивања гдје је у центру пажње био свједок. То би се могло окарактерисати и као “непријатељско испитивање” свједока од стране која настоји да докаже да је оно што свједок говори погрешно или лажно. Сматра се да у правцу тога постоје четири циља унакрсног испитивања која се односе на подстицање сумње у свједока усљед његове раније недоследне изјаве, дискредитовање његовог исказа у дијелу битних околности, извршити поткрепљивање доказа питањима која су важна за случај лица које се унакрсно испитује и најзад ићи на установљивање пристрасности, интереса и мотива за изјаву свједока.⁴² За остваривање ова четири циља постоји неколико метода: успјешно припремање за унакрсно испитивање, контролисање свједока, ефектно употреби доказне материјале за побијање, ефикасна употреба физичких доказа или визуелних средстава, стварати убједљиве и интересантне утиске и осјећања током унакрсног испитивања, коришћење посебне стратегије према вјештацима и прикривеним истражитељима и др.⁴³

Како је циљ унакрсног испитивања провјеравање истинитости навода свједока изнесених током директног испитивања, допушта се противној странци различитост у примјени тактике испитивања, намијењене да се разоткрију противрјечности и мањкавости у исказу, те тиме изазове сумња у вјеродостојност самог исказа, па чак и да се баца сјена на личност свједока.⁴⁴ Све се то ради да би се елиминисало или ублажило чињенично и правно стање произашло из директног испитивања,⁴⁵ формирањем полазних поставки, те избором најефектнијег наступа који даје предност теорији случаја коју заступа противна страна, односно, остварити прилагођавање унакрсног испитивања главном. Од свих техника унакрсног испитивања, најчешћа је и најуспјешнија она која се тиче дискредитације свједока. Међутим, и поред овакве могућности ипак постоје одређена ограничења. Тако нпр. питања која нарушавају част и достојанство свједока не смију се постављати, изузев ако за то постоји ваљан разлог, али и у том случају смије се поставити само једно питање, такође на суђењу за силовање или неко друго кривично дјело против достојанства личности и морала одбрана не смије без посебне дозволе судије, жртви постављати питања о њеном ранијем сексуалном животу с било којим другим лицем осим са оптуженим, а оптуженом се у унакрсном испитивању такође не смију постављати питања о његовом карактеру или ранијим осудама, осим ако то дозвољавају неки законски изузеци.⁴⁶

Смисао самог унакрсног испитивања би произлазио из његове суштине, тј. добити наводе у своју корист, јер у правилу унакрсно испитивање служи да

⁴² Симовић, М., *Кривични поступци у БиХ*, Сарајево, 2004, 242–243.

⁴³ Larson, E. N., *Унакрсно испитивање на главном претресу*, Зборник радова, Реформа кривичног законодавства у Републици Српској, Бања Лука, 2003, 62.

⁴⁴ Кларас, D., *op. cit.*, 83.

⁴⁵ Кауриновић, Д., *Директно и унакрсно испитивање*, Правна ријеч, бр.: 2/2004, Бања Лука, 502.

⁴⁶ Iller, M. S., Goodwin, G. A., *Criminal Litigation*, Butterworths, London, 1985, 155.

се убиједи судија, односно вијеће у теорију свог случаја, а не да се откривају неки подаци или чињенице које неће ићи у том правцу. Оно што се јавља као релевантно за овај облик испитивања јесте то да се унакрсно испитивање обавља у оквиру претходног директног испитивања, тј. у границама постављених и датих одговора, а то могу бити све чињенице и околности о којима се свједок изјаснио у току главног испитивања.⁴⁷ И поред тога, противна процесна странка није у потпуности везана за предмет главног испитивања, али је везана правилима о релевантности, јер само оне доказе који имају логичну везу са предметом претреса и који нису, из посебних разлога, правно искључени из те везе могу бити и предмет испитивања у унакрсном облику.⁴⁸

И, коначно, имамо допунско или секундарно директно испитивање које се предузима након што је свједок унакрсно испитан од супротне стране. То је процес по којем странка која позива свједока може тражити да објасни или разјасни одређене тачке које су се појавиле у унакрсном испитивању, а као такве дјелују неповољно на њихову теорију случаја.⁴⁹ Код оваквог испитивања странка је везана за предмет питања противне процесне странке, до којих је она дошла приликом унакрсног испитивања, те ту вриједи апсолутна забрана сугестивних питања.⁵⁰

Након окончања допунског испитивања, реално је очекивати да се појави поновна потреба за разјашњењем сада неких одговора или питања произашлих из допунског испита, када сагласно начелу правичности Закон допушта могућност тзв. дуплике, односно, поновног унакрсног испитивања.

На крају, треба рећи да ако се у току било ког наведеног облика испитивања појаве законски разлози као потреба отклањања празнина, противрјечности или нејасноћа у исказу, суд ће активирати своје супсидијарно право на постављање питања⁵¹ свједоку, као и када жели да разјасни неке чињенице у поступку. Управо овим правом, које је и даље остављено суду, уочава се задржавање истражне (инквизиционе) максиме, према којој је суду и остављена могућност да учествује у извођењу доказа када су такви докази по његовој процјени неопходни за доношење одлуке о предмету самог поступка.

2. Забрањена питања и докази

Суд има двоструку активну улогу у доказном поступку, која се огледа не само у могућности да учествује у извођењу доказа, него и у улози да контролише, односно забрани постављање неког питања или извођење доказа.

⁴⁷ Кауриновић, Д., *op. cit.*, 504.

⁴⁸ Крарас, Д., *op. cit.*, 83–84.

⁴⁹ Кауриновић, Д., *Коментари закона о кривичним поступцима у БиХ*, Сарајево, 2005, 678.

⁵⁰ Крарас, Д., *op. cit.*, 84.

⁵¹ Рајишић, В., *op. cit.*, 543.

Ово се регулише зарад потребе да докази и питања буду сврсисходни у конкретном кривичном поступку, тј. да докази морају да буду кривичноправно или кривичнопроцесно релевантни, односно, да имају значаја за утврђивање чињеничног стања у конкретном случају.⁵²

Закон је одредио доказе који од стране суда могу бити недозвољени, тј. суд у вршењу своје активне улоге која се огледа не само у могућности да учествује у извођењу доказа, него и у улози контролисања доказа остварује своју надзорну функцију. Тако суд има право да забрани питање и одговор на питање које је већ постављено, ако је то питање по његовој оцјени недозвољено или неважно за предмет, односно, може да одбије предложен доказ ако сматра да нема значај за предмет или да је непотребан. Модел унакрсног испитивања, дакле, омогућава судији да спријечи одговор свједока на питање које је у правилу о утврђивању чињеница недопуштено, јер би одговор на њега био доказ који се не може употријебити при одлучивању. Уз ову законску одредбу треба уврстити и начело забране употребе, недозвољено прибављених доказа (“правно неваљани докази”) којим се суду забрањује да заснује своју одлуку на доказима прибављеним о повредама људских права и слобода који произлазе из Устава и међународних (ратификованих) уговора, као и доказима који су прибављени о повредама Закона о кривичном поступку. Таква одредба закона представља сужавање власти предсједника вијећа, односно, судије, у провођењу модификоване инквизиторне максиме и може повећати тачност и потпуност утврђеног чињеничног стања. Она је важна и зато што странке сваки доказни приједлог треба да образложе, јер једино тако суд о њима може доносити одлуку, а ово представља и једно процесно дисциплиновање предлагача у смјеру професионалне припреме за главни претрес.⁵³ Доказни приједлози требало би да буду усмјерени на утврђивање чињеница важних за правилно пресуђивање, односно, докази би требало да буду усмјерени на концентрисано доказивање релевантних чињеница, па како свака чињеница не мора бити релевантна, тако и такви приједлози могу бити неважни,⁵⁴ а самим тим и недопустиви.

Проблематика незаконитих доказа врло је значајна и представља врло важно питање кривичног поступка. Закон настоји одредити критеријуме за одбијање доказних приједлога, па би се тако у прву групу сврстали недопуштени приједлози који би се односили на незаконито прибављене доказе, на недопуштене доказе, те чињенице које се по закону не могу доказивати. Другу групу би чинили неважни приједлози у случају када чињеница коју треба утврдити је већ утврђена или није важна за одлучивање или не постоји повезаност тих чињеница које треба утврдити и одлучних чињеница, у трећу групу би улазили неприкладни приједлози у случајевима када постоји сумња да би се предложеним доказом нека важна чињеница могла утврдити или би то било са великим

⁵² Јекић, З., Шкулић, М., *op. cit.*, 346.

⁵³ Mrčela, M., *op. cit.*, 56-57.

⁵⁴ Крапас, D i suradnici, *Kazneno procesno pravo* (primjerovnik), Zagreb, 2001, 145.

тешкоћама, или ако се тај доказ у ранијем току поступка није могао прибавити, а вјероватно је да се неће моћи прибавити ни у тренутној фази поступка, у разумном року. И најзад, скуп доказа који су усмјерени на одуговлачење поступка када је приједлог нејасан или је очигледно да је усмјерен на одуговлачење поступка.⁵⁵

Имамо и подјелу на три групе недозвољених доказа, гдје прву групу чине докази прибављени повредама одређених темељних права и слобода грађана, као што је право на формалну и материјалну одбрану, право на достојанство, углед и част, те право на неповредивост личног и приватног живота. У другу групу би улазили докази за које је у закону изричито речено да се не смију употребљавати при доношењу судске одлуке у кривичном поступку, те најзад скупина доказа до којих органи кривичног поступка не би дошли без података из незаконитих доказа (“плодови отровне воћке”).⁵⁶ Оваква подјела би се сматрала апсолутно у складу са Законом о кривичном поступку, јер знамо да Устав и међународни уговори штите основна права и слободе грађана, па се ту и не јавља превише нејасноћа у погледу судбине на такав начин прикупљених доказа, јер у тим случајевима свако поступање државних органа које представља повреде наведених права резултирало би незаконитим доказом. У другој групи, која се тиче доказа који су у Закону изричито наведени да се не смију употријебити као основ судске одлуке, ради се о јасном истицању њихове неваљаности. Тако имамо да се сазнања до којих су полицијски органи дошли предузимајући посебне истражне радње без наредбе судије за претходни поступак или у супротности са њом неће моћи прихватити, као доказ се неће моћи користити ни пошилике одузете по наредби тужиоца, уколико та наредба не буде потврђена од стране судије за претходни поступак у року од 48 часова по одузимању пошилики, ако се поступи противно одредбама које регулишу испитивање осумњиченог, на његовом исказу се не може заснивати судска одлука, као и на исказу свједока када суд није поштовао право свједока да ускрати свој исказ у законом дозвољеним случајевима, и најзад код вјештачења гдје се испитао вјештак који то није у конкретном предмету смио бити.

У дијелу јавности и дијелу теорије, јасно се показује потпуно и отворено неслагање да се незаконито прибављени докази користе у поступку, па и више од тога, да се чак ни законито прибављени докази до којих се дошло преко незаконито прибављених доказа искључе као докази (пракса САД).⁵⁷ Као што се види, судија треба да фактички процијени када неко питање, односно, доказ треба забранити, али и у таквој процјени ипак се мора руководити законским правилима, али и својим слободним судијским увјерењем.⁵⁸

⁵⁵ Pavišić, B., op. cit., 551, тако и Кауриновић, Д., op. cit., 681.

⁵⁶ Крапас, D., *Kazneno procesno pravo*, Zagreb, 2000, 267.

⁵⁷ Васиљевић, Т., Грубач, М., op. cit., 584.

⁵⁸ Јекић, З., Шкулић, М., op. cit., 345.

Мада се може десити да предложени доказ стоји у непосредној логичкој вези са предметом спора и тако испуњава услов релевантности доказа, може се догодити да судија такав доказ забрани, ако га сматра недопустивим. Дакле, критеријум допустивости доказа темељи се на широким правним стандардима, формираним у судској пракси, из чега произлази да докази у конкретном случају, осим релевантности, морају имати и својство да пруже допринос расвјетљавању онога што је већ о случају познато, који надмашује губитак времена изазван њиховим извођењем, као и невоље које би њихово извођење могло проузроковати.⁵⁹

Закон о кривичном поступку Републике Српске прецизира и забрану коришћења као доказа, чињеница које се односе на раније сексуално понашање оштећене стране и њене сексуалне предиспозиције. Сврха овакве законске забране је да се отклони могућност изношења у поступку чињеница које нису директно значајне за рјешење кривичне ствари, а саме по себи могу бити средство психичког притиска на оштећеног.⁶⁰ Ниједан доказ који се износи да би показао раније сексуално искуство, понашање или сексуалну оријентацију оштећеног, неће бити прихватљив.⁶¹

Пракса Суда у Стразбуру (*Strasbourg*) такође прихваћа да сексуални живот представља важан дио приватног живота сваке особе, те га стога треба и штитити.⁶² На подручју кривичног поступка та се заштита односи на оштећену страну од узнемиравања и понижења, те могуће дискредитације уколико би се откривало раније сексуално понашање или предиспозиције оштећене стране, те суд мора одбити извођење доказа ако се они односе на наведене околности, односно, мора забранити постављање таквих питања.⁶³ Ради заштите права на одбрану, Закон у изузетним случајевима допушта да се одступи од оваквог начелно забрањеног извођења доказа. Тако, да ће се материјални докази који наводе да потичу од друге особе, а не од оптуженог, ипак моћи изводити на главном претресу, као докази који иду у његову корист.

Закључак

Познато је да Закон о кривичном поступку обавезује суд да пресуду заснује само на доказима и чињеницама изнијетим на главном претресу, односно изведеним доказима на доказном поступку. Из тог разлога суд мора објективно приступати оцјени изведених доказа, а странке у складу са својим

⁵⁹ Крапас, Д., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, 85.

⁶⁰ Јекић, З., Шкулић, М., *op. cit.*, 346.

⁶¹ Симовић, М., *Актуелна правна питања у вези са доношењем Закона о измјенама и допунама ЗКП БиХ*, Правна ријеч, бр: 7/2006, Бања Лука, 203.

⁶² Dijk von, P., Hoof van, G. J. H., *op. cit.*, 466.

⁶³ Кауриновић, Д., *op. cit.*, 682–683.

интересима предлагати и изводити доказе о постојању, односно непостојању одређених правно релевантних чињеница које су садржане у доказним средствима као изворима сазнања.

Могло би се закључити да су докази резултат процесних радњи доказивања које предузимају кривичнопроцесни субјекти са циљем да се изведени и образложени докази оцјењују од стране суда и као такви буду саставни дио изречене судске одлуке.

Mladenka Govedarica, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law
University of East Sarajevo

Conclusion

It is known that the Criminal Procedure obliges the court to establish a judgment on the evidence and facts presented at trial, that the evidence presented at the evidentiary proceedings. For this reason, the court must objectively assess the presentation of evidence and the parties in accordance with their interests and propose to present evidence of the existence or absence of certain material facts that are contained in the means of evidence as sources of knowledge.

One could conclude that the evidence was the result of presentation of evidence taken by the criminal procedural entities with the aim of documentary evidence presented and assessed by the court and as such an integral part of the sentence of a court decision.

MEĐUNARODNA SARADNJA U KRIVIČNIM STVARIMA I STEPEN HARMONIZIRANOSTI MAKEDONSKOG ZAKONODAVSTVA

Prof. dr Gordana Lažetić – Bužarovska *

***Apstrakt:** Skromni je cilj ovog rada da ukratko prikaže razvojni put međunarodne saradnje, od klasičnih oblika pravosudne saradnje do principa međusobnog priznavanja donesenih odluka. Međunarodna saradnja je postala veoma važan instrument u borbu protiv organiziranog kriminala. Instrumenti Veća Evrope, čija implementacija traje prilično dugo i koji su ratifikovani od svih država članica Veća Evrope, u velikom su stepenu poboljšali usklađivanje nacionalnog zakonodavstva u pogledu međunarodne saradnje. Usklađivanje procesa obuhvaća tradicionalne oblike međunarodne saradnje - izručenja i uzajamne pravne pomoći, ali i modern pristup u međunarodnoj saradnji usmeren ka načelu uzajamnog priznavanja. Interesantan je saodnos harmonizacije i uzajamnog priznavanja, s obzirom da se ovi procesi međusobno nadopunjuju - harmonizacija omogućava bolje i uspješnije uzajamno priznavanje odluka, ali idu i paralelnim putem - uzajamno priznavanje ne insistira uvek na potrebi harmoniziranosti zakonodavstva, već se zasniva na uzajamnom poverenju. Što se tiče Republike Makedonije, ona je ratifikovala sve relevantne instrumente Saveta Evrope, a donošenjem Zakona o međunarodnoj saradnji i Zakona o krivičnom postupku, postoji legislativni okvir koji može omogućiti blagovremeno, koordinirano i uspešno preduzimanje svih aktivnosti koje se odnose na saradnju u krivičnim stvarima prema novim EU principima i tendencijama.*

***Ključne reči:** međunarodna saradnja, međunarodna pravna pomoć, harmonizacija, uzajamno priznavanje, Republika Makedonija.*

Uvod

Međunarodna saradnja u krivičnim stvarima obuhvata sve mere koje omogućavaju efikasnije pronalaženje, hapšenje, izručenje počinitelja krivičnih dela i za-

* Редовни професор, Правни факултет “Iustinianus Primus”, Скопље, Македонија. Контакт: gordana2206@gmail.com.

mrzavanje i konfiskaciju imovinske koristi stečene putem kriminalnih aktivnosti. Koncept međunarodne saradnje u krivičnim stvarima je veoma značajan, s obzirom da on ujedinjuje policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima, ekstradiciju, međunarodnu pravnu pomoć, transfer osuđenih osoba, kao i međusobno priznavanje donetih odluka. Novi oblici kriminaliteta, način njihovog obavljanja, vremenski intenzitet i okvir i povezanost počinitelja iz različitih država, nametnule su potrebu za drugačiji prilaz u otkrivanju, gonjenju i suzbijanju kriminaliteta, naročito organizovanog transnacionalnog kriminaliteta. Počiniteljima krivičnih dela odgovara neorganizovanost i sporost međunarodne saradnje, teskoće u pribavljanju dokaza između pravosudnih organa različitih država, a naročito im odgovara nepriznavanje donesenih odluka, pošto na taj način oni mogu lakše zaštititi svoje interese, prikriti kriminalne aktivnosti i zadržati protivpravnu imovinsku korist.¹ Mora se priznati da pravosudna saradnja u krivičnim stvarima dobija sve veći značaj, s obzirom na frekventnost organizovanog kriminaliteta i sve veće teskoće da se on otkrije, da se prikupe dokazi i da se uspešno presudi počiniteljima opasnih i organizovanih oblika krivičnih dela. Uzajamno poverenje u pravosudni sistem jeste bitan preduslov za uspešnu pravosudnu saradnju između država koje su nastale od napora građana da se obezbedi visok nivo zaštite u oblasti slobode, bezbednosti i pravde koji se može postići samo u uslovima uspešne evropske policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Komparativne studije ukazuju na činjenicu da se međunarodna saradnja u krivičnim stvarima ne obavlja isključivo između sudskih organa, već da su u mnogim državama uključeni i administrativni i policijski organi.² Ovo je omogućeno Evropskom konvencijom za uzajamnu pravnu pomoć koja ostavlja veliku slobodu državi da odredi koje će telo biti zaduženo za pružanje pravne pomoći. U ovom kontekstu, velike su dileme da li u uslovima sveobuhvatnijeg koncepta međunarodne saradnje u krivičnim stvarima, može i dalje opstojati Evropravda i Evropol, kao različiti organi, s obzirom da su policijski uvidaji i radnje sastavni deo predistražnog postupka koji, u većini država, vodi tužilstvo.³

Prošlo je vreme kada je ova materija pripadala okvirima krivičnog procesnog zakonodavstva i bila regulisana u svega nekoliko članova ZKP-a. Komparativna iskustva ukazuju da se u svim državama regiona ova materija uređuje posebnim zakonima o međunarodnoj saradnji. Takav je primer i Republika Makedonija, koja je Zakon o međunarodnoj saradnji (u daljem tekstu: ZMS) donela 2010 godine⁴ i čija je primena odložena i vezana za početak primene novog ZKP-a (1. decembar 2013. godine).

¹ Prost, Kimberly, Breaking down the barriers: Inter-national cooperation in combating transnational crime, 1998, http://www.oas.org/juridico/mla/en/can/en_can_prost.en.html.

² Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU, <http://www.ejtn.net/PageFiles/6335/Rethinking%20international%20cooperation%20in%20criminal%20matters.pdf>

³ Ibid.

⁴ „Службен Весник на Република Македонија”, бр. 124/2010.

Prema ZMS-u, međunarodna se saradnja daje u svim krivičnim postupcima, u prekršajnom postupku, u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, Evropskim sudom pravde, Međunarodnim krivičnim sudom, a kada je to određeno međunarodnim sporazumom i u odnosu na druge međunarodne organizacije čiji je član Republika Makedonija. Međunarodna saradnja se daje u odnosu na punoljetne osobe i u postupcima prema maloljetnicima. Makedonski ZMS predviđa četiri oblika međunarode saradnje: a) međunarodna pravna pomoć, b) preuzimanje i ustupanje krivičnog gonjenja, c) ekstradicija i d) izvršenje krivične presude i transfer osuđenih osoba. Zamolnica je akt kojim se traži međunarodna pravna pomoć, a zahtev je akt koji se koristi za druga tri oblika međunarodne saradnje. Međunarodna pravna pomoć može se uskratiti ako postupanje nije u skladu sa Ustavom Republike Makedonije ili krši njezin suverenitet, sigurnost ili bezbednost, ako se odnosi na krivično delo koje se smatra za političko krivično delo, ako se odnosi na krivično delo koje se sastoji u povredi vojne dužnosti ili ako se opravdano može pretpostaviti da će osoba čija se ekstradicija traži mogla biti krivično gonjena ili kažnjavana zbog njezinog rasnog, nacionalnog ili socijalnog porekla, ili zbog političkih ili verskih ubeđenja. Druga tri oblika međunarodne saradnje mogu se uskratiti ako je za isto krivično delo protiv optuženog u Republici Makedoniji postupak obustavljen, ako je sud doneo oslobađajuću presudu, ako je osoba oslobođena kazne, ako je sankcija izvršena ili se ona ne može izvršiti, ako se protiv optuženog u Republici Makedoniji vodi krivični postupak za isto krivično delo ili ako je krivično gonjenje, izvršenje sankcije, mere bezbednosti ili zaštitne mere, apsolutno zastarelo.

S obzirom da Makedonija pretenduje da postane članica Evropske unije, postavlja se pitanje u kojoj je meri i u kojim je oblastima makedonsko zakonodavstvo usaglašeno sa evropskim *acquis communautaire* u oblasti pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, te da li postoji solidna osnova za implementaciju relevantnih okvirnih odluka. U okvirima evropskog *acquis communautaire* spadaju okvirne odluke, odluke, ugovori i *case-law* Evropskog suda pravde. Osnova evropskog *acquisa* bazira se na konvencijama Saveta Evrope, pošto su sve članice EU i članice Saveta Evrope. Međutim, postalo je jasno da ove konvencije više nisu dovoljno široke i efikasne da bi olakšali saradnju između države članice EU. S tim u vezi je Ugovorom iz Maastrichta, 1992, proširen mandat Evropske zajednice i na područje policiske i pravosudne saradnje.⁵

Polazeći od činjenice da za uspešnu pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima naročito je važno međusobno priznavanje sudskih odluka, stepen harmoniziranosti zakonodavstva i ispunjavanje institucionalnih preduslova. Upravo ovi segmenti imaju značajan uticaj na ostvarivanje principa pravne sigurnosti u EU, vladavine prava kao osnovnog principa kao i ostvarivanje principa slobode, demokratije i poštovanja ljudskih prava i sloboda.

⁵ Matti Joutsen, *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: The Search for Balance*, HEUNI Paper no. 25, 2006, www.heuni.fi.

1. Elementi pravosudne saradnje

Pravosudna saradnja u krivičnim stvarima obuhvata tri elementa: uzajamno priznavanje sudskih odluka, harmoniziranost zakonodavstva i institucionalne pretpostavke. Postojeće razlike između nacionalnih zakonodavstava i prakse evropskih država, mogu se prevazići na dva načina: A. putem uzajamnog priznanja donesenih odluka i presuda, ili B. putem harmonizacije – da države prihvate manje-više ista zakonodavna rešenja, preduslove, definicije.

1.1. Uzajamno priznavanje donesenih odluka. Pitanje opsega i preduslova za uspeh principa uzajamnog priznavanja donesenih odluka, prvi se put pokrenulo na Samitu Evropskog saveta u Kardifu.⁶ Ukazano je na značaj efikasne pravosudne saradnje u borbi protiv transnacionalnog kriminala i prepoznala se potreba da se poveća spremnost nacionalnih pravnih sistema za uzajamnu saradnju, naročito na većem međusobnom priznavanju odluka pravosudnih organa. Ovaj princip bio je predmet daljeg razmatranja na samitu u Tampereu, gde je zaključeno da uzajamno priznavanje treba postati kamen temeljac pravosudne saradnje u građanskim i krivičnim stvarima i priznavanje treba obuhvatiti ne samo presude, već i druge odluke usvojene od strane pravosudnih organa. Uzajamno je priznanje preraslo u efikasno i neizbežno sredstvo koje omogućava međunarodnu saradnju.

Prema člana 67 Ugovora za EU i EZ, visok se nivo bezbednosti može obezbediti kroz mere za suzbijanje i borbu protiv kriminaliteta, ali i kroz mere za koordinaciju i saradnju između policije i pravosudnih i drugih nadležnih organa, kao i putem međusobnog priznavanja odluka u krivičnim stvarima i, ako je potrebno, i kroz usklađivanje krivičnih zakona.⁷

Kao rezultat ovih ciljeva kreiran je Program mera za sprovođenje principa uzajamnog priznavanja odluka u kaznenim stvarima (*Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters, Official Journal of the European Communities, C12, 2001*) koji obuhvata 24 mere, podeljene u pet grupa: a) priznavanje pravosnažnih i konačnih krivičnih presuda donesenih u drugoj državi članici; *non bis in idem*; individualizacija sankcije b) izvršenje pred-sudskih naloga u pogledu pribavljanja dokaza i zamrzavanja prihoda, u odnosu na konfiskaciju i kompenzaciju žrtava; naloge za hapšenje i nezatvorske mere nadzora; odluke za pokretanje krivičnog gonjenja c) kažnjavanje: kazna zatvora, transfer osuđenih lica, novčane kazne, konfiskacija, d) odluke nakon osude, i e) evaluacija.

Ovaj EU instrument naglašava da međusobno priznanje sudskih odluka jeste usmereno ka jačanju saradnje između država-članica, ali i ka zaštiti ljudskih prava i

⁶ Cardiff Presidency Conclusions, 15-16.06.1998, ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/54315.pdf.

⁷ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 83, Volume 53, 30 March 2010.

с тим у веzi има доприноси за jaчање принципа правне сигурности у ЕУ. Међусобно се признање односи на различите фазе поступања: пре покретања кривичног поступка, у току кривичног поступка, али и у току издржавање казне, па чак и након нјезиног завршетка. Програм мера предвиђа потребу за признавање коначних судских кривичних пресуда, затим принцип *non bis in idem*, потреба о постојању одредбе за индивидуализацију кривичних санкција према карактеристикама кривичног дела и својствима његовог починиоца. Програм предвиђа и мере у односу на извршење пред-судских налога, а нарочито конфискации, проширене конфискации, мере обезбеђења предмета и заштита оштећеног. Законодавство Републике Македоније јесте усуглашено са предвиђеним мерима анализираних ЕУ инструмената: а) уставно је уређена забрана да иста особа буде два пута кривично гонјена и казнијавана,⁸ б) индивидуализација казне јесте основни принцип који обавезује суд приликом одмеравања казне и као такав детаљније је регулисан одредбама Кривичног законика,⁹ в) привремено одузимање имовине или ствари регулисани су Законом о кривичном поступку,¹⁰ д) статус и заштита оштећеног предвиђени су Кривичним закоником, е) ЗМС и Закон о извршењу санкција садрже одредбе којима се прилагођавају обавезе код ратификованих међународних инструмената, у веzi признања и извршења казни и трансфера осуђених лица, и у веzi одлука које се односе на надзор код условне казне и условног отпуста.¹¹

Како би се побољшало узajамно признавање и повећало узajамно поверење, донесен је tzv. Стокхолмски програм,¹² чији је циљ развити инструменте спровођења начела узajамног признавања у свакој фази кривичног поступка: приближавање националног процесног и материјалног права када је то потребно за побољшање међусобног повjерења и узajамног признавања; развој заједничких минималних стандарда како би се осигурала прaviчна суђења ширум ЕУ; развој и помоћ ЕУ, телима или инструментима правосудне сарадње, као што су EUROJUST и Европске правосудне мреже у казним стварима; побољшање међусобног поверења између националних правосудних система у ЕУ развјетком европске правосудне културе путем обуке и умрежавања правних практичара; праћење и спровођење усвојене ЕУ легислативе;

⁸ Члан 119, Устав на Република Македонија.

⁹ Кривичен Законик на РМ, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996; 80/1999; 4/2002; 43/2003; 19/2004; 81/2005; 60/2006; 73/2006; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 166/2012 и 55/2013)

¹⁰ Закон за кривичната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010 и 100/2012) и Закон за ратификација на Конвенција за перење пари, откривање, заплена, конфискација на имотна корист прибавена со кривично дело (*Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*), („Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/1999).

¹¹ Закон за меѓународна соработка во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр.124/2010); Закон за извршување на санкциите („Службен весник на Република Македонија“ бр.2/2006 и 57/2010); Европска конвенција за надзор врз осуђените на условна осуда и на условен отпуст, ратификована 30.03.1994; Европска конвенција за трансфер на осуђени лица со Дополнителен протокол, Службен весник на РМ, бр. 32/99.

¹² The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens, *CELEX 52010XG0504(01)*, OJ C 115, 4.5.2010.

uzimanje u obzir vanjskih aspekata EU pravosudne saradnje (npr. pregovaranje o sporazumima sa zemljama koje nisu članice EU, evaluacija pravosudnih sistema u državama koje planiraju postati članice EU).

Pobornici principa međusobnog priznavanja smatraju da harmonizacija nije potrebna ako organi država članica gaje međusobno poverenje i izvršavaju međusobne odluke, polazeći od činjenice da su sve države potpisnice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, pa se moraju pridržavati zajedničkih vrednosti na polju osnovnih ljudskih sloboda, prava i garancije u toku krivičnog postupanja i odlučivanja. U zadnjim godinama beleži se veća aktivnost u okviru evropskog *acquisa* na polju međunarodne saradnje, a znatno manja aktivnost vezana za harmonizaciju zakonodavstava.

Ne mogu se prevazići mišljenja da se principom uzajamnog priznavanja donešenih odluka znatno umanjuje značaj principa dvojne inkriminacije (*double incrimination*), što je bio vodeći princip i osnova ekstradicije i međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima desetljeća, pre nego se pojavio princip uzajamnog priznanja.¹³ Smatra se, naime, da uzajamno priznanje deluje u negativnom smislu u odnosu na nacionalno krivično pravo i krivični postupak, pošto nadležni organ države ne sme da zadire u osnovu po kojoj se traži izručenje ili uzajamno priznavanje – pitanje krivične odgovornosti, kažnjivosti i sl., već je dužan ispuniti zahtev. Favorizovanjem principa uzajamnog priznavanja donesenih odluka, relativizuju se dostignuća trećeg stuba EU.¹⁴

1.2. Harmonizacija zakonodavstva. Bitan element uspešne saradnje jeste stepen usklađenosti i harmonizacije zakonodavstva države-članice, kao izvor za povećanje međusobnog poverenja u pravosudne institucije. Usklađivanje zakonodavstva jeste preduslov i dopuna principa uzajamnog priznavanja donesenih odluka. Harmonizacija je ipak potrebna, s obzirom da se međunarodna saradnja može lakše odvijati ukoliko se, s jedne strane, eliminišu velike razlike, a, s druge strane, kreiraju se minimalni standardi u zakonodavstva države-članice. Harmonizacija označava približavanje, a ne unifikaciju zakonodavnih rešenja.¹⁵

1.2.1. Harmonizacija materijalnog krivičnog prava. Nacionalno krivično zakonodavstvo treba obuhvatiti pitanja koja se odnose na definisanje krivičnih dela i sankcija, naročito kada se radi o teškim krivičnim delima međunarodnog karaktera, tj. delima organizovanog kriminala: terorizam, trgovina ljudima, drogom i oružjem, pranje novca, korupcija, falsifikovanje novca i sajber-kriminal. U ovom smislu tre-

¹³ Detaljnije kod Kriszina Karsai, Ph.D, The principle of mutual recognition in the international cooperation in criminal matters, Collected papers, XLII 1-2/2008, 941-953, Novi Sad, 2008. Braum, Stefan, Das Princip der gegenseitigen Anerkennung, Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung, Goldammer's Arhiv, 2005/4, s. 681-699, citirano prema Karsai, op. cit., str. 941.

¹⁴ Ibid, str. 941.

¹⁵ Proces harmonizacije se produžava naročito u vezi s pitanjem zaštite finansijskih interesa EU, Joutsen, op. cit., str. 30.

baju se uzeti u obzir Akcijski plan za borbu protiv organizovanog kriminala iz 1997 godine¹⁶, Rezolucije Saveta o prevenciji organizovanog kriminala¹⁷, i Akcijski plan iz Beča iz 1999 godine¹⁸, a naročito tzv. Milenijumska strategija za prevenciju i kontrolu organizovanog kriminala¹⁹ koja sadrži uputstva i konkretne preporuke državama-članicama u pogledu jačanja prikupljanja i analize podataka o organizovanom kriminalu, sprečavajući ga da uđe u javni i privatni sektor (njegova prevencija, revidiranje i poboljšanje zakonodavstva u pogledu kontrole na nacionalnom nivou i na nivou EU, jačanje istrage, otkrivanje, zamrzavanje, zaplena i konfiskacija prihoda od kriminalnih aktivnosti i jačanje saradnje između država-članica). Evropski savet je uveren da je preduslov za oblasti slobode, bezbednosti i pravde prihvatanje inovativnog pristupa za deljenje informacija.²⁰ Posebna pažnja obraća se usklađivanju definicije krivičnih dela i kazne za razne oblike učešća u kriminalnoj organizaciji i strukturiranoj organizaciji, odgovornost pravnih entiteta u okviru organizovanog kriminala i sl.²¹ Među usvojenim okvirnim odlukama pažnju zaslužuju one koje se odnose na: zamrzavanje prihoda od krivičnog dela i dokaza,²² sprečavanje terorizma²³, uzajamno priznavanje novčanih kazni²⁴, uzajamno priznavanje naloga za konfiskaciju²⁵, borbu protiv korupcije u privatnom sektoru²⁶, kao i zaštitu sredine kroz krivični zakon²⁷. Odgovornost pravnih entiteta je naglašena i na područjima trgovine ljudima²⁸, sprečavanja seksualnog zlostavljanja dece i dečje pornografije,²⁹ jačanja kaznenog okvira za sprečavanje nedozvoljenog prelaza, tranzita i nastanjivanja³⁰ i za

¹⁶ Action plan to combat organised crime, Official Journal C 251, 15.8.1997.

¹⁷ Council Resolution on the Prevention of organised crime, Official Journal C 408, 29.12.1998.

¹⁸ Vienna Action Plan, Official Journal C19, 23.1.1999.

¹⁹ The Prevention and Control of Organised Crime: A European Union Strategy for the Beginning of the New Millennium, Official Journal C 124/1,3.5.2000.

²⁰ The Hague programme.

²¹ Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime, Journal of the European Union, L 300, 11.11.2008.

²² Council Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, Official Journal, L 196, 22.07.2003.

²³ Council Framework Decision on combating terrorism, Official Journal L 164, 22.06.2002.

²⁴ Council Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, Official Journal L 076, 22.03.2005.

²⁵ Council Framework Decision on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, Official Journal L 068, 15.03.2005.

²⁶ Council Framework Decision on combating corruption in the private sector, Official Journal L 192, 31.07.2003.

²⁷ Council Framework Decision on the protection of the environment through criminal law, Official Journal L 29, 05.02.2003.

²⁸ The Council Framework Decision on trafficking in human beings, Official Journal L 203/1, 01.08.2002.

²⁹ The Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography, 22.12.2003.

³⁰ The Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography, 22.12.2003.

trgovinu drogom.³¹ U oblasti usklađivanja obeležja krivičnih dela, nesumnjivi doprinos daje Konvencija za zaštitu finansijskih interesa EU³² i njena dva protokola³³. Definicije krivičnih dela koja se odnose na zaštitu finansijskih interesa EU, sadržane su i u projektu Corpus Juris 2000.³⁴ Prihvatanje Corpus Jurisa nesumnjivo će značiti korak ka harmonizaciji u kaznenom prostoru, posebno s obzirom da je svrha i smisao Corpus Jurisa da nadopuni domaće odredbe, a ne da ih u potpunosti zameni.³⁵ Drugi aspekt usklađivanja materijalnog krivičnog prava podrazumeva usklađivanje sankcija i uspostavljanje minimalnih pravila o kompatibilnosti sankcije, što će u velikoj meri olakšati pravosudnu saradnju. Situacija u državama-članicama pokazuje da, pored zatvora, postoje mnoge druge sankcije koje se široko koriste i postoje razlike u pogledu uvođenja sankcija i njihove primene.³⁶ EU ukazuje i na značaj alternativnih sankcija i mera³⁷ i potrebu zasmatanju osuda u toku novog krivičnog postupka.³⁸ Usklađivanje sankcija će povećati osećaj pravičnosti i verovanje da su neki oblici ponašanja neprihvatljivi i kažnjivi podjednako u svim državama-članicama. Takođe, ovaj pristup doprinosi izbegavanju mogućnosti da počinioci krivičnih dela profitiraju na račun divergentnosti i neusklađenosti između krivičnih sankcija u različitim državama-članicama EU.

1.2.2. Harmonizacija krivičnog procesnog prava. U oblasti krivičnog procesnog prava predmet interesa jesu pitanja koja olakšavaju saradnju pre zvaničnog početka postupka, u toku krivičnog postupka i nakon njegovog završetka. Međusobno priznavanje će biti lakše ako su propisana minimalna pravila koja se odnose na uzajamno priznavanje dokaza između država-članica, kojima se definišu prava optuženog u postupku, priznavanje predsudskih vanzatrovskih mera, prava žrtava, zajedničkih istražnih timova, zaštite svedoka, specijalne istražne radnje i sl. Evropska komisija je u pogledu zaštite osnovnih prava sprovela komparativno istraživanje u

³¹ Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, Journal of the European Union, L 335, 11.11.2004.

³² Convention on the Protection of the European Communities' financial interests, Council Act, 26.07.1995, OJ C 316, 27.11.1995. Stapila vo sila na 17.10.2002.

³³ OJ C 313, 23.10.1996; OJ C 221, 19.07.1997.

³⁴ Corpus juris je publikovan u aprilu 1997. godine i nema status formalnog predloga Komisije, već predstavlja istraživački izveštaj ili studiju o tome kako bi izgledalo krivično pravo i krivični postupak na nivou EU. Tekst Corpus Jurisa je dostupan na <http://www2.law.uu.nl/wiarda/corpus/engelsdx.html>.

³⁵ Simon White, Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption, Kluwer Law International, 1998, str. 185.

³⁶ Green Paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union, COM (2004)334 final.

³⁷ Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions, Journal of the European Union, L 337, 16.12.2008

³⁸ Council Framework Decision 2008/675/JHA of 24 July 2008 on taking account of convictions in the Member States of the European Union in the course of new criminal proceedings, Journal of the European Union, L 220, 15.08.2008

državama-članicama³⁹ i pripremila Zelenu knjigu o proceduralnim garancijama za osumnjičene i optužene u državama-članicama EU.⁴⁰ Sud pravde je zauzeo stanovište da Evropska zajednica ne sme zanemarivati ljudska prava koja su zaštićena na nacionalnom nivou,⁴¹ kao i da su fundamentalna ljudska prava integralni deo opštih principa po kojima sud odlučuje.⁴² Kao rezultat napora za harmonizacijom proceduralnog položaja osumnjičenih, optuženih i osuđenih na teritoriji EU, Evropska komisija je predložila usvajanje Okvirne odluke o određenim proceduralnim pravima u krivičnom postupku u EU,⁴³ koja ima za cilj da naglasi značaj garancije koje čine pravo na pravično suđenje: pristup advokatu, pravo da bude obavješten o prirodi i razlozima optužbe, pravo na prevođenje i tumačenje kako bi okrivljeni mogao aktivno da učestvuje u postupku. Da bi se osigurala kompatibilnost između pravnih sistema država-članica, izrađen je Okvirni program “Osnovna prava i pravедnost”.⁴⁴ Harmonizacija krivičnog procesnog prava, po mišljenju Evropske komisije, mora da se nastavi, posebno u odnosu na prikupljanje dokaza, prezumpciju nevinosti i suđenja u odsustvu. Zelena knjiga o prezumpciji nevinosti⁴⁵ ima za cilj da utvrdi da li postoji ujednačeno shvatanje značaja prezumpcije nevinosti, šta se podrazumeva pod tim i koja prava proizlaze iz ove prezumpcije. Pitanje prikupljanja dokaza je jedno od ključnih pitanja koja se odnose na efikasnost postupanja i uzajamnog priznavanja odluka. Evropska komisija je sprovedla komparativnu studiju zakonodavstva u pogledu dokaza u krivičnim postupcima u Evropskoj uniji.⁴⁶ Studija je pokazala da postoje velike razlike između država-članica u odnosu na status izjava koje je dao osumnjičeni, a koje su predmet elektronskog snimanja, njihove dokazne vrednosti na sudu, da li osumnjičeni dobija kopiju zapisnika ili ne i sl. Naime, razlike postoje u pogledu mogućnosti da se koriste dokazi dobijeni povredom proceduralnih pravila. U nekim državama su dozvoljeni, ako su u javnom interesu, ili je ostavljeno sudu da proceni da li da taj dokaz prihvati ili ne, neki dokazi su dozvoljeni samo u slučaju krivičnih dela kažnjivih doživotnom kaznom zatvora, a u najvećem broju država ovakvi dokazi nisu uopšte dozvoljeni. Status alternative na pritvor pre suđenja je pitanje koje je u više navrata bilo predmet interesovanja i analiza. Zelena knjiga o uzajamnom priznavanju vanzatsvorskih presudskih mera⁴⁷ ukazuje na limitirano

³⁹ Consultation paper, JHA, januari 2002, http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm.

⁴⁰ Consultation paper, JHA, januari 2002, http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm.

⁴¹ *Stauder v City of ULM*, case 29/69, ECR 419.

⁴² *Nold v Commission*, 1974, ECR 491, para 13.

⁴³ Proposal for a Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union, COM (2004) 328 final, Brussels, 28.04.2004.

⁴⁴ Framework Programme “Fundamental Rights and Justice” under the new Financial Perspective, 2005.

⁴⁵ Green paper - The Presumption of Innocence, COM (2006) 174 final, Brussels, 26.04.2006.

⁴⁶ Study of the laws of evidence in criminal proceedings throughout the EU, The Law Society, Summary Report, October, 2004.

⁴⁷ Green paper on mutual recognition of non-custodial pre-trial supervision measures, COM (2004) 562 final, 17.08.2004.

korišćenje pritvora u predsudskoj fazi, kao izuzetne mere, a naglasak se stavlja na vanzatsvorske mere nadzora. U okvirima ovih pitanja važna je i Okvirna odluka o međusobnom priznavanju mera nadzora kao alternative pritvora.⁴⁸ Okvirna odluka o zamrzavanju imovine proistekle iz krivičnog dela je korak napred u primeni principa uzajamnog priznavanja odluka, dok još uvek nije zvanično pokrenut kazneni postupak.⁴⁹ Međusobno priznavanje dokaza postaje aktuelno u okvirima ideja o uvođenju Evropskog javnog tužioca. Naime, Zelena knjiga o zaštiti finansijskih interesa Unije i uspostavljanje Evropskog javnog tužioca (EJO)⁵⁰, ima za cilj da pokaže da će postojanje EJO i centralizovano upravljanje otkrivanja i gonjenja krivičnih dela, doprineti da Zajednica obezbedi efikasnu i adekvatnu zaštitu finansijskih interesa, sprečavanje uništenja dokaza i nestanka osumnjičenih. Da bi se olakšalo prikupljanje dokaza, usvojena je posebna Okvirna odluka koja pomaže u odnosu na dobijanje predmeta, dokumenata i podataka za potrebe krivičnog postupanja.⁵¹ Princip *non bis in idem* izaziva pažnju, s obzirom da se ono tradicionalno shvata kao domaći ustavni ili zakonski princip. EU već duže vreme razvija tezu o neophodnosti prihvatanja i poštovanja principa *non bis in idem* i van državnih granica. Ovim doprinosi Konvencija o dvojnomo kažnjavanju.⁵² Smisao ovog principa sastoji se od dva elementa: a) niko ne može biti dva puta gonjen za isto delo (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*), i b) niko ne može biti dva puta kažnjen za isto delo (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*). Obim principa *non bis in idem* analiziran je u posebnoj Zelenoj knjizi o sukobu nadležnosti i načela *non bis in idem* u krivičnom postupku.⁵³ Zabrana za dvostruko gonjenje i kažnjavanje je veoma važan princip krivičnog procesnog prava, koji ima i ustavni rang s obzirom da jača pravnu sigurnost građana i onemogućava višestruko gonjenje i suđenje koje bi bilo nepravedno i značilo bi sigurnu povredu prava i slobode okrivljene i osuđene osobe. Princip *non bis in idem* je obavezan u Schengen zoni i prema Konvenciji o sprovođenju Schengen sporazuma.⁵⁴ Jedna država-članica može odstupiti od načela *non bis in idem* u sledećim

⁴⁸ Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention, Journal of the European Union, L 294, 11.11.2009.

⁴⁹ The Council Framework Decision on the execution of orders freezing property or evidence, OJ L 196, 02.08.2003.

⁵⁰ Green Paper on Criminal - Law Protection of the Financial Interests of the Community and the Establishment of a European Prosecutor, Brussels, 11.12.2001, COM (2001) 715 final.

⁵¹ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matter, Journal of the European Union, L 350, 30.12.2008.

⁵² Convention between the Member States of the European Communities on double jeopardy, 25.05.1987.

⁵³ Green paper on conflict of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings, COM (2005) 696 final, Brussels, 23.12.2005.

⁵⁴ Convention Implementing The Schengen Agreement, 14.06.1985, Official Journal of the European Communities, 22.9.2000. Convention signed in Schengen on 19 June 1990 Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 (CISA), Chapter III, Articles 54-58, Application of the ne bis in idem

слučајевима: a) када су се радње на којима се односи страна пресуда у целини или у великој мери предузеле на њеној територији; b) ако радње чине оbeležja кривичног дела против националне безбедности или других битних интереса државе; c) када су радње предузете од стране њених службених особа. Македонско законодавство је у потпуности усуглашено у односу на имплементацију принципа *non bis in idem*.⁵⁵ Ово начело је уставно регулисано. Устав РМ предвиђа да се ником не може судити за кривично дело за које је већ био суђен и осуђен правоснажном судском одлуком. Ова је уставна одредба наишла на даљу разраду и конкретизацију одредбама Закона о кривичном поступку. Постоји делимична усклађеност са чланом 35 ст. 2 и 3 Закона о потврђивању Европске конвенције о преносу кривичних поступака у смислу да држава није дужна признати забрану за двојно гонење и кажњивање, ако је кривично дело за које је спроведено суђење почињено према особи, установи или имовини, који имају јавни карактер или ако особа којој се судило има неко посебно својство, осим у случајевима када је држава сама захтевала да се такво суђење спроведе.⁵⁶ Такве резерве не постоје када је у питању поштовање ове забране у складу са чланом 56 тзв. Шенген конвенције. Наиме, мера притвора, лишење слободe у току екстрадицијског поступка или мера безбедности које се састоје у лишењу слободe које је починио издржао, према пресуду страног суда урачунавaju се у казну коју буде одредио домаћи суд за исто кривично дело, а ако санкције нису исте врсте, урачунавaње обавља домаћи суд по властитој процени. Уједно, предвиђено је да када се на основу ратификованих међународних уговора кривична санкција одређена у иностранству извршава у Македонији, примeњују се одредбе које се односе на условни отпуст, рeхaбилитацију, застарелост, амнестију или помиловање.

Виктимолошки аспекти кривичног правосуда су, такође, проблем на који се обраћа пајња у оквиру ЕУ.⁵⁷

1.2.3. Институционалне претпоставке за правосудну сарадњу.

Међународни контакти на тужилачком нивоу су изузетно битни, с обзиром на надлежности које има тужилаштво у различитим државама- чланицама да гони починиоце кривичних дела и да руководи предистражним и истражним поступком. Институционалне претпоставке омогућавају чеšће и лакше контакте и успешнију међусобну сарадњу

Principle, OJ L 239 of 22.9.2000, p. 19).

⁵⁵ Устав на Република Македонија (“Службен Весник на Република Македонија ” бр.52/1991, 91/2001); Закон за кривичната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 150/2010 и 100/2012); Кривичен Законик на РМ, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996; 80/1999; 4/2002; 43/2003; 19/2004; 81/2005; 60/2006; 73/2006; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 166/2012 и 55/2013); Закон за меѓународна соработка во кривичната материја, („Службен весник на Република Македонија”, бр. 124/2010).

⁵⁶ Закон за ратификација на Европската конвенција за пренос на казнените постапки, („Службен весник на Република Македонија“, бр. 49/2004)

⁵⁷ Council Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings, 2001/220/JHA, 15 March 2001, Official Journal of the European Communities, L 82, 22.03.2001.

tužiteljstva, koja se ostvaruje putem: Evropske kancelarije za saradnju u oblasti pravosuđa (*Eurojust*),⁵⁸ Evropske pravosudne mreže (*European Judicial Network - EJN*)⁵⁹, Mreže pravosudnih saveta⁶⁰, Evropske mreže vrhovnih sudova,⁶¹ Evropske mreže za sudijsko obrazovanje,⁶² Evropske mreže kontakt osoba za restorativnu pravdu,⁶³ Evropske mreže za kriminalnu prevenciju⁶⁴ i sl.

2. Ocena harmonizovanosti makedonskog zakonodavstva

S obzirom da se harmonizacijom promovira prihvatanje principa uzajamnog priznavanja, važno je oceniti da li je makedonsko zakonodavstvo usklađeno sa zahtevima evropskog *acquisa*. EU ne insistira na potpunom ujednačavanju zakona u okvirima pravosudne saradnje, već ukazuje na potrebu kombinovanja i prilagođavanja različitih elemenata jednih drugima, kako bi oni prerasli u koherentnu celinu koja će imati svoj identitet. Da bi se ovo postiglo, važno je u domaćem zakonodavstvu ugraditi mehanizme kako bi se obezbedila nesmetana saradnja između država i njihovih pravosudnih organa, kako bi se onemogućili sukobi nadležnosti i uskraćivanje važnosti preuzetih procesnih radnji i donetih odluka. Evropski *acquis*, vezano za Poglavlje br. 24 – aspekt koji obuhvata saradnju u krivičnim stvarima fokusira se na nekoliko ključnih aspekata: princip uzajamnog priznavanja, evropski nalog za hapšenje i prava procesa izručenja osumnjičenih i okrivljenih u krivičnom postupku, zaplena, zamrzavanje imovine i kazne, zabrana dvostrukog gonjenja i kažnjavanja (*non bis in idem*), saradnja sa Eurojustom (*Eurojust*), međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima, zajednički istražni timovi (*JIT's*), mreža saradnje u krivičnim stvarima (*EJN*), sporazum o pravosudnoj saradnji između EU i drugih država, podaci iz kaznene evidencije i položaj žrtava u krivičnom postupku.

S obzirom da Republika Makedonija ima kandidatski status, ocena usaglašenosti zakonodavstva se ne može ceniti u odnosu na mreža saradnje u krivičnim stvarima (*EJN*), sporazum o pravosudnoj saradnji između EU i drugih država i podaci iz kaznene evidencije, pošto se regulative odnose samo na države-članice, a treba se uzeti u obzir činjenica da je i u drugim segmentima domaće zakonodavstvo delimično usaglašeno u odnosu na obaveze koje se odnose isključivo na države članice EU.

⁵⁸ www.eurojust.eu.int/. Delovnikot za rabota e objaven vo OJ C 286/1, 22.11.2002.

⁵⁹ European Judicial Network - EJN, pove}e informacii se dostapni na <http://www.ejn-crimjust.eu.int/> ili na http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/criminal/network/fsj_criminal_network_en.htm

⁶⁰ Network of the Councils for the Judiciary, <http://195.55.151.16/encj/GetRecords?Template=web/home>.

⁶¹ European network of Supreme Courts.

⁶² European Judicial Training Network, www.ejtn.net/www/en/html/index.htm.

⁶³ European network of contact points for restorative justice, OJ C 242, 08.10.2002.

⁶⁴ European crime prevention network, OJ L 153, 08.06.2001.

2.1. Међународна правна помоћ у кривичним стварима

Ovaj oblik међународне сарадње је веома важан, с обзиром на чињеницу да се кривична одговорност, суђење и кањжаванје, заснивају на постојању адекватних доказа релевантних за доношење основане и законите тужилачке и судске одлуке. Дуг је био пут развоја овог начина за међународну сарадњу од конвенције Савета Европе до најновије инструменте ЕУ.⁶⁵ Оцена доказа јесте најважнији сегмент функционисања кривичноправних система. Узajамна помоћ се дефинише као процес путем којег државе траже и обезбјеђују помоћ у прикупљању доказа у кривичним поступанја од предистражног поступка до поступка правних лекова.⁶⁶ Међународна правна помоћ обухвата широку леpezу могућих процесних радњи и омогућава превазилажење легислативних баријера, с циљем успешне борбе против организованог криминалитета. С обзиром на различите правне традиције и норме, могуће је да се у оквиру међународне сарадње у кривичним стварима појави проблем разићитих процесних решења, форма преузимања радње и употребљивост резултата страних доказних радњи.⁶⁷

Potrebu да се ова област регулише установио је Савет Европе и већ 1959. године doneo Конвенцију о узajамној помоћи у кривичним стварима.⁶⁸ Циљ конвенције јесте да се поједностави и убрза узajамна помоћ елиминисањем услова и разлога за одбијање пружања узajамне помоћи.

Materija узajамне правне помоћи у кривичним стварима може се оцити као solidно усклађена, због чињенице да је Република Македонија потписала и ратификовала све акте Савета Европе којима се регулише питање међународне правне помоћи - Конвенција о узajамној правној помоћи у кривичним стварима са њеним протоколима (*Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters and its protocols*).⁶⁹ Управо се на овим актима базира и релевантни ЕУ инструмент - Заједничка акција за добру праксу у међусобној правној помоћи у кривичним стварима (*Joint Action 98/427/JHA of 29 June 1998 on Good Practice in Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*) и ЕУ Конвенција о међусобној помоћи,⁷⁰ која допуњава Конвенцију Савета Европе, па umesto само „добре праксе” развија међусобну помоћ и у оквирима истражних радњи и активности, spontanog достављања података, слања захтева путем електрон-

⁶⁵ Detaljnije kod Frank Meyer, Cooperation in Criminal Matters, <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/meyer/seminare/unterlagen/CooperationinCriminalMatters.pdf>

⁶⁶ Prost, op. cit.

⁶⁷ Крапас, Davor, Међународна казненoправна помоћ, Увод у теорију међународне казненoправне помоћи, Народне новине д.д., Загреб, 2006, стр. 106; Prost, op. cit., III/5(a).

⁶⁸ European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Council of Europe, 1959.

⁶⁹ Службен весник на Република Македонија“ бр.32/99 и Втор дополнителен протокол кон Конвенција за меѓусебна правна помош во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр. 44/03).

⁷⁰ Mutual Assistance Convention, 29.05.2000.

ske pošte, ispitivanja putem videokonferencije i telefonske konferencije, zajednički istražni timovi, prisluškivanje i sl.⁷¹ Ova Konvencija predviđa da se država od koje se traži međunarodna pravna pomoć mora pridržavati formalnosti i procedura koje traži država koja je uputila zahtev. Zahtev se može odbiti samo ako je suprotan fundamentalnim principima prava države kojoj je zahtev upućen.

S obzirom na činjenicu da su sve države članice EU jednovremeno i članice Saveta Evrope, može se proceniti da neće biti nikakvih problema za uspešnu uzajamnu saradnju na bilateralnom, multilateralnom i evropskom nivou sprovođenja međunarodne pravne pomoći. Prema Ustavu Republike Makedonije, ratifikovani međunarodni ugovori su deo unutrašnjeg pravnog poretka i ne mogu se menjati zakonom. Ipak je Republika Makedonija otišla korak dalje, pa je veliki deo relevantnih rešenja uklopila u ZMS iz 2010 godine.⁷² Naime, međunarodna pravna pomoć daje se putem zamolnice. Obim međunarodne pravne pomoći obuhvata: procesne radnje u vezi dostavljanja spisa, dokaza ili predmeta, dostavljanje spontanijih informacija, razmenu informacije i iskustva, prekogranični monitoring, kontrolisanu isporuku, zajedničke istražne timove, korišćenje lica prikrivenog identiteta, sleđenje komunikacija, ispitivanje putem video ili telefonske konferencije, pretres prostorija i osoba, privremeno zamrzavanje, zaplena ili zadržavanje fondova, bankarskih smetnji ili finansijskih transakcija, konfiskacija imovine i imovinske koristi, oduzimanje predmeta i sl.

2.2. Proceduralna prava osumnjičenih i optuženih u krivičnom postupku

Proceduralna prava u krivičnom postupku dobivaju na značaju u zadnjih nekoliko godina i na području EU legislative. Sve su države članice EU i potpisnici Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja se smatra za fundamentalni instrument koji uspostavlja bazične standarde za proceduralna prava osumnjičenih i optuženih osoba. I pored ove činjenice, još uvek se čeka na donošenje predloga Okvirne odluke za proceduralna prava u krivičnom postupanju na EU područje. Očigledno je da ne postoji dovoljno političke volje da se ova odluka donese i počne primenjivati. Upravo zbog ovakve situacije koja traje bezmalo deset godina, javile su se dileme da li EU više vodi računa o efikasnosti postupanja, a zapostavlja aspekt povezan za zaštitu ljudskih prava i proceduralne garancije.⁷³ Ove su se dileme pojavile nakon analize da dominira punitivni pristup: sve je više EU odluka povezanih za inkriminisanje novih oblika krivičnih dela, propisivanje sve teže i dugotrajnije krivične sankcije, proširenje policijske nadležnosti i sve manju sudsku kontrolu, a dosta je manji broj odluka povezanih za proceduralne garancije.

Kako bi ispunila obavezu prema The Hague Programme, EU je finansirala projekat čiji je rezultat studija o proceduralnim pravima u krivičnom postupku u

⁷¹ Joutsen, op. cit., стр. 19-20.

⁷² Службен весник на Република Македонија“, бр.124/2010.

⁷³ Detaljnije Joutsen, op. cit., str. 35 i 38.

državama-članicama EU.⁷⁴ Nakon nekoliko godina sprovedena je nova studija o proceduralnim pravima i garancijama.⁷⁵ Studija je obuhvatila četiri osnova prava: pravo da bude informisan za optužbe i za proceduralna prava u toku postupanja, pravo da dobije pravnu pomoć, pravo na besplatnu pravnu pomoć i pravo na prevođenje i interpretaciju, a uključena je i analiza petog segmenta – Evropski nalog za hapšenje i princip uzajamnog priznavanja donesenih odluka. Rezultati su pokazali da postoje velike razlike u nacionalnim zakonodavstvima EU države: u nekih država pravo na šutnju nije zakonski predviđeno; u drugih država nije regulisano pitanje uvida u spise; razlikuje se praktična primena prava osumnjičenog da kontaktira advokata – negde je to moguće pre prvog policijskog saslušanja, negde kasnije u toku istražnog postupka; razlike postoje i u odnosu na zakonsku obavezu da se osumnjičeni obavesti da ima pravo na prevod i interpretaciju – u nekih država ovo pravo nije uopšte zakonski regulisano; u šest EU država nije regulisano pravo da osumnjičeni bude obavešten da ima pravo da ispituje svedoke mada je ovo jedno od fundamentalnih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima; pravo na besplatnu pravnu pomoć regulisano je u svim državama, ali postoje velike razlike u njegovoj implementaciji i u odnosu na finansijska sredstva koja su namenjena za ostvarivanje ovog prava; dok je pravo na tumačenje (u toku postupanja) regulisano u svim zakonodavstvima država EU, razlike postoje u odnosu na pravo na provođenje dokumenata, koje ne postoji u pet država. Što se tiče proceduralnih prava u odnosu na instrumente kojima se obezbeđuje uzajamno priznavanje, studija je pokazala da postoji najveća usaglašenost u primeni Evropskog naloga za hapšenje, a znatno manje mogućnosti za nesmetanu primenu ostalih instrumenata uzajamnog priznavanja.

Proceduralna prava osumnjičenih i optuženih osoba u vezi s radnjama koje se preuzimaju u toku krivičnog postupanja, postaju bitan segmenat novije EU regulative: a) Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta od 22.05.2012. o pravu da bude informisan za krivična postupanja br. 2012/13/EU (*Directive 2012/13/EU of the European Parliament and the Council of 22.05.2012 on the right to information in criminal proceedings (OJ L142/1 01.06.2012)*) i b) Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta od 20.10.2010 o pravu usmenog i pismenog prevođenja u krivičnom postupku (*Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26/10/2010*).

Povodom prvog EU instrumenta, može se zaključiti da je domaće zakonodavstvo u potpunosti usklađeno, s obzirom na pravovremenu informaciju o pravima osumnjičenog i optuženog, bilo u policiji pre početka krivičnog postupka i u toku krivičnog postupka u pogledu aspekata koji se odnose na izveštavanje o optužbi. Deo

⁷⁴ T.N.B.M. Spronken and M. Attinger, *Procedural Rights in criminal proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union*, funded and published by the European Commission, 12 December 2005, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3891>.

⁷⁵ Taru Spronken, Gert Vermeulen, Dorris de Vocht, Laurens van Puyenbroeck, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings, Justice Freedom and Security*, 2009, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=16315>.

ovog instrumenta u odnosu na Evropski nalog za hapšenje je neprimenjiv, dok RM ne postane članica EU. Što se tiče drugog instrumenta, prava osumnjičenih i okrivljenih lica na usmeni i pismeni prevod u toku krivičnog postupka, u najvećoj meri su obezbeđena Zakonom o krivičnom postupku iz 2010. Okrivljeni, žrtva, privatni tužioci, svedoci i drugi učesnici koji govore službeni jezik koji nije makedonski, imaju pravo da u toku krivičnog postupka koriste svoj jezik i pismo. Stranke, svedoci i učesnici u postupku imaju pravo na besplatnu pomoć tumača ili prevodioca. Sud čini bitnu povredu ZKP-a kada je prekršio odredbe o korišćenju jezika. U toku policijskog postupanja i u toku preuzimanja policijskih ovlašćenja, policijski službenik mora odmah obavestiti osobu na jeziku koji ona razume, o razlozima pozivanja, privođenja ili hapšenja.⁷⁶ Nedovoljna usaglašenost postoji u odnosu na sledeće aspekte: a) ne postoji izričita obaveza da se osoba lišena slobode pismeno obavesti o pravima; b) mogućnost da sud obezbedi prevodioca koristeći komunikacijsku tehnologiju – putem video-konferencije, telefona ili putem interneta. Dok RM ne postane država-članica EU, ne mogu se usaglasiti sledeća pitanja: a) prevod u toku sprovođenja Evropskog naloga za hapšenje, i b) obaveza da prevodioci i tumači poštuju poverljivost usmenog i pismenog prevoda u skladu sa analiziranom Direktivom.

2.3. Položaj žrtava

EU direktive posebnu pažnju posvećuju položaju žrtve. U tom smislu, domaće zakonodavstvo se treba usaglasiti sa Okvirnom odlukom Evropskog saveta o položaju žrtava u krivičnom postupku (*Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings, OJ L82 of 22.03.2001, p. 1*) i Direktivom Saveta o kompenzaciji žrtava krivičnih dela (*Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victim*).

Odredbe o položaju žrtava i mogućnosti kompenzacije sadržane su u više domaćih zakonskih odredbi. Postoji legislativna usaglašenost sa Okvirnom odlukom o položaju žrtve u krivičnom postupku, a odnosi se na jasnu definiciju žrtve i postupak medijacije u krivičnim stvarima. Detaljno su regulisana prava žrtava u pogledu njihovog učešća u postupku i mogućnost dostavljanja dokaza. Postoji usaglašenost i u pogledu individualnih prava ranjivih žrtava i posebna prava žrtava krivičnih dela protiv polne slobode i polnog morala. Deo EU instrumenta koji zahteva regulisanje posebnog režima o zaštiti svedoka, u potpunosti je usklađen u nacionalnom zakonodavstvu Zakonom o krivičnom postupku i Zakonom o zaštiti svedoka.⁷⁷ Isti nivo usklađenosti postoji i kod mogućnosti koje pruža Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći

⁷⁶ Закон за полиција („Службен весник на Република Македонија“ бр.114/2006), Закон за Академијата за судии и јавни обвинители („Службен весник на Република Македонија“ бр. 88/2010; 166/2012 и 26/2013), Закон за судовите („Службен весник на Република Македонија“ бр.58/2006; 62/2006; 35/2008 и 150/2010).

⁷⁷ Закон за заштита на сведоци („Службен весник на Република Македонија“ бр. 38/2005 и 58/2005).

i domaćeg zakonodavstva koje se odnosi na postupak medijacije.⁷⁸ Međutim, postoji delimična usaglašenost u vezi postojanja posebnih službi i agencija za podršku žrtve za pravnu pomoć i davanje saveta, kao i za obaveštenje žrtve o ishodu postupka. Makedonsko nacionalno zakonodavstvo nije usaglašeno sa zahtevima drugog EU instrumenta u odnosu na kompenzaciju žrtava i neophodno je donošenje posebnog zakona o državnom Fondu za obeštećenje žrtava. Potrebno je uložiti dopunske napore i organizovati obuku i radionice, koji bi pomogli ka podizanju svesti kod svih sudionika krivičnog postupka u odnosu na položaj žrtve i potreba da se njezin položaj u toku krivičnog postupka znatno poboljša. Neusaglašenost postoji i u odnosu na postojanje posebnih objekata (*safe houses*) za smeštaj žrtve pre suđenja, kako bi se onemogućila njihova sekundarna viktimizacija. Kada RM postane članica EU, moći će da koristi mreže za zaštitu žrtava, kao i uspostavljanje i održavanje odnosa između organizacija za pomoć žrtvama.

2.4. Konfiskacija, zamrzavanje imovine i novčane kazne

Suzbijanje i borba protiv organizovanog kriminaliteta, koji ima transnacionalne karakteristike, stvorili su potrebu međusobnog priznavanja donesenih odluka u odnosu na posebne mere kojima se onemogućava da počinitelj zadrži nezakonitu imovinsku korist koju je stekao putem kriminalne aktivnosti. S pravom se ocenjuje da je kriminalitet postao biznis i da je profit glavni motiv kriminalnih radnji.⁷⁹ Mogućnost da se oduzme nezakonito stečena imovinsku korist i da se sprovodi mera konfiskacije, novijeg su datuma, s obzirom na dugogodišnje napore za otkrivanje i suzbijanje kriminalnih aktivnosti. Evropska unija je identifikovala dva prioriteta područja za međusobnu saradnju, pa pored ekstradicije druga je oblast priznavanje predsudskih odluka, u koje se ubrajaju odluke vezane za obezbeđenje dokaza i oduzimanje/konfiskaciju nezakonito stečene imovine.⁸⁰ Kako ne bi bilo zabune, relevantni instrumenti koji regulišu ovo područje, sadrže i definiciju pojmova kako bi se olakšalo uzajamno priznavanje donesenih odluka.⁸¹

Ova se oblast u EU reguliše sa nekoliko dokumenata: Okvirna odluka o konfiskaciji prihoda, sredstava i imovine stečenih putem kriminalne aktivnosti (*Council Framework Decision, of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property*); Okvirna odluka o pranju novca, identifikaciji, praćenju, zamrzavanju, zapleni i oduzimanju sredstava i prihoda od kri-

⁷⁸ Закон за бесплатна правна помош („Службен весник на Република Македонија“ бр. 161/2009 и 185/2011); Закон за медијација („Службен весник на Република Македонија“ бр.60/2006; 22/2007 и 114/2009).

⁷⁹ Prost, op.cit.

⁸⁰ Joutsen, op.cit., стр. 21.

⁸¹ Detaljnije kod Jodie Blackstock, EU Criminal Procedure A general defence practitioner's guide, JUSTICE publication, 2011, str. 23-35, <http://www.justice.org.uk/data/files/resources/296/EU-Criminal-Procedure.pdf>

minala, (*Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime*); Odluka Saveta o saradnji između agencije za upravljanje oduzetom imovinom, praćenje i identifikaciju stečene imovine ili druge imovine povezane sa kriminalnim aktivnostima (*Council Decision 2007/845/JHA of 6 December 2007 concerning cooperation between Asset Recovery Offices of the Member States in the field of tracing and identification of proceeds from, or other property related to, crime*); Okvirna odluka o primeni principa uzajamnog priznavanja naloga o konfiskaciji (*Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders*); Okvirna odluka o izvršenju naloga o zamrzavanju imovine i dokaza u EU (*Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence*); Okvirna odluka o primeni principa uzajamnog priznavanja novčanih kazni, (*Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties*).

Novina u makedonskom kaznenom zakonodavstvu su odredbe koje regulišu proširenu konfiskaciju. Prema odredbama Krivičnog zakonika i Zakona o krivičnom postupku, počinitelj krivičnog dela počinjenog u okviru zločinačkog udruženja, čiji je cilj ostvarivanje nezakonite imovinske koristi i za koje je propisana kazna od najmanje četiri godine zatvora, kao i krivično delo povezano sa terorizmom u članovima 313, 394-394-b, 394-c i 419, za koje je propisana kazna od pet ili više godina, ili u vezi sa krivičnim delom pranja novca za koje je propisana kazna od najmanje četiri godine, biće podložan konfiskaciji imovine stečene u periodu od maksimum pet godina pre izricanja presude, kada na osnovu svih okolnosti koje je sud utvrdio proizlazi da imovina višestruko prevazilazi zakonski prihod počinioca i da imovina proizlazi iz navedenih krivičnih dela. Krivično zakonodavstvo je usklađeno i u vezi s konfiskacijom direktnih i indirektnih prihoda od kriminala (novac, pokretne ili nepokretne stvari, svaka svojina, imovina ili aktiva, materijalna i nematerijalna prava i sl.)⁸² Nacrt Zakona o upravljanju oduzetom imovinom, приходима i oduzetim predmetima u krivičnom i prekršajnom postupku je dobar temelj za sprovođenje EU

⁸² Krivičen Zakonik na RM, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996; 80/1999; 4/2002; 43/2003; 19/2004; 81/2005; 60/2006; 73/2006; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 166/2012 и 55/2013); Закон за кривичната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010 и 100/2012); Закон за меѓународна соработка во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр.124/2010), Закон за ратификација на Конвенција за перење пари, откривање, заплена, конфискација на имотна корист прибавена со кривично дело (*Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*), („Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/1999); Конвенција за меѓусебна правна помош во кривичната материја со дополнителен протокол (Службен весник на Република Македонија“ бр.32/99); Втор дополнителен протокол кон Конвенција за меѓусебна правна помош во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр. 44/03); Конвенција на Обединетите нации против транснационионалниот организиран криминал („Службен весник на Република Македонија“ бр.70/2004.

mera, koje traže da svaka država-članica ima agenciju koja će upravljati oduzetom i konfiskovanom imovinom, da takve agencije međusobno sarađuju i razmenjuju podatke.⁸³ Što se spontanijih informacija tiče, ZMS omogućava razmenu spontanijih informacija pod uslovima reciprociteta, a bez prethodne zamolnice. Što se tiče priznavanja novčanih kazni, potrebno je pokretanje postupka za potpisivanje i ratifikaciju Konvencije Saveta Evrope o međunarodnoj važnosti krivičnih presuda (*ETS 070*), s obzirom da Konvencija o transferu osuđenih osoba pokriva pitanja međusobnog priznavanja i transfer osoba osuđenih na zatvorsku kaznu.

2.5. Saradnja sa Evropravdom (*Eurojust*)

Saradnja sa Evropravdom jeste predmet regulisanja Odluke Saveta, kojom se formira Evropravda sa ciljem ojačanje borbe protiv organizovanog kriminala (*Council Decision 187/2002/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*) i nekoliko odluka kojima se menja i dopunjava ova odluka: Odluka Saveta iz 2003 za promenu Odluke 2002/187/JHA (*Council Decision 2003/659/JHA of 18 June 2003 amending Decision 2002/187/JHA setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*) i Odluka Saveta iz 2008. o jačanju Evropravde i promena Odluke Saveta 2002/187/JHA (*Council Decision 2009/426/JHA 16 Dec 2008 (OJ L 138, 4.6.2009) on the strengthening of Eurojust and amending Council Decision 2002/187/JHA setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*).

S ciljem da se olakšaju uslovi za saradnju sa Evropravdom, Republika Makedonija je 2009. potpisala Sporazum o saradnji sa Evropravdom. Kao rezultat ovog sporazuma, u junu 2011. nominovani su predstavnik javnog tužilaštva za organizovani kriminalitet i predstavnik iz Ministarstva pravde kao *contact points* za saradnju sa Evropravdom.⁸⁴ S obzirom da je zaštita ličnih podataka veoma bitan preduslov za uspešnu saradnju sa Evropravdom, po ovom pitanju postoji usaglašenost, jer je Republika Makedonija ratifikovala Konvenciju o zaštiti osoba u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka i usvojila poseban Zakon o zaštiti ličnih podataka.⁸⁵ Što se tiče inkriminisanja krivičnih dela za koja je nadležan Evropol, da u svakom trenutku preuzima aktivnosti i mere u skladu sa članom 2 Konvencije o Evropolu, od 26.07.1995, u Krivičnom zakoniku Republike Makedonije predviđena su sledeća krivična dela: zloupotreba ličnih podataka; oštećenje i neovlašćeni ulazak

⁸³ Предлог закон за управување со конфискуван имот, имотна корист и одземени предмети во кривична и прекршочна постапка, Министерство за правда на РМ, www.pravda.gov.mk.

⁸⁴ Договор за соработка меѓу Република Македонија и ЕВРОПРАВДА (EUROJUST) (Службен весник на РМ бр.51/09).

⁸⁵ Конвенција за заштита на лица во однос на автоматска обработка на лични податоци („Сл. Весник на Р.Македонија“ бр.7 од 01.02.2005 година); Закон за заштита на личи податоци („Сл. Весник на Р.Македонија“ бр.7/05, од 01.02.2005 година, 103/08 од 19.08.2008 и 124 од 20.09.2010 година).

u računarski sistem; izrada i unošenje virusa; računarske prevare; računarski falsifikati; prevara; prevara kupca; prevara u dobijanju kredita ili druge koristi; prevara u poslovanju hartijama od vrednosti i udela; carinska prevara; davanje i primanje mita; protivzakonito posredovanje; zloupotreba službenog položaja i ovlašćenja; prevara na štetu fondova Evropske zajednice, pranje novca i drugih prihoda od kriminala; krivična dela protiv životne sredine).⁸⁶

2.6. Evropski nalog za hapšenje i ekstradicija

Ekstradicija je najstariji oblik međunarodne saradnje⁸⁷, koja je osobito dobila na značaju u zadnjih pedeset godina. Savet Evrope je još daleke 1957. godine doneo Konvenciju o ekstradiciji, kako bi se omogućilo izručenje optuženih između država članica Saveta Evrope. Dvojna kažnjivost (identitet normi) je preduslov za uspešnu ekstradiciju i u mnogim slučajevima predstavlja njen kamen spoticanja.⁸⁸ Najveći je broj ekstradicija je ostao neuspešan zbog tzv. tehničkog pristupa shvatanju dvojne kažnjivosti, što je prouzrokovalo da se u bilateralnim i multilateralnim ugovorima i instrumentima ukazuje da se ne treba tražiti isti naziv dela, već da je suština u činjeničnom opisu dela – totalitet *modus operandi*. Prilikom utvrđivanja da li je delo kažnjivo po zakonima obe strane, nije bitno da li zakoni predviđaju i svrstavaju delo u istu kategoriju krivičnih dela ili prekršaja ili ih određuju istom terminologijom, niti je bitno da li se prema zakonima obeju strana konstitutivni elementi dela razlikuju. Bitno je da se ukupnost (totalitet) radnje ili omisivnosti uzme u obzir.⁸⁹ Zamolnica o izručenju ne sme se odbiti zbog nepostojanje dvojne kažnjivosti u odnosu na krivična dela sudelovanja u zločinačkoj organizaciji ili u ugovoru za počinjenje krivičnog dela.⁹⁰

Ipak, postupak ekstradicije pati od sporosti i birokratizovanosti, pa se u okvirima EU izručenje obavlja putem Evropskog naloga za hapšenje. Naime, akcenat na međusobno priznavanje donesenih odluka pojačan je nakon terorističkog napada na *New York* i *Washington*, 11. septembra 2001. godine, pošto je tri meseca nakon napada donesena okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, koja se smatra za prvu odluku međusobnog priznavanja.⁹¹ Naime, promenila se i terminologija, pa se ne

⁸⁶ Krivičen zakonik („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11 и 142/12 и 166/12).

⁸⁷ Postojala je još u starom Egiptu, Kini, Babilona, detaljnije kod Cherif Bassioun, *International extradition*, US Law & Practice, citirano prema Prost, op. cit.

⁸⁸ Karsai, op.cit.; Joutsen, op.cit., str. 29-30; Prost, op.cit., II/3(b). Krapac, op.cit., str. 40-41.

⁸⁹ Član 2, Model Treaty on Extradition, G.A. res. 45/116, annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at 212, U.N. Doc. A/45/49 (1990), <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/extraditionmodel.html>

⁹⁰ Član 3(1), Convention relating to extradition between the Member states of EU, OJ EC C313, 23.10.1996.

⁹¹ Joutsen, op.cit., стр. 9.

koriste termini „država molitelj“ (*requesting state*) i „zamoљena држава“ (*requested state*), већ „држава која издаје налог“ (*issuing state*) i „држава која извршава налог“ (*executing state*).

Postupak izručenja između država članica Evropske unije olakšan je Okvirnom odlukom Saveta o Evropskom nalogu za hapšenje i postupak izručenja između država-članica (*Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision, OJ L 190 of 18 July 2002, p. 1*) i Konvencijom o pojednostavljenom postupkom izručenja (*Convention on Simplified Extradition Procedures between the Member States of the European Union drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, of 27 September 1996 relating to Extradition between the Member States of the European Union, OJ C 313 of 23 October 1996, p. 12*), koja omogućava izručenje osobe koja je saglasna da bude ekstradirana.

Primena Evropskog naloga za hapšenje, kao ubrzani oblik izručenja, neprimenjiva je dok RM ne postane članica EU. Ipak je ZMS predvideo mogućnost za primenu pojednostavljenog ekstradicionog postupka.⁹² Naime, osoba čija se ekstradicija traži, može dati saglasnost da bude ekstradirana stranoj državi putem skraćenog postupka i da odustane od principa specijaliteta. Nakon ovoga, sudsko веће, пошто прибави мишljenje јавног тужиоца одобрава екстрадицију. За одобрену екстрадицију суд одмах обавештава Министарство правде, које мора да обавести страну државу у року не дужем од десет дана. Сви остали аспекти, везани за наведене ЕУ инструменте, садржани су у Европској конвенцији о екстрадицији и њена два протокола које је Република Македонија ратификовала.⁹³ Како би задржала статус државе која ратификује све битне документе Савета Европе који олакшавају међународну сарадњу, Република Македонија би требала да ратификује и Трећи додатни протокол Конвенције Савета Европе о екстрадицији и да отвори поступак за потписивање Четвртог додатног протокола ове Конвенције.

2.7. Zajednički istražni timovi (*Joint investigation teams - JIT's*)

Kao što kriminalitet ima transnacionalne karakteristike, tako je postalo neizbežno da se i policijski i tužilački timovi koje rade na otkrivanju i gonjenju počinitelja krivičnih dela udruže, kako bi bili efikasniji. Ovo je postalo moguće sa Okvirnom odlukom Saveta o zajedničkim istražnim timovima (*Council Framework*

⁹² Закон за меѓународна соработка во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр.124/2010).

⁹³ Закон за ратификација на Европската конвенција за екстрадиција, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 32/1999); Дополнителен протокол кон Европската конвенција за екстрадиција („Службен весник на Република Македонија“ бр. 32/1999); Втор Дополнителен протокол кон Европската конвенција за екстрадиција („Службен весник на Република Македонија“ бр. 32/1999).

Decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 on joint investigation teams), a nadopunjeno Preporukom i Rezolucijom Saveta o model sporazumu za formiranje zajedničkih istražnih timova (*Council recommendation of 8 May 2003 on a model agreement for setting up a joint investigation team (JIT)*); (*Council Resolution of 26 February 2010 on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT)*).

Mogućnost da makedonski predstavnici, koji rade na otkrivanju i gonjenju organizovanog kriminala i korupcije, učestvuju u aktivnostima zajedničkih istražnih timova, postoji donošenjem ZMS-a, a pomažu i odredbe relevantnih domaćih i ratifikovanih međunarodnih dokumenata.⁹⁴ Ovaj zakon obezbeđuje neophodan pravni okvir da makedonski nadležni organi budu deo zajedničkog istražnog tima sa stranim vlastima. Preduslov je da se obe države slože u svrhu za koju je formiran tim i vremenski okvir za njegovo delovanje. Naime, Zakon o međunarodnoj saradnji operacionalizuje odredbu člana 20 Drugog dodatnog protokola Konvencije o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. Zakon predviđa krivičnu i građansku odgovornost službenih osoba, što je jedan od bitnih preduslova za formiranje zajedničkih istražnih timova. Institucionalna podrška i pomoć u formiranju zajedničkih istražnih timova Republika Makedonija dobija od Evropola. Naime, potpisivanjem Ugovora o strateškoj i operativnoj saradnji između Evropola i Republike Makedonije, omogućava se učešće predstavnika Republike Makedonije na sastancima šefova Evropola, tzv. *Heads of Europol National Units (HENU) Meetings*. Javno tužilaštvo za gonjenje organizovanog kriminaliteta i korupcije u Republici Makedoniji, prema UN Konvenciji protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Drugog dodatnog protokola Evropske konvencije o međusobnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, već ima iskustvo u formiranju i učešću u aktivnostima zajedničkih istražnih timova.

3. Zaključna razmatranja

Uočava se razvoj međunarodne saradnje, od najstarijih, klasičnih oblika ekstradicije i međunarodne pravne pomoći, do modernog principa uzajamnog priznavanja donesenih odluka.

Instrumenti Saveta Evrope predstavljaju glavnu potporu za međunarodnu saradnju, s obzirom da su sve članice EU i oni koji pretendiraju na članstvo u EU već odavno članice Saveta Evrope, pa su u velikoj meri usaglasili svoje zakonodavstvo sa instrumentima Saveta Evrope i tako dostigli zadovoljavajući stadijum harmoni-

⁹⁴ Закон за меѓународна соработка во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр.124/2010); Конвенција за меѓусебна правна помош во кривичната материја со дополнителен протокол (Службен весник на Република Македонија“ бр.32/99); Втор дополнителен протокол кон Конвенција за меѓусебна правна помош во кривичната материја („Службен весник на Република Македонија“ бр. 44/03); Кривичен Законик на РМ, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996; 80/1999; 4/2002; 43/2003; 19/2004; 81/2005; 60/2006; 73/2006; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 166/2012 и 55/2013).

zovanosti vlastitog zakonodavstva sa najvećim potrebama za međunarodnu saradnju u EU.

Sve sprovedene analize na nivou EU pokazuju da se uzajamno priznavanje još uvek ne primenjuje, kako je to bilo planirano i očekivano prilikom njegovog usvajanja 1999. godine. Postoji više razloga za ovakvu situaciju, a pre svega ovome doprinosi činjenica da uzajamno priznavanje bitno umanjuje značaj tradicionalnih načela nacionalnih kaznenopravnih sistema (npr. dvojna kažnjivost), kao i činjenica da se države teško odriču principa *jus puniendi*, vezanog za nacionalne nadležnosti. S druge strane, harmonizacija domaćeg zakonodavstva i uzajamno priznavanje odluka su procesi koji se međusobno nadopunjuju, s obzirom da harmonizacija omogućava bolje i uspješnije uzajamno priznavanje odluka, ali idu i paralelnim putem, pošto uzajamno priznavanje ne insistira uvek na harmonizovanosti zakonodavstva, već se zasniva na uzajamnom poverenju.

Napori da se poboljša primena uzajamnog priznavanja su neophodni, imajući u obzir činjenicu da se kriminalne organizacije veoma lako i brzo povezuu i njima najviše gode nacionalne smetnje za primenu instrumenata uzajamnog priznavanja, što im omogućava da zadrže protivzakonito stečenu imovinu i imovinsku korist.

Republika Makedonija je ratifikovala sve relevantne instrumente Saveta Evrope i aktivno prati situaciju sa novim dodatnim protokolima već ratifikovanih konvencija. Donošenjem Zakona o međunarodnoj saradnji i Zakona o krivičnom postupku, stvorio se veoma dobar legislativni okvir za blagovremeno, koordinirano i uspješno preduzimanje svih aktivnosti koje se odnose na saradnju u krivičnim stvarima.

Prof. Gordana Lažetić – Bužarovska, Ph.D

**INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS
AND HARMONIZATION LEVEL OF MACEDONIAN
LEGISLATION**

Summary

The modest goal of this paper is to presents the development path of international cooperation from the classic forms of judicial co-operation to the principle of mutual recognition. International cooperation has become an important tool in the fight against organized crime. Council of Europe's instruments are implemented for rather long period and since they have been ratified by every Council of Europe member state they enhanced harmonization of national legislation regarding international cooperation. Harmonization process includes traditional forms of international cooperation - extradition and mutual legal assistance, as well as a modern approach to international cooperation focused on the principle of mutual recognition. An interesting correlation between harmonization and mutual recognition given to the fact that these processes are complement to each other - harmonization enhanced the mutual recognition of decisions, but they go also side by side - mutual recognition does not always insist on the necessity of harmonization of legislation, but is based on mutual trust. Republic of Macedonia has ratified all relevant instruments of the Council of Europe, and adoption of Law on international cooperation and Criminal Procedure Code have created a legislative framework that can provide successful cooperation in criminal matters under the new EU principles and tendencies.

Key words: *international cooperation, mutual legal assistance, harmonization, mutual recognition, Republic of Macedonia*

POSTUPAK PRED MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM I SARADNJA BOSNE I HERCEGOVINE SA MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM

Dr Vladimir M. Simović*

Dr Marina M. Simović**

***Apstrakt:** Međunarodni krivični sud, sa sjedištem u Hagu, osnovan je Rimskim statutom koji je stupio na snagu 1. jula 2002. godine i predstavlja organ nadležan za suđenje za međunarodna krivična djela počinjena na teritoriji ili od državljana država koje su pristupile Rimskom statutu. Njegov glavni cilj su istraga i suđenje slučajeva genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti u državama članicama Skupštine država stranaka. Pri tome, treba razmotriti i odvojiti pojam univerzalne nadležnosti, koja omogućuje takvom sudu apsolutnu prednost u rješavanju slučajeva, gdje postoji opravdana sumnja da se počinilo kakvo djelo koje se po statutu toga suda vrednuje kao krivično djelo, od mandatorne nadležnosti gdje Međunarodni krivični sud nastupa tek kao sekundarna instanca, nakon državnih krivičnih institucija - kada se za to ispune određeni uslovi.*

Legitimitet Međunarodnog krivičnog suda počiva na prihvatanju njegove nadležnosti od država članica, dok se djelovanje Savjeta bezbjednosti može shvatiti kao korektivni model u izuzetnim slučajevima - gdje međunarodna javnost zahtijeva hitnu akciju. Ukoliko se kvalitet međunarodnog krivičnog sudovanja pokaže opravdanim, jačaće uopšteno i povjerenje prema Međunarodnom krivičnom sudu.

Postupak pred Međunarodnim krivičnim, u najvećem broju slučajeva, pokreće tužilac, a postoji i mogućnost da ovaj postupak pokrenu i država stranka Rimskog statuta i Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija. Dalji tok podrazumijeva vođenje istrage. Nakon toga slijedi podizanje optužnice i njena kontrola. Ukoliko se optužnica potvrdi, pristupa se suđenju.

***Ključne riječi:** Međunarodni krivični sud, Rimski statut, Bosna i Hercegovina, Pravilnik o postupku i dokazima, krivični postupak.*

* Др Владимир М. Симовић, доцент Факултета за безбједност и заштиту у Бањој Луци и виши стручни сарадник у Окружном суду у Бањој Луци

** Др Марина М. Симовић, доцент Факултета правних наука у Бањој Луци и стручни сарадник у Управи за индиректно опорезивање БиХ

1. Uvod

Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda¹ usvojen je na Diplomatskoj konferenciji Ujedinjenih nacija, održanoj u Rimu u julu 1998. godine. Konferencija o uspostavi Međunarodnog krivičnog suda² (ICC)³ odražavala je određene stavove nekoliko grupacija zemalja sa relativno zajedničkim stanovištima i ciljevima. Najveća grupa sastojala se uglavnom od tzv. srednjih sila i zemalja u razvoju⁴, koje su težile ustanovljenju snažnog i nezavisnog suda. Drugu značajnu grupu činile su stalne članice Savjeta bezbjednosti (osim Ujedinjenog Kraljevstva), čiji se interes očitovao u zahtjevima za isključenjem nuklearnog naoružanja sa liste oružja zabranjenog Statutom⁵, odlučnom ulogom Savjeta bezbjednosti nasuprot ICC, te ograničenim mogućnostima ICC-a. Bilo je, dakako, i drugih zasebnih prijedloga, kao što je npr. zahtjev za uvršćenjem terorizma i prometa drogom u zabranjene aktivnosti⁶, što su najviše podržavale karipske zemlje, ali i Turska, Šri Lanka i dr. Treba spomenuti i veliku ulogu nevladinih organizacija, koje su znatno doprinijele radu na donošenju Rimskog statuta, naročito imajući na umu njihove napore za ustanovljenje snažnog suda, nezavisne institucije tužioca, te nadležnosti nad unutrašnjim ratnim sukobima. Naposljetku, prisutne su bile i one države koje su se protivile uspostavi takvog suda, zbog odbijanja izlaganju međunarodnom krivičnom progonu. Na konačnom glasanju 120 država izjasnilo se za, sedam protiv (SAD⁷, Iran, Irak, Kina, Izrael, Sudan i Libija), dok je 21 država bila suzdržana⁸.

Tri su izvora nadležnosti ICC-a: a) nadležnost koja se zasniva na postupku Savjeta bezbjednosti (pod uslovima iz glave VII Povelje UN); b) nadležnost po pristanku zemlje čiji je eventualni učinilac državljanin, c) nadležnost zbog činjenice da je zločin propisan Statutom učinjen na teritoriji države članice Statuta ili na teritoriju one države koja pristaje na nadležnost ICC-a. Posebno je zanimljiva ova treća nadležnost, jer omogućava kažnjavanje učinilaca zločina koji su državljani države koja nije član Statuta.⁹

Komplementarnost je vodeći princip na kojem se zasniva nadležnost ICC-a. To znači da primarna nadležnost pripada državi čiji je eventualni učinilac držav-

¹ U daljnjem tekstu: Rimski statut.

² United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court.

³ Engl. The International Criminal Court.

⁴ Toj grupi naknadno se pridružilo i Ujedinjeno Kraljevstvo.

⁵ Vidi Kirsch & Holmes, 34.

⁶ Vidi Robinson, 497–525.

⁷ Tadašnji predsjednik Sjedinjenih Američkih Država (Bill Clinton) je 2000. godine (uz rezervu) potpisao Rimski statut, da bi naknadno predsjednik Bush povukao potpis sa tog sporazuma.

⁸ Vidi Arsanjani, 12–43.

⁹ Vidi Akande, 618–650.

ljanin. ICC može preuzeti slučaj u trenutku kada se pokaže da neka država nije u stanju ili nije spremna provesti postupak u slučaju zločina navedenih u Statutu. Iako je ovakav način komplementarnosti ICC-a u odnosu na nacionalno zakonodavstvo vjerovatno bilo najbolje moguće rješenje suprotstavljenih interesa prilikom razmatranja i usvajanja Rimskog statuta, sigurno je da će zadatak da se utvrdi da na strani neke države ne postoji spremnost da provede postupak protiv učinilaca zločina, biti daleko kompleksniji i komplikovaniji nego što se to moglo predvidjeti. Najveća posljedica ovakvog rješenja mogla bi biti gubljenje vremena u sudskim procedurama pred ICC-om, dokazivanja nefunkcionalnosti pravnih sistema određenih država koje ne procesuiraju slučajeve ratnih zločina¹⁰.

Istraga ili krivično gonjenje u državi stranki ne smiju započeti niti biti nastavljeni tokom razdoblja od 12 mjeseci nakon što je Savjet bezbjednosti rezolucijom, prihvaćenom na osnovu Glave VII Povelje Ujedinjenih nacija, to zatražio od ICC-a. Pod jednakim uslovima Savjet bezbjednosti može takav zahtjev ponoviti (član 16 Rimskog statuta). Takođe, nakon što je od tužioca ICC-a primila obavještenje o započinjanju istrage, država stranka može u roku od mjesec dana obavijestiti ICC da istražuje ili je istraživala slučaj, te od tužioca tražiti da se slučaj preda u njenu nadležnost. Kada se slučaj preda u nadležnost države stranke, ona je dužna periodično tužiocu slati informacije o napretku istrage i daljnjem postupku.

2. Problem saradnje ICC-a i država stranaka

ICC u potpunosti zavisi od saradnje država stranaka, jer bez takve saradnje ovaj sud samostalno nije u mogućnosti osigurati hapšenja, premještanja, pretrage, zapljene i druge slične radnje. Deveto poglavlje Rimskog statuta o međunarodnoj saradnji i sudskoj pomoći uveliko determiniše koliko će ICC biti sposoban postići ono što se očekuje.¹¹ Analizirajući navedene odredbe, može se reći da one podsjećaju na dio koji sprječava države stranke da postupaju suprotno međunarodnim ugovorima i obavezama.¹² Ukoliko dođe do sukobljavanja u stavovima između ICC-a i država stranaka, od presudne je važnosti član 119 Statuta koji daje pravo ICC-u da odlučuje o svim pitanjima vezanim za njegovu nadležnost.¹³ U pogledu država nestranaka, njihova saradnja uređuje se čl. 12 i 87 Statuta, po kojima te države mogu prihvatiti nadležnost ICC-a, bilo za pojedini slučaj, bilo unilateralno (jednostavnim prihvatanjem, *ad hoc* sporazumom ili međunarodnim ugovorom).

¹⁰ Bećirević, 66.

¹¹ Vidi Swart, 1589–1605.

¹² Vidi Ciampi, 1085–1099.

¹³ Ukoliko dođe do nesuglasica u interpretaciji i primjeni Statuta, nalaže se postupak nagodbe, koji ako ne uspije u roku od tri mjeseca - prelazi na Skupštinu država stranaka. Krajnja odluka može se prepustiti i Međunarodnom sudu pravde. Vidi Pellet, 1841–1848.

Iz odredaba čl. 72 i 93 Statuta može se zaključiti da postoje dva slučaja kad država može odbiti saradnju sa ICC-om: kada je to suprotno domaćem javnom poretku i kada se time ugrožava nacionalna bezbjednost. Prema Statutu, ICC ima pravo da države koje ne sarađuju prijavi Skupštini država stranaka, ali i Savjetu bezbjednosti.

3. Opšte karakteristike postupka pred ICC-om

Postupak pred ICC-om, koji se provodi u svim predmetima, karakterišu tri faze: istraga, glavni postupak i postupak po pravnim lijekovima. Cjelokupan postupak karakterišu opšta načela postupka, i to: pretpostavka nevinosti, načelo nezavisnosti i nepristrasnosti sudija¹⁴, načelo fer i ekspeditivnog suđenja, jednakost stranaka u postupku¹⁵, pravo na javnu raspravu, ekspeditivnost postupka i zabrana suđenja u odsustvu.

Pored Rimskog statuta, važan element rada i postojanja ICC-a jeste Pravilnik o postupku i dokazima (*The Rules of Procedure and Evidence*)¹⁶. Iako Statut i Pravilnik o postupku i dokazima (i Elementi krivičnih djela) u cjelini čine komplikovanu normativnu mrežu¹⁷, ostaje da ICC i države stranke spriječe da se kompleksne pravne norme ispriječe pred međunarodnom pravdom¹⁸.

Postupak pred ICC-om utemeljen je na tradicijama anglosaksonskog (*common law*) i kontinentalnog prava (*civil law*), tako da odražava međunarodni karakter ovog suda. Krivični postupak pred ICC-om pokreće tužilac¹⁹. Pored tužioca, moguće je da postupak pokrene država stranka Rimskog statuta ili Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija.

Tužilac odlučuje kada da započne istragu, šta da istražuje, koja lica da krivično goni i šta treba da budu predmet optužbe. Tužilac će ukoliko na osnovu dokaza sakupljenih tokom istrage ocijeni da je neko lice učinilo krivično djelo, pripremiti optužnicu.²⁰

Sljedeći korak preduzimaju sudska vijeća. Prije nego što neko lice može biti optuženo i uhapšeno, sudija se mora složiti s tim da postoji dovoljno dokaza za po-

¹⁴ Ovo načelo se na isti način primjenjuje i na tužioca i njegove zamjenike.

¹⁵ Vidi Carić, M. (2006). *Pojam načela pravičnog postupka pred krivičnim sudom*. Split: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, (2), 58 i 59.

¹⁶ Dostupno na www.icc-cpi.int/index.html.

¹⁷ Vidi http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/Texts_&_Documents/ICC/ICCC_roatian.pdf.

¹⁸ Vidi Guariglia, 1133.

¹⁹ U ICC ne postoje istražne sudije.

²⁰ Ured tužioca definisan je članom 42 Rimskog statuta. Ured čine tužilac, jedan ili više zamjenika tužioca i služba koja pomaže tužiocu. Iako se cjeli tim tužioca naziva Uredom tužioca, činjenica je da poslove iz nadležnosti tužioca, u skladu sa Rimskim statutom, obavlja isključivo tužilac kao inokosni organ, a da mu u njegovom radu asistiraju zamjenici i ostalo osoblje, zbog čega se cijeli tim i naziva Uredom tužioca.

kretanje postupka protiv okrivljenog. Nakon što se u to uvjeri, potvrdiće optužnicu i izdati nalog za hapšenje. Kad je okrivljeni uhapšen ili se dobrovoljno predao, prebacuje se u Pritvorsku jedinicu ICC-a.

Prilikom prvog pojavljivanja pred ICC-om okrivljeni se o krivici po optužbama iz optužnice može izjasniti da jeste ili da nije kriv: ako optuženi odluči da se ne izjasni o krivici, vijeće konstatuje da se izjasnio da nije kriv; ako se optuženi potvrdno izjasni o krivici, određuje se datum za pretres o kazni; ako se optuženi izjasni da nije kriv, zakazaće se suđenje.

Optuženog može zastupati advokat. Ako želi imati advokata, može ga izabrati sam ili mu ga može dodijeliti Sekretarijat ICC-a.

Za svako suđenje se dodjeljuju tri sudije, od kojih jedan mora biti stalni sudija. Sudije se upoznaju sa dokazima koje tokom suđenja izvode optužba i odbrana. Pretresno vijeće može naložiti da budu podneseni i dodatni dokazi.

Kad optužba i odbrana završe sa izvođenjem dokaza, vijeće zaključuje suđenje i povlači se kako bi donijelo odluku. O žalbi na presudu pretresnog vijeća odlučuje žalbeno vijeće.

4. Istraga

Istraga pred ICC-om je ustrojena kao jednostrano uređivanje tužioca radi utvrđivanja činjenica, što će u praksi uglavnom značiti pribavljanje podloge za optužnicu.²¹ Istraga započinje odlukom predpretresnog vijeća. Kod odlučivanja o „razboritosti” osnove za nastavak postupka, predpretresno vijeće odlučuje ne saslušavši okrivljenog. Okrivljeni će za to dobiti priliku tek na raspravi o potvrdi optužbi.

Dužnosti i ovlaštenja tužioca tokom istrage definisani su članom 54 Rimskog statuta. Prema tom članu, tužilac je obavezan i ovlašćen da: (1) proširuje istragu kako bi utvrdio sve činjenice i dokaze bitne za ocjenu da li je okrivljeni kriv po Rimskom statutu i pri tome podjednaku pažnju posvećuje utvrđivanju, kako otežavajućih, tako i olakšavajućih okolnosti; (2) preduzima odgovarajuće mjere kako bi obezbijedio što efikasniju istragu i vođenje krivičnog postupka povodom krivičnog djela iz nadležnosti ICC-a, poštujući interese i lične okolnosti oštećenih i svjedoka, uključujući i starost i pol, i (3) u potpunosti poštuje prava svih učesnika u postupku, koja su predviđena Rimskim statutom.

Statut ne predviđa, ni okvirno, rok trajanja istrage. Postoji samo obaveza tužioca na preduzimanje mjera potrebnih za “osiguranje efikasne istrage”, što se može protumačiti kao vođenje istrage u roku koji je primjeren težini i složenosti krivičnog predmeta.

²¹ Takva koncepcija istrage posljedica je anglosaksonske pravne tradicije, prema kojoj svaka stranka snosi teret dokazivanja svojih tvrdnji.

Statut u istrazi štiti samo ona prava okrivljenog koja su povezana s njegovom ulogom izvora saznanja o činjenicama. Kada je istraga već pokrenuta, ne postoje kontrolni mehanizmi, osim tužiočeve moralne dužnosti da na jednak način istražuje činjenice koje idu na štetu i u korist učinioca krivičnog djela.

Istraga se smatra okončanom početkom rasprave za potvrdu optužbe, jer do tada tužilac može nastaviti ili dopuniti istragu ili povući optužbu. Međutim, negativni rezultat istrage neće spriječiti tužioca da svoje eventualne pogreške iz istrage ne pokuša popraviti dodatnim izvidajima. Statut mu daje pravo da naknadno zatraži potvrdu optužbe koju je predpresno vijeće jednom već odbilo - "ako to opravdavaju dodatni dokazi".

5. Početak i vođenje krivičnog postupka

Optužnicu pregleda sudija pretresnog vijeća kojem je ona dostavljena. Ako se uvjeri da je tužilac utvrdio da postoje *prima facie* osnove, sudija će potvrditi optužnicu. U suprotnom, optužnica se odbija. Pošto se optužnica potvrdi, sudija može na zahtjev tužioca izdavati sudske naloge i naloge za hapšenje, pritvor, predaju ili dovođenje lica, kao i sve druge naloge potrebne za suđenje.

Lice protiv kojeg je potvrđena optužnica mora, na osnovu sudske naloga ili naloga za hapšenje ICC-a, biti pritvoreno, odmah obaviješteno o optužbama protiv njega i prebačeno u ICC. Pretresno vijeće će zatim odrediti datum početka suđenja. Pretres je javan, osim kada pretresno vijeće ne odluči zatvoriti pretres za javnost u skladu s Pravilnikom o postupku i dokazima.

Optuženom se, uz puno poštovanje načela ravnopravnosti, garantuju određena minimalna prava. Uz to, suđenje se održava samo u prisustvo osuđenog, ali on može iz razloga procesne discipline biti udaljen iz sudnice, s tim da mu se tada praćenje suđenja i kontakt sa braniocem omogućava putem upotrebe "telekomunikacione tehnologije", ali samo ako to optuženi zatraži. Takve mjere preduzeće se samo u "izuzetnim okolnostima", nakon što se sve "razborite" mogućnosti pokažu neprikladnim i samo do trenutka do kojeg je to nužno potrebno.

Prije započinjanja suđenja, a nakon određivanja "predmeta za suđenje", pretresno vijeće kojem je predmet dodijeljen, mora održati pripremno ročište. Na njemu pretresno vijeće mora: održati sastanak sa strankama i prihvatiti takav postupak koji je nužan za vođenje pravičnog i brzog postupka; odrediti jezik ili jezike koji će se koristiti u suđenju i osigurati otkrivanje isprava i podataka koji ranije nisu bili objavljeni, kako bi se omogućila prikladna priprema za suđenje.

Suđenje počinje čitanjem optužnice koju je prethodno potvrdilo pretresno vijeće. Nakon što se pretresno vijeće uvjeri da je optuženi razumio optužnicu, ono će mu dati mogućnost priznanja krivice ili da izjavi da se ne smatra krivim. Pri tome, optuženi ima sva prava odbrane koja odgovaraju poznatim standardima iz međunarodnog prava o ljudskim pravima.

6. Priznavanje krivice

Priznavanje krivice optuženog eliminiše potrebu za raspravljanjem i omogućava osudu za krivično djelo. Ipak, za slučaj priznavanja krivice Rimski statut postavlja određene garantovane forme, obavezujući pretresno vijeće da utvrdi: shvata li optuženi prirodu i posljedice priznanja krivice; da li je optuženi svoje priznanje dao dobrovoljno, nakon što se o tome prethodno posavjetovao sa svojim braniocem; da li je priznanje krivice potvrđeno činjenicama koje su iskazane u optužbama i koje je optuženi priznao i svim drugim dokazima.

Pretresnom vijeću se, takođe, daje mogućnost da odbije priznanje krivice i odredi nastavak suđenja prema redovnom sudskom postupku - ako smatra da je to u "interesu pravde, a posebno u interesu žrtava". U tom slučaju, smatraće se da priznanje krivice nije bilo dato, te se može uputiti predmet na odlučivanje drugom pretresnom vijeću. Iz istih razloga pretresno vijeće može tražiti od tužioca da iznese dodatne dokaze, uključujući i iskaze svjedoka.

7. Pravila dokazivanja i donošenje odluke

Osnovno načelo izvođenja dokaza pred ICC-om jeste da pisano i usmeno svjedočenje, dokumenti i drugi pisani materijali smatraju se dokazom samo ako ih kao takve prihvati ICC, i to nakon što saslušala argumente stranaka u postupku. Svoju odluku raspravno vijeće može zasnovati samo na dokazima koji su izvedeni na suđenju. Drugo osnovno pravilo jeste da sud nije vezan strogim i formalnim pravilima dokazivanja, već uživa veliku fleksibilnost i rukovodi se opštim principima pravičnosti.

Dokazna incijativa leži na strankama, ali i pretresno vijeće može narediti pribavljanje nekog dokaza. Odluka ICC-a ne smije ići preko činjenica i okolnosti opisanih u optužbi i dopuni optužbe.

U donošenju odluke sudije će pokušati postići jednoglasnost, a ukoliko to ne uspiju - odluku će donijeti većina sudija. Ako je riječ o osuđujućoj presudi, pretresno vijeće će, na osnovu dokaza koji su na suđenju izneseni, izreći „prikladnu kaznu”.²²

²² Pored kazne zatvora (kada je to opravdano zbog izuzetne težine krivičnog djela i pojedinačnih okolnosti osuđenog), ICC može odrediti i novčanu kaznu, u skladu sa kriterijumima koje propisuje Pravilnik o postupku i dokazima, kao i oduzimanje prihoda, imovine i vlasništva koji direktno potiču od krivičnog djela, bez štete za *bona fide* prava trećih lica.

8. Žalbeni postupak i postupak preispitivanja

Žalbeno vijeće rješava po žalbama lica koje su osudila pretresna vijeća i žalbama tužioca iz sljedećih osnova: greške u primjeni prava koje obesnažuju odluku ili greške u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog kojih je došlo do neostvarenja pravde. Žalbeno vijeće može odluke pretresnih vijeća potvrditi, ukinuti ili preinačiti.

Kad se otkrije nova činjenica koja nije bila poznata u vrijeme postupka pred pretresnim vijećima ili žalbenim vijećem, a koja je mogla biti odlučujući faktor prilikom donošenja odluke, osuđeni ili tužilac mogu ICC-u podnijeti prijedlog za preispitivanje presude.

Kazna zatvora izdržava se u državi koju ICC odredi s popisa država koje su Savjetu bezbjednosti izrazile spremnost da prihvate osuđena lica. Kazna se izdržava u skladu s važećim zakonskim propisima odnosne države i pod nadzorom ICC-a.

9. Saradnja BiH sa ICC-om

U članu 126 Rimskog statuta utvrđeno je da će Rimski statut stupiti na snagu nakon deponovanja 60 isprava o ratifikaciji, tako da je on stupio na snagu 1. jula 2002. godine. Bosna i Hercegovina je ratifikovala Rimski statut odlukom Predsjedništva BiH, 5. februara 2002. godine, nakon što je prethodno dobijena saglasnost Parlamentarne skupštine BiH²³. Zakon o primjeni Rimskog statuta ICC-a i saradnji sa ICC-om usvojila je Parlamentarna skupština BiH, na 61. sjednici Predstavničkog doma, održanoj 30. septembra 2009. godine i na 37. sjednici Doma naroda, održanoj 19. oktobra 2009. godine.²⁴ Ovim zakonom regulišu se postupci nadležnih organa u Bosni i Hercegovini u primjeni Rimskog statuta, pitanje saradnje i pružanja pravne pomoći ICC-u, kao i osobenosti postupka za krivična djela propisana članom 5 Rimskog statuta i za krivična djela protiv čovječnosti i drugih vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom koja su propisana Krivičnim zakonom BiH²⁵.

U skladu s članom 93 Rimskog statuta, svi državni organi u BiH saraduju u potpunosti i u dobroj vjeri sa ICC-om - radi pružanja pravne pomoći tom sudu. Bosna i Hercegovina izvršavaće zahtjeve ICC-a u sljedećim oblicima pomoći povezanom sa istragom i krivičnim gonjenjem: utvrđivanje istovjetnosti, te pronalaženje lica i predmeta; izvođenje dokaza, uključujući i svjedočenje pod zakletvom; pribavljanje dokaza uključujući vještačenja i vještačka mišljenja potrebna ICC-u; ispitivanje bilo kojeg lica pod istragom ili krivičnim gonjenjem; pribavljanje isprava, uključujući i

²³ Objavljen je u "Službenom glasniku BiH - međunarodni ugovori" broj 2/02.

²⁴ Objavljen je u "Službenom glasniku BiH" broj 84/09. U daljnjem tekstu: Zakon o primjeni Rimskog statuta.

²⁵ "Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

sudske isprave; omogućavanje dobrovoljnog dolaska pred ICC lica, kao svjedoka ili vještaka; privremeni premještaj pritvorenih lica; uviđaj mjesta ili lokacija, uključujući ekshumaciju i uviđaj grobišta; izvršenje pretraga i zapljena; pribavljanje zapisnika i isprava, uključujući službene zapisnike i isprave; zaštitu žrtava krivičnih djela, svjedoka i osiguranje dokaza; identifikaciju, praćenje, zadržavanje i zapljenu imovinske koristi i vlasništva, te sredstava pribavljenih krivičnim djelom radi mogućeg oduzimanja, bez učinka na prava trećih lica stečena u dobroj vjeri. Sadržaj zahtjeva za pružanje pravne pomoći koji upućuje ICC smatra se službenom tajnom i može biti objavljen, u potpunosti ili djelimično, jedino kada je to potrebno radi izvršenja zahtjeva ili iz drugih naročito važnih okolnosti i uz prethodnu dozvolu ICC-a.

Nadležni državni organ će u postupku pružanja pravne pomoći ICC-u preduzeti i radnje čije izvršenje ICC nije posebno zahtijevao, ako je provođenje tih radnji neposredno povezano sa ciljem pružanja pravne pomoći ili kada je to neophodno radi otkrivanja učinioca krivičnog djela i prikupljanja dokaza potrebnih za postupak pred ICC-om i ako bi u suprotnom pribavljanje tih dokaza bilo onemogućeno ili znatno otežano. Državni organ koji preduzima radnju pravne pomoći na zahtjev ICC-a, dozvoliće njegovim predstavnicima da prisustvuju izvršenju radnje međunarodne pravne pomoći, pri čemu im se omogućava da postavljaju pitanja i stavljaju prijedloge, a na njihov pisani i obrazloženi zahtjev može im se omogućiti video i zvučno snimanje radnje - ako to ne bi ometalo izvršenje radnje ili bilo u suprotnosti s opravdanim interesima lica koja radnji prisustvuju, odnosno ciljevima krivičnog postupka (član 17 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

Izuzetno, na zahtjev ICC-a može se dozvoliti da predstavnici tog suda sprovedu pojedine radnje na teritoriji BiH, čijem sprovođenju obavezno prisustvuje lice onog organa koji bi u Bosni i Hercegovini bio nadležan za provođenje te radnje. Međutim, predstavnici ICC-a ne mogu prilikom obavljanja tih radnji koristiti prinudne mjere, lišavanje slobode građana, ograničavati ustavna prava građana, niti prava koja se odnose na svjedoke, vještake, osumnjičene i optužene iz Zakona o krivičnom postupku BiH (član 18 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta).²⁶

9.1. Odgoda izvršenja zahtjeva ICC-a

U slučaju odgode izvršenja zahtjeva (član 19 Zakona o primjeni Rimskog statuta), postoje dvije situacije: odgoda izvršenja zahtjeva u slučaju istrage ili krivičnog gonjenja koji su u toku i zbog prigovora dopuštenosti pokretanja i vođenja postupka.

Na prijedlog državnog organa koji je nadležan za postupanje, Ministarstvo pravde BiH može odgoditi izvršenje zahtjeva za pružanje pravne pomoći ICC-u kada je to u interesu krivičnog postupka koji se vodi u Bosni i Hercegovini ili prigovora dopuštenosti pokretanja ili vođenja postupka pred ICC-om. Ipak, odgoda ne smije

²⁶ Vidi Mochochoko, P. (1999). *International Cooperation and Judicial Assistance*. U: Lee, R. S. (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, 305 – 317.

biti duža od vremena nužnog za dovršetak istrage ili krivičnog gonjenja u zamoljenoj državi. Prije odluke o odgodi, zamoljena država mora razmotriti može li ipak pružiti pomoć bez odgode, pod određenim uslovima (član 93 Rimskog statuta). Odgoda izvršenja zahtjeva zbog prigovora dopuštenosti pokretanja ili vođenja postupka može trajati do rasprave o dopustivosti (član 95 Rimskog statuta).

9.2. Konsultacije sa ICC-om

Konsultacije sa ICC-om (član 20 Zakona o primjeni Rimskog statuta) obavlja Ministarstvo pravde BiH - ukoliko dođe do smetnji ili problema u izvršenju zahtjeva ICC-a. Nadležni organi će bez odlaganja obavijestiti Ministarstvo pravde BiH o sljedećim problemima ili smetnjama u izvršenju zahtjeva: nedostatak obavještenja potrebnih za izvršenje zahtjeva; kod zahtjeva za predajom, okolnost da se uprkos najvećih napora, traženo lice ne može pronaći, odnosno da je istraga pokazala da lice koje se nalazi u zamoljenoj državi očito nije lice na koje se odnosi nalog za hapšenje; okolnost da izvršenje zahtjeva u njegovom trenutnom obliku iziskuje od zamoljene države kršenje ranije ugovorne obaveze prema nekoj drugoj državi (član 97 Rimskog statuta). Nakon obavještenja Ministarstvo pravde BiH će obaviti konsultacije sa predstavnicima ICC o načinu otklanjanja smetnji.

9.3. Preuzimanje postupka od ICC-a

Prema članu 21 Zakona o primjeni Rimskog statuta, u slučaju kada ICC, u skladu s Rimskim statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima, prepusti Bosni i Hercegovini krivično gonjenje, tužilac Tužilaštva BiH preuzima krivično gonjenje, uzimajući kao osnov za optužbu činjenice na kojima se zasnivala optužba pred ICC-om. Postupak u Bosni i Hercegovini provodi se uz primjenu Zakona o krivičnom postupku BiH²⁷.

Dokazi ICC-a mogu se koristiti u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini samo ako su pribavljeni, odnosno izvedeni u skladu s Rimskim statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima. Postojanje ili nepostojanje činjenica koje se dokazuju cijeni se prema Zakonu o krivičnom postupku BiH. Predstavnici ICC-a mogu prisustvovati postupku u svim fazama i može im se pružiti svako obavještenje o toku postupka.

9.4. Nadležnost za obavljanje poslova saradnje i izvršenja odluka ICC-a

Zahtjevi za saradnju sa ICC-om i za izvršenje odluka tog suda dostavljaju se Ministarstvu pravde BiH (član 3 stav 1 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Zahtjev

²⁷ "Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09

mora biti podnesen u pisanom obliku (član 93 Rimskog statuta). U hitnim slučajevima može se dostaviti bilo kojim putem prikladnim za dostavu pisanih zapisa. Zahtjevi se upućuju diplomatskim ili drugim odgovarajućim putem.

Nakon što Ministarstvo pravde BiH pregleda zahtjev i utvrdi da on sadrži podatke iz člana 93 stav 2 Rimskog statuta, prosljediće ga nadležnim organima, a to su: Sud BiH i Tužilaštvo BiH, kao i drugi nadležni organi predviđeni Zakonom o krivičnom postupku BiH. Ako za obavljanje određenih poslova postoji isključiva nadležnost nekog drugog državnog organa ili ako će neki drugi državni organ lakše obaviti određene poslove saradnje, Ministarstvo pravde BiH tom organu prosljeđuje zahtjev za saradnju, odnosno odluku ICC-a – radi izvršenja.

Nadležni organi djeluju hitno i o tome obavještavaju Ministarstvo pravde BiH. Ukoliko Ministarstvo pravde BiH utvrdi da zahtjev za saradnju nije potpun, vratiće ga ICC-u da ga ispravi, te će izvršiti konsultacije sa njim i upoznati ga sa posebnim uslovima propisanim domaćim pravom.

U slučaju hitnosti ili kada za to postoje drugi opravdani razlozi, komunikacija se može odvijati i direktno. Komunikacija u pogledu određenih pitanja može se ostvariti i putem INTERPOL-a²⁸, o čemu se bez odlaganja obavještava Ministarstvo pravde BiH.

9.5. Primjena domaćeg zakonodavstva

Državni organi nadležni za postupanje u poslovima saradnje i izvršenja odluka ICC-a, radnje obavljaju na način propisan Zakonom o krivičnom postupku BiH, Krivičnim zakonom BiH i drugim zakonima Bosne i Hercegovine kojim je uređena ova oblast (član 6 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Zakoni i drugi propisi Bosne i Hercegovine koji se primjenjuju u obavljanju poslova saradnje, tumače se i primjenjuju u skladu s pravnim poretkom Bosne i Hercegovine, a na način koji odgovara ciljevima i smislu Rimskog statuta.

9.6. Smetnje za pokretanje i vođenje postupka

ICC je nadležan za vođenje krivičnog postupka protiv učinilaca krivičnih djela kada bi inače bili nadležni za postupanje Tužilaštvo BiH i Sud BiH, ali samo ako postoje smetnje za pokretanje i vođenje postupka (član 17 Rimskog statuta), kao što su ako Bosna i Hercegovina ne želi ili nije u stanju propisno provesti istragu ili preduzeti krivično gonjenje. Kako bi se u pojedinom slučaju utvrdila nesposobnost, ICC će razmotriti može li država stranka Rimskog statuta, zbog potpunog ili znatnog sloma svog nacionalnog pravosudnog sistema, doći do opkrivljenog, potrebnih dokaza i iskaza svjedoka, odnosno da li je ona usljed nekog drugog razloga nesposobna provesti svoj postupak. Kako bi utvrdio da li u određenom slučaju postoji nedostatak

²⁸ International Criminal Police Organization.

volje za krivično gonjenje, ICC će razmotriti, uzimajući u obzir načela pravičnog postupka priznata međunarodnim pravom, da li postoji jedna ili više od sljedećih okolnosti: protiv nekog lica postupak je pokrenut ili se pokreće ili je neka nacionalna odluka donesena kako bi se lice o kome je riječ zaštitilo od krivice za krivična djela iz nadležnosti ICC-a; u postupku protiv nekog lica došlo je do neopravdanog odugovlačenja koje, prema okolnostima slučaja, protivrječi težnji da se to lice privede pravdi; postupak protiv nekog lica nije bio vođen nezavisno i nepristrasno ili se vodio na način koji prema okolnostima slučaja protivrječi težnji da se to lice privede pravdi.

U Bosni i Hercegovini neće se nastaviti krivično gonjenje kada se postupak već vodi pred ICC-om i u tom slučaju Bosna i Hercegovina će ustupiti krivično gonjenje ICC-u.

9.6. Prepuštanje krivičnog gonjenja

Ako je u Bosni i Hercegovini pokrenut krivični postupak za krivično djelo iz člana 5 Rimskog statuta, tužilac Tužilaštva BiH će putem Ministarstva pravde BiH zatražiti od ICC-a da se Bosni i Hercegovini prepusti krivično gonjenje (član 12 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Ukoliko ICC ne prepusti krivično gonjenje, na obrazložen prijedlog tužioca Tužilaštva BiH, ministar pravde BiH može izjaviti žalbu ICC-u (u skladu sa Rimskim statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima). Ako žalba bude odbijena, krivični postupak pokrenut u Bosni i Hercegovini se obustavlja.

Obustava krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini traje do pravosnažnog okončanja krivičnog postupka pred ICC-om, nakon čega tužilac Tužilaštva BiH donosi rješenje o obustavi krivičnog postupka (član 12 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

Ako ICC u skladu sa Rimskim statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima, prepusti Bosni i Hercegovini krivično gonjenje za krivično djelo iz nadležnosti ICC-a, tužilac Tužilaštva BiH preduzima potrebne radnje u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku BiH i o preduzetim radnjama (putem Ministarstva pravde BiH) izvještava ICC. U tom slučaju, može se od ICC-a zatražiti ustupanje prikupljenih dokaza.

9.7. Pravne posljedice postupka pred ICC-om

Protiv lica o čijoj je krivici pravosnažno odlučio ICC, ne može se za isto krivično djelo pokrenuti niti voditi krivični postupak u Bosni i Hercegovini, niti se može izvršiti prethodna presuda domaćeg suda, koja se odnosi na isto krivično djelo (član 13 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Protiv lica koje je u Bosni i Hercegovini pravosnažnom presudom oslobođeno ili osuđeno, odnosno u pogledu koga je doneseno rješenje o obustavi krivičnog postupka, ne može se pokrenuti ili voditi

krivični postupak za isto krivično djelo pred ICC-om, osim ako je postupak pred sudom u Bosni i Hercegovini vođen zbog zaštite odnosno lica od krivice za djela iz nadležnosti ICC-a ili ako je vođen pristrasno ili zavisno, u neskladu sa odredbama pravičnog postupka priznatim međunarodnim pravom, te na način koji je, prema okolnostima slučaja, bio protivrječan težnji privođenja pravdi odnosno lica (član 20 stav 3 Rimskog statuta).

Protiv istog lica ne može se za isto krivično djelo pokrenuti krivični postupak u Bosni i Hercegovini ako se za to krivično djelo već vodi postupak pred ICC-om, koji je pokrenut prije krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini. Pored toga, protiv istog okrivljenog ne može se za isto krivično djelo voditi krivični postupak u Bosni i Hercegovini istovremeno sa postupkom pred ICC-om (član 14 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

Postupak u Bosni i Hercegovini prekinuće se ako ICC protiv istog okrivljenog i zbog istog krivičnog djela započne ili već vodi krivični postupak. Prekid postupka teče od dana predaje okrivljenog ICC-u, odnosno njegovim pojavljivanjem pred tim sudom na drugi način.

Ako je presuda Suda BiH postala pravnosnažna, neće se izvršiti, a ako je izvršenje u toku, biće prekinuto danom kada osuđeni bude predat ICC-u, u skladu sa odredbama Rimskog statuta. Za vrijeme prekida krivičnog postupka ili prekida postupka izvršenja kazne u Bosni i Hercegovini - ne teče zastara, kao ni rokovi za preduzimanje pojedinih procesnih radnji.

Krivični postupak koji se vodio u Bosni i Hercegovini, a obustavljen je radi vođenja postupka pred ICC-om, može se nastaviti u Bosni i Hercegovini - ako ICC nije svojom presudom odlučio o krivici optuženog za jedno ili više krivičnih djela za koja se u Bosni i Hercegovini vodio krivični postupak. U tom slučaju, može se i izvršiti pravnosnažna presuda Suda BiH ili nastaviti izvršenje kazne koje je prekinuto, kao i započeti krivični postupak u slučaju kada do njegova pokretanja nije došlo zbog toga što je postupak vođen pred ICC-om (član 15 Zakona o primjeni Rimskog statuta).²⁹

9.8. Lišenje slobode, pritvor i predaja

Lišenje slobode lica i njegova predaja obavlja se na osnovu zahtjeva za predaju ICC-u i provodi se prema odredbama Rimskog statuta, koji pravi razliku između “izručenja” i “predaje” lica.

Zahtjev ICC-a za lišenje slobode lica i njegovu predaju ili privremeno lišenje slobode lica koje se nalazi na teritoriji Bosne i Hercegovine ili za koga ICC smatra da je na teritoriji Bosne i Hercegovine, dostavlja se Tužilaštvu BiH putem Ministar-

²⁹ Vidi Swart, B. (2002). *International Cooperation and Judicial Assistance*. U: Cassese, Gaeta & Jones (ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, vol. II, 1597.

stva pravde BiH. Tužilaštvo BiH je dužno u roku od osam dana utvrditi sadrži li zahtjev određene podatke i dokumentaciju. Ukoliko Tužilaštvo BiH utvrdi da zahtjev ne sadrži tražene podatke, a posebno one koji su potrebni za utvrđivanje identiteta lica, vratiće ga ICC-u putem Ministarstva pravde BiH - sa uputstvom da se zahtjev dopuni, odnosno da se njegovi nedostaci otklone.

9.9. Postupak u istrazi i dobrovoljna predaja u postupku istrage

Tužilac Tužilaštva BiH kome je privedeno lice, poučiće ga o njegovim pravima u skladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH i nakon što ustanovi da je riječ o licu čije je lišenje slobode, privremeno lišenje slobode ili predaju zatražio ICC, upoznaće ga sa zahtjevom i optužbama koje mu se stavljaju na teret i o tome ispitati. Nakon što tužilac ustanovi identitet lica na koje se odnosi zahtjev ICC-a, dostaviće Sudu BiH prijedlog za određivanje pritvora (član 26 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Prema tom licu primijeniće se odgovarajuće odredbe Zakona o krivičnom postupku BiH koje se odnose na određivanje i trajanje pritvora.

Tužilac Tužilaštva BiH (prilikom saslušanja) posebno utvrđuje da li lice pristaje da se dobrovoljno preda ICC-u. Ako lice potvrdi dobrovoljnu predaju ICC-u i istovremeno se odrekne prava na žalbu u postupku predaje, tužilac će zatražiti određivanje pritvora samo ako za to postoji neki od razloga utvrđenih Zakonom o krivičnom postupku BiH. U suprotnom, lice se pušta na slobodu, uz određivanje jemstva, zabrane napuštanja boravišta, odnosno drugih ograničenja lične slobode propisanih Zakonom o krivičnom postupku BiH.

O pristanku lica tužilac Tužilaštva BiH odmah obavještava Ministarstvo pravde BiH i Ministarstvo bezbjednosti BiH - radi provođenja predaje ICC-u (član 27 stav 3 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

Izjava o dobrovoljnoj predaji ICC-u ne može se opozvati.

9.10. Postupak pred sudskim vijećem

Ako lice u toku istrage ne potvrdi dobrovoljnu predaju ICC-u, tužilac Tužilaštva BiH dostavlja Sudu BiH zahtjev ICC-a, uz obrazložen prijedlog kojim traži da Sud BiH donese odluku o predaji lica ICC-u. Odluku donosi sudsko vijeće sastavljeno od trojice sudija. U postupku odlučivanja o zahtjevu ICC-a za predaju lica, vijeće će upoznati lice sa zahtjevom i optužbama koje mu se stavljaju na teret i o tome ga ispitati, kao i o drugim okolnostima važnim za odlučivanje o zahtjevu (član 28 stav 3 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

9.11. Odluka o zahtjevu za predaju

Vijeće donosi rješenje kojim udovoljava zahtjevu za predaju lica ICC-u, ako utvrdi da se zahtjev odnosi na lice protiv kojeg se vodi postupak za predaju i da se radi o krivičnom djelu za koje je ICC nadležan prema Rimskom statutu.

Ako prema Rimskom statutu postoje zapreke za predaju, vijeće će rješenjem odbiti zahtjev ICC-a. Ako je zahtjev za predaju odbijen, postupak predaje može se obnoviti primjenom odredbi o ponavljanju postupka propisanih Zakonom o krivičnom postupku BiH ili na osnovu novog zahtjeva ICC-a (član 29 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Nakon donošenja rješenja o predaji, pritvor može trajati do predaje lica, ali ne duže od roka predviđenog u odgovarajućim odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH za trajanje pritvora.

9.12. Dobrovoljna predaja u sudskom postupku

Lice može i u toku sudskog postupka na zapisnik dati izjavu da se želi dobrovoljno predati ICC-u i da se odriče prava na žalbu u postupku predaje. Takva se izjava ne može opozvati. U tom slučaju vijeće donosi rješenje kojim se obustavlja postupak za predaju i o tome obavještava Ministarstvo pravde BiH i Ministarstvo bezbjednosti BiH – radi provođenja dobrovoljne predaje (član 30 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Zatim se lice pušta na slobodu uz određivanje jemstva, ograničenja kretanja i drugih ograničenja lične slobode propisanim u Zakonu o krivičnom postupku, osim ako postoje razlozi za produženje pritvora utvrđeni Zakonom o krivičnom postupku BiH.³⁰

9.13. Žalba na rješenje o predaji i izvršnost rješenja

Na rješenje kojim se udovoljava zahtjevu ICC-a za predaju lica, tužilac Tužilaštva BiH, lice čija se predaja traži i njegov branilac, imaju pravo žalbe u roku od osam dana od dana prijema rješenja. Žalba zadržava izvršenje rješenja, a o njoj odlučuje Apelaciono odjeljenje Suda BiH. Na postupak odlučivanja o žalbi, na odgovarajući način, primjenjuju se odredbe Zakona o krivičnom postupku BiH koje se odnose na odlučivanje o žalbi na presudu.

Pravosnažno rješenje kojim se dopušta predaja lica ICC-u je konačno. Protiv ovog rješenja može se podnijeti apelacija Ustavnom sudu BiH (član 32 stav 1 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Ministar pravde BiH može privremeno odgoditi predaju lica zbog bolesti tog lica ili drugog naročito opravdanog razloga.

³⁰ Vidi Škorić, M. i Fabijanić-Gagro, S. (2008). *Saradnja država sa Međunarodnim krivičnim sudom*. Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta, (2), 887–915.

Pravnosnažno i izvršno rješenje kojim je odlučeno o zahtjevu ICC-a za predaju lica, dostavlja se ICC-u putem Ministarstva pravde BiH (član 33 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Predaju osumnjičenog lica ICC-u, na osnovu izjave o dobrovoljnoj predaji ili na osnovu pravnosnažnog i konačnog rješenja o predaji, obavlja Ministarstvo bezbjednosti BiH (član 34 Zakona o primjeni Rimskog statuta)

10. Izvršenje presude i drugih odluka ICC-a

Sve presude i druge odluke ICC-a Bosna i Hercegovina izvršava prema propisima ICC-a i Rimskom statutu, kao i prema odredbama domaćeg prava. Ukoliko bi došlo do problema i smetnji u realizaciji nekih od odluka, Bosna i Hercegovina će bez odlaganja obavijestiti ICC i konsultovati se o načinu daljnjeg postupanja (član 35 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta). U smislu saradnje sa ICC-om i izvršenja njegovih odluka, Bosna i Hercegovina će prihvatiti osuđenika ovog suda na osnovu sporazuma koji se sačinjava za svaki slučaj posebno (član 36 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

11. Učešće u radu Skupštine država stranaka i drugih organa ICC-a

Potpisivanjem i ratifikovanjem Rimskog statuta, Bosna i Hercegovina je stekla pravo da ima svoga predstavnika u Skupštini država stranaka. Predstavnik Bosne i Hercegovine u ovu skupštinu imenuje Predsjedništvo BiH na prijedlog Vijeća ministara BiH (član 37 stav 3 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Uz predstavnika, u radu Skupštine država stranaka mogu učestvovati jedan ili više zamjenika predstavnika, kao i eksperti međunarodnog krivičnog prava. Takođe će Predsjedništvo BiH, na prijedlog Vijeća ministara BiH, imenovati predstavnike u drugim organima ICC-a, u skladu sa Rimskim statutom i drugim aktima ICC-a.³¹

12. Izbori i imenovanje i finansiranje ICC-a

Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, u skladu sa Zakonom o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH³² i Rimskim statutom, provodi postupak izbora sudija koji će biti predloženi za imenovanje u ICC. U slučaju kada je Rimskim statutom ili drugim aktom ICC-a predviđen poseban postupak za izbor ili imenovanje predstavnika u druga tijela, Vijeće ministara BiH će provesti postupak primjenjujući odgovarajuće odredbe domaćeg prava (član 38 stav 2 Zakona o primjeni Rimskog statuta).

³¹ Vidi Triffterer, O. (1999). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1101–1118.

³² „Službeni glasnik BiH“ br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08.

Finansijska sredstva kojim Bosna i Hercegovina doprinosi radu ICC-a osiguravaju se u budžetu institucija Bosne i Hercegovine i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine, a u skladu s kriterijima Organizacije Ujedinjenih nacija (član 39 stav 1 Zakona o primjeni Rimskog statuta). Troškove pravne pomoći i saradnje Bosne i Hercegovine i ICC-a podmiruje svaka od strana u skladu sa članom 100 Rimskog statuta.

13. Zaključak

Krivični postupak pred ICC-om ima samo jedan, redovni oblik i prolazi nekoliko odijeljenih faza. Time su naglašene njegove značajke koje ga čine mješovitim krivičnim postupkom tzv. akuzatorno-inkvizitornog tipa.

Činjenica je da bi ideal predstavljala isključiva nadležnost ICC-a za suđenje za krivična djela iz njegove nadležnosti. Međutim, kako bi se takvom nadležnošću mogao dovesti u pitanje suverenitet država stranaka Rimskog statuta, te otvoriti druge političke ideje, u trenutnim okolnostima, u pogledu garancija za procesuiranje najtežih krivičnih djela, rješenja Rimskog statuta su zadovoljavajuća.

Obaveznost Bosne i Hercegovine na saradnju sa ICC-om proizilazi iz činjenice da je ona potpisnica Rimskog statuta koji je ujedno i međunarodni ugovor. Potpisivanjem ovog ugovora BiH je stekla prava, ali i obaveze prema ICC-u. Prava se odnose na učestvovanju njenih predstavnika u Skupštini država stranaka, kao i prijedlog za imenovanje sudije u ICC. Obaveze su da preko nadležnih organa izvršava zahtjeve ICC-a i da implementira Rimski statut u svoje zakonodavstvo.

LITERATURA

- Abour, L. (2004). *The Crucial Years*. Journal of International Criminal Justice, (2).
- Akande, D. (2003). *International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits*. Journal of International Criminal Justice, (1).
- Ambos, K. (1996). *Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code – Observations from an International Criminal Law Viewpoint*. European Journal of International Law, vol. 7.
- Arsanjani, M. A. (1999). *The Rome Statute of the International Criminal Court*. American Journal of International Law, vol. 93, (1).
- Bassiouni, M.C. (eds.) (1998). *The Statute of the International Criminal Court, A Documentary History*. Transnational Publisher.
- Bećirević, E. (2003). *Međunarodni krivični sud između ideala i stvarnosti*. Sarajevo.
- Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J. (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*. New York: Oxford University Press.

- Cassese, A. (2006). *Is the ICC Still Having Teething Problems?* Journal of International Criminal Justice, (4).
- Ciampi, A (2002). *The Obligation to Cooperate*. In Cassese, Gaeta & Jones (ed), The Rome The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2008). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press.
- Danilenko, G. (2002). *ICC Statute and the Third States*. U: Cassese, Gaeta & Jones (ed.): The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, New York: Oxford University Press.
- Goldstone, R. & Fritz, N. (2000). *'In the Interest of Justice' and Independent Referral: The ICC Prosecutor's Unprecedented Powers*'. Leiden Journal of International Law, vol. 13.
- Guariglia, F. (2002). *The Rules of Procedure and Evidence for the International Criminal Court: A New Development*. In International Adjudication of Individual Criminal Responsibility. U: Cassese, Gaeta & Jones (ed.): The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, New York: Oxford University Press.
- Josipović, I. (2000). *Haško implementacijsko krivično pravo*. Zagreb: Hrvatski pravni centar i „Informator“.
- Josipović, I., Krapac, D. i Novoselac, P. (2001). *Stalni međunarodni krivični sud*. Zagreb: Narodne novine i Hrvatski pravni centar.
- Kirsch, P. & Holmes, T.J. (1999). *The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process*. American Journal of International Law 93, (2).
- Lee, R. S. (1999). *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*. Kluwer Law International.
- Majić, M. (2009). *Zakon o saradnji sa Međunarodnim krivičnim sudom - Kritički osvrt*. Beograd: Pravni život, (13).
- Plejić-Marković, D. (1998). *Pogled prema utemeljenju jednog stalnog međunarodnog krivičnog suda u okviru UN*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu, (1).
- Robinson, P. (2002). *The Missing Crimes*. In Cassese, Gaeta & Jones (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.
- Safferling, C.J.M. (2001). *Towards an International Criminal Procedure*. Great Britan, Oxford Press.
- Schabas, A. W. (2007). *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press.

- Schiff, N. B. (2008). *Building the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Sewall, S. & Carl Kaysan, C. (2000). *The United States and the International Criminal Court*. Lenham, MD: Rowman & Littlefield.
- Simović, M., Blagojević, M. i Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
- Sluiter, G., Friman, H., Linton, S., Vasiliev, S. & Zappalà, S. (2013). *International Criminal Procedure. Principles and Rules*. New York: Oxford University Press.
- Strohmeyer, H. (2001). *Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Mission in Kosovo and East Timo*. 95 AJIL.
- Swart, B. (2002). *General Problems*. In Cassese, Gaeta & Jones, *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*.
- Triffterer, O. (2005). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, Second Edition*. C. H. Beck & Hart-Nomos.
- Zhu, Z. (2011). *The Role of the Prosecutor of the International Criminal Court - A Case Study of Situation in Darfur*. Spring: Faculty of law Lund University.

Vladimir M. Simović, Senior Legal Assistant within the District Court of Banja Luka and Assistant Professor at the Faculty for Security and Protection in Banja Luka

Marina M. Simović, Assistant professor Faculty of of Legal Science Banja Luka and Legal Assistant within the Indirect Tax Administration of BiH

PROCEEDINGS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COOPERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Summary

The International Criminal Court, seated in The Hague, was established by the Rome Statute, which entered into force on 1 July 2002, and it is a body that has jurisdiction to try international criminal offences committed in the territory or by the citizens of State Parties to the Rome Statute. Its main objective is to prosecute and try the cases including genocide, war crimes and crimes against humanity in the State Parties by the Assembly of States Parties. In addition, it is necessary to consider and distinguish the notion “universal jurisdiction”, which allows such a court to try cases in which there is a reasonable suspicion that an offence defined as criminal by a statute of that court was committed, from the notion “compulsory jurisdiction” where the International Criminal Court acts solely as a second instance court, following state’s criminal justice institutions – when certain conditions are met.

The legitimacy of the International Criminal Court relies on the acceptance of its jurisdiction, whereas activities of the Security Council may be understood as a corrective model in exceptional cases in which urgent action is required by the public. If the quality of international adjudication in criminal cases proved to be justified, the confidence in the International Criminal Court would generally be enhanced.

In most cases, the Prosecutor initiates the proceedings before the International Criminal Court. In addition, there is a possibility that a State Party to the Rome Statute or the UN Security Council initiate the proceedings. The next step is initiation of an investigation, followed by lodging of the indictment and conducting the review thereof. The trial starts only when the indictment is confirmed.

Key words: *International Criminal Court, Rome Statute, Bosnia and Herzegovina, the Rules of Procedure and Evidence, the criminal proceedings.*

KRIMINALISTIČKI I KRIVIČNO-PROCESNI ASPEKTI SUMNJANJA

Dragan Mitrović*
Doc. dr Uroš Pena**

***Apstrakt:** Saznavanje u krivičnom postupku teče od neznanja i početnog, nepotpunog znanja, do pouzdanog znanja, prolazeći kroz niz faza. Dijalektika prelaza kvantiteta u kvalitet u krivičnom postupku bavi se ključnim tačkama u kojima su postepene količinske promjene prešle u novi kvalitet, čitav niz vjerovatnoće izrastao u izvjesnost. Pojmovi i izrazi „osnovi sumnje“, „osnovana sumnja“ i „izvjesnost“ nisu ništa drugo nego čvorne tačke u razvoju konkretnog krivičnog postupka. Pouzdanost je pojam i termin koji odgovara osudi ili oslobađajućoj presudi kada je utvrđeno da okrivljeni nije učinio djelo – konačnom aktu, dok vjerovatnoća odgovara samom toku procesa saznanja i stvaranja uvjerenja. Pojedine faze krivičnog postupka odgovaraju gradacijama: npr. „osnovi sumnje“ otvaranju istrage, „osnovana sumnja“ podizanju optužnice, a izvjesnost osudi.*

Izvjesnost može biti samo jednoznačna, apsolutna, jedinstvena, ali samo kao rezultat svih procesnih radnji i misaonih procesa koji su, stvarajući vjerovatnoću od najnižeg do najvišeg stepena, pripremali dijalektički prelaz kvantiteta u novi kvalitet, izvjesnost. Sistem dokaza u konkretnoj krivičnoj stvari treba da bude takvog kvaliteta da isključuje mogućnost svakog drugačijeg tumačenja utvrđenog činjeničnog stanja, gdje sistem dokaza nije hrpa pojedinih dokaza, nego njegova cjelina.

***Ključne riječi:** sumnja, osnovi sumnje, osnovana sumnja, vjerovatnoća, izvjesnost.*

Uvod

Današnja organizacija rada istražnih organa je takva da ne vodi potpunu brigu o dragocjenom faktoru koji nazivamo „utrka s vremenom“. Oni se ponašaju kao da

* Дирекција за координацију полицијских тијела, e-mail: drmitrovic@blic.net

** Дирекција за координацију полицијских тијела БиХ, e-mail: uros.pena@dkpt.gov.ba

shvataju nepromjenljivim ono što se u realnosti stalno mijenja. Krivični događaji, kao realna pojava, ne nalaze se u statičnom stanju, nego u stalnoj dekompoziciji. U trenutku kada su dokazi nastali, oni počinju da se mijenjaju, preobražavaju i iščezavaju, sasvim svejedno da li se radi o personalnim ili realnim dokazima.

Idealan je zahtjev da se operativno-taktičke mjere i istražne radnje preduzimaju odmah čim se posumnja u postojanje nekog krivičnog djela. Što je manji vremenski razmak između izvršenja nekog djela i preduzimanja radnji prvog zahvata, veći su izgledi za uspjeh. Ako se neposredno ili ubrzo poslije izvršenja djela preduzimaju mjere i radnje prvog zahvata, izvršilac neće imati vremena da zamisli i ostvari razne odbrambene mjere, kao što su bjekstvo, pripremanje lažnog alibija, uništavanje predmeta i tragova krivičnog djela, i sl.

Istragu treba shvatiti kao sistem krivično-procesnih radnji koji ima konfliktno obilježje, jer znači borbu za potpunu i tačnu informaciju, i s učinocem krivičnog djela koji jedini zna skoro sve o djelu (nasuprot tužiocu i policiji) i često preduzima sve moguće da bi onemogućio pribavljanje informacija.

„Osnovi sumnje“ i „osnovana sumnja“ spadaju među krivičnoprocesne probleme koji su vrlo zapostavljeni i malo obrađivani. Sumnjanje se, u životnoj praksi i nauci, pojavljuje kao nužan metodski princip spoznaje, koji ima vrlo pozitivnu ulogu.

Tako, bez sumnje nema krivičnog postupka koji je uvijek konfliktne prirode, baš kao što je to i samo sumnjanje. Sumnja, koja je i sama izražaj misaone borbe u nedoumici, stavlja u pokret procesualni konflikt, ona ga stvara, inicira, udahnjuje mu život. Bez sumnje, krivični postupak se i ne rađa. Sumnjanje je negacija, nonkonformizam, nemirenje s izgledom stvari. Sumnjanje je sastavni dio materijalističke dijalektike, ono se razvija po zakonu razrješenja protivrječnosti.¹

To znači da potpun put i razvoj sumnjanja teku po zakonu negacije, sumnjanje je produktivno onda kada ukida samo sebe, „prevazide“ sebe na višem stepenu, preobražavajući se u potpuno i sigurno znanje o krivičnom djelu i učiniocu.

Sumnjanje je samo trenutak sudskog spoznavanja, ali nije nipošto njegova suština, dok zato čini bit istrage. Sumnjanje se javlja kao vid kretanja od subjekta (državnog organa) krivičnog postupka preko njegova objekta (krivične stvari) prema osumnjičenome (okrivljenom). Kad subjekt krivičnog postupka ovlada objektom (razjasni krivičnu stvar), on je onda izborio svoju stvarnu slobodu u odnosu na objekt, jer prava sloboda predstavlja samo potpuno i sigurno znanje.

Sumnjanje je svaka negacija određenog privida stvari. Sumnjanje je početni korak na putu od pojavnosti prema suštini. Lukavost, prevara, krivotvorenje, pokušaji su krivca da izbjegne krivičnu odgovornost putem objektiviteta privida. Privid objektivnosti daje laži njenu snagu uvjerljivosti. U prividnosti pojave ispoljava se njeno nepodudaranje sa suštinom, a to znači da sud ne stiče neposredno znanje o samoj suštini, nego o njenim višeobličnim vanjskim znacima.

¹ Vodinečić V.: Kriminalistika – otkrivanje i dokazivanje, I tom, Skopje, 1985. godina, str. 77.

Krivičnom postupku kao spoznajnoj djelatnosti svojstveno je jedinstvo čulnog i racionalnog. Oba elementa su neprekidno i nerazdvojno isprepletana i oposredovana praktičnom djelatnošću organa krivičnog postupka. Logika je ta koja usmjerava djelatnost dok čulni momenat neprekidno obogaćuje misaone procese konkretnim materijalom. Ne postoji „čisti“ čulni elemenat, on je nezamisliv bez logičkog elementa koji ga stalno i istovremeno usmjerava i određuje. Samo je na taj način moguće razotkriti suštinu krivične stvari ispod njenog privida. Spoznajni elementi organski su isprepleteni s krivičnoprocesnom djelatnošću. To jedinstvo spoznavanja i dokazivanja posebnost je krivičnog postupka i ono se ostvaruje u prelazu od pojave ka suštini.

Sumnjanje i negacija određenog činjeničnog stanja, dovodi do kritične analize krivične stvari i isto toliko samokritičke ocjene vlastitog znanja o tom objektu. Samo sumnjanje ne znači niti tvrđenje niti poricanje, ali ono kao metodski princip krivičnog postupka može dovesti do jednog ili drugog. Sumnjanje je najefikasniji neprijatelj podlijeganja sugestiji, preduvjerenju, stereotipu, zapadanju u jednostranost i saveznik pri utvrđivanju objektivne istine.²

Bit procesa sumnjanja jeste u razvijanju krivičnog postupka, a njegov krajnji cilj (i rezultat) jest u postizanju izvjesnog znanja o krivičnoj stvari. Sumnjanje je onaj zlatni most koji može dovesti do saznanja izvjesnosti.

Sumnja u krivičnom postupku?

Sumnja kao opšta kategorija je sastavni dio svakog kriminalističkog postupanja i javlja se kao neophodan metod i princip saznanja u kriminalističkoj proceduri, imajući prevashodno pozitivnu ulogu na njen ishod. Sumnja je polazni osnov kriminalističke procedure, bez njenog prisustva nema razrješavanja kriminalnog događaja. Ona predstavlja suštinu kriminalističkog postupanja čiji je krajnji cilj postizanje određenog saznanja o krivičnoj stvari, tj. utvrđivanje istine. Sumnja se formira i razvija prema principu negacije, ona je produktivna jer teži ukidanju ili preobraženju u potpuno i sigurno znanje o određenom krivičnom djelu i učiniocu.³

Sumnja predstavlja posebno stanje ljudskog duha koje se karakteriše neuvjerenošću, što utiče na težnju da se riješi pitanje istinitosti ili neistinitosti nekog suda o postojanju, odnosno nepostojanju krivičnog djela i učinioca. Sumnja nastaje u dijalektičkom procesu mišljenja kao rezultat protivrječnosti između neznanja odnosno nedovoljnog znanja o krivičnom događaju i ulozi određenog lica i novosaznatih činjenica, koje se ne uklapaju u verzije o nepostojanju krivičnog djela i učinioca.⁴

² Vodinec V.: *op. cit.*, str. 79.

³ Ivanović A.: Uloga i značaj sumnje u suzbijanju i sprečavanju savremenih oblika kriminaliteta, Zbornik radova, Brčko, 2008. godine, str. 348.

⁴ Aleksić Ž., Škulic M., Žarković M.: Leksikon kriminalistike, Beograd, 2004. godina, str. 352.

Sumnja u postojanje krivičnog djela sastoji se u pretpostavci zasnovanoj na činjenicama da je radnjom krivičnopravno odgovorne i uračunljive osobe povrijeđeno biće krivičnog djela. Sumnja je (manje ili više) na upućivanjima ili činjenicama zasnovana pretpostavka da je određena osoba počinila konkretnu kažnjivu radnju.⁵

O sumnji govorimo čim su opažajem utvrđeni konkretni znaci koji, prema kriminalističkom i kriminološkom iskustvu, prikazuju krivičnu radnju kao moguću. Uvijek je opravdano sumnjati, tj. biti podozriv ako događaji teku drugačije nego što je to u pravilu slučaj ili se osobe ponašaju drugačije nego većina ljudi koji žive u jednakim okolnostima.

Sumnja je na činjenicama zasnovano pretpostavljanje da je izvršeno krivično djelo od strane poznatih ili nepoznatih lica, ili na činjenicama zasnovana mogućnost ili vjerovatnoća izvršenja krivičnog djela.⁶ Vjerovatnoća je dostignuta ako postoji tolika množina osnova za neku tvrdnju da su time suprotne tvrdnje dovedene u pitanje, iako nisu mogle biti sasvim uklonjene. Dok sama izvjesnost jeste uvjerenost o istinitosti određene činjenice do koje je sud došao na osnovu takve povezanosti razloga koji isključuju suprotno.

Profesor Vodinić navodi da sumnjati znači više ili drugačije pretpostavljati nego što se pokazuje. Kada kriminalista sumnja, to znači da on pretpostavlja da bi neki događaj mogao biti krivično djelo, a određeno lice učinilac. Notorno je da sumnjanje nastaje uvijek tamo gdje je položaj stvari nejasan i neodređen, gdje se novospoznate činjenice ne uklapaju u predstavu o nepostojanju krivičnog djela ili učinioca, pa se one ni ne mogu uspješno interpretirati samo takvom verzijom.

Nadalje, profesor Vodinić ističe sljedeće varijante osnova sumnje: a) činjenice ukazuju na postojanje krivičnog djela, ali ništa ne govori o učiniocu, b) činjenice ukazuju ne samo na postojanje krivičnog djela nego i stvaraju sumnju u pogledu nepoznatog učinioca, c) činjenice ukazuju na postojanje krivičnog djela i zasnivaju još uvijek nedovoljnu sumnju u odnosu na određeno lice kao mogućeg učinioca, d) činjenice zasnivaju sumnju u pogledu određenog lica kao vjerovatnog učinioca.

Opšte je poznato da do pokretanja krivičnog gonjenja može doći samo ako su ispunjeni uslovi propisani ZKP-om. Osnovni uslov je postojanje dovoljnog broja i kvaliteta informacija koje sve ukazuju na određeno lice kao vjerovatnog učinioca krivičnog djela. Sumnjanje je takvo stanje ljudskog duha koje se karakteriše neuvjerenošću, pa se teži da se riješi pitanje istinitosti ili lažnosti nekog suda o postojanju, odnosno nepostojanju krivičnog djela i učinioca. Cjelokupna problematika sumnjanja proizilazi iz stanja nepotpunosti kriminalističkih informacija. Sumnja nastaje u dijalektičkom procesu mišljenja kao rezultat protivrječnosti između neznanja, odnosno nedovoljnog znanja o krivičnom događaju i ulozi određenog lica i novozasnatih činjenica, koje se ne uklapaju u verziju o nepostojanju krivičnog djela i učinioca.

⁵ Kleines L.: Kriminalisten, Berlin, 1965. godina, str. 418.

⁶ Vodinić V.: *op. cit.*, str. 82.

Kao nužan uslov krivičnog postupka, metodično organizovano sumnjanje dovodi do heurističkog postupanja, istovremeno u raznim smjerovima, što će reći do planiranja i provjeravanja raznih verzija. Ta metoda je jedina sposobna da otvara vidike izlaza iz zamršene polazne problemske situacije. Sumnjanje je jedan momenat u spoznajnom toku i integralna cjelina krivičnog postupka, a nikad ne može biti njegov rezultat, nego samo njegova polazna tačka.

Od neznanja ka znanju, od nepotpunog znanja ka potpunijem, od sumnje u autentičnost određenih činjenica ka uvjerenju u njihovu izvjesnost, od saglasnosti s jednom verzijom ka saglasnosti s drugom, koja često u cjelini isključuje prvu – takav je u samoj opštoj formi težak put spoznavanja istine u krivičnom postupku, gdje se traži razjašnjenje u prošlom, gdje je nužno stalno tragati, upoređivati, dokazivati. Istina činjenica, koja sačinjava predmet i cilj procesnog ispitivanja, nikada ne leži na površini i nije data u gotovom vidu. Istražitelj, tužilac, sud pronalazi katkad tu istinu usred bezbrojnog nagomilavanja slučajnih veza, propuštajući kroz prizmu svog opažanja masu činjenica, pojava, zbivanja čije se mnoge posljedice pokazuju kao irelevantne po predmet ispitivanja. Na tom putu, potpuno su moguće zablude i pogreške, uslovljene predubjeđenjem istražitelja, koji postaje na početku svoje djelatnosti usljed ograničenosti činjeničnog materijala, plijenom jedne, bilo koje verzije o krivičnom događaju.⁷

Osnov sumnje i osnovana sumnja

Osnovi sumnje (indicije, osnovi podozrenja) predstavljaju, dakle, polazni oblik sumnje, inicijalnu kapislu za početak sprovođenja kriminalističke obrade, tj. angažovanje policijskih istražilaca na otkrivanju i rasvjetljavanju svih relevantnih činjenica i okolnosti koje su u vezi sa konkretnim krivičnim djelom ili učiniocem. Oni su oblik vjerovatnosti koji se zasniva na određenim činjenicama i okolnostima koje ukazuju na mogućnost postojanja krivičnog djela ili neke osobe kao mogućeg učinioca. Osnovi sumnje obilježeni su niskim diferencijalnim domašajem, na osnovu njih omogućava se tek donošenje preliminarne kriminalističke diferencijalne dijagnoze u pogledu djela ili mogućeg učinioca. U literaturi se još nazivaju i dovoljna sumnja.⁸ U praksi se veoma često dešava da je granica između opšte sumnje i osnovna sumnje dosta nejasna, stoga je za njihovo razlikovanje potrebno poznavanje posebnih obilježja navedenih oblika sumnje. Glavni kriterijum za razlikovanje opšte sumnje od osnovane sumnje, leži upravo u njihovom stepenu vjerovatnoće. Naime, opšta sumnja se temelji na opštoj indiciji koja se ogleda u mogućnosti da usljed određenih okolnosti, na određenom mjestu ili prostoru određena lica izvrše određena krivična djela. Ovakvu konstataciju policijski istražiocci zasnivaju na svom prethodnom iskustvu, poznavanju kriminogenih faktora, tipologije delinkvenata, mehanizma nastan-

⁷ Vodinec V.: *op. cit.*, str. 83.

⁸ Modly D., Nedžad K.: *Kriminalistički rječnik*, Tešanj, 2002. godina, str. 421.

ka pojedinih krivičnih djela, modusa operandi pojedinih kategorija delinkvenata i sl. Dakle, ne postoji pripremanje krivičnog djela, niti postoji izvršeno krivično djelo, već postoji mogućnost da se na određenom prostoru i u određenom vremenskom periodu dogodi određeno krivično djelo. Za razliku od opšte sumnje, gdje postoji opšta indicija, kod osnova sumnje postoje određene indicije koje ukazuju na to da se priprema, da je izvršeno ili da je u toku izvršenje određenog krivičnog djela.

Osnov je sumnje svaka ona okolnost koja između izvjesnog lica i kažnjivog djela stoji u tako tjesnoj vezi da se, bespristrasno sudeći, po njoj kao vjerovatno može uzeti da je isto lice učinilo krivično djelo ili učestvovalo u kažnjivom djelu za koje se sumnjiči. Marković navodi da osnovi sumnje predstavljaju okolnost ili činjenicu koja ne ulazi u biće krivičnog djela, već stoji van njega. Osim toga, osnov sumnje po pravilu ne daje onaj stepen izvjesnosti koji mi zovemo dokazom, već samo jedan neznatniji stepen vjerovatnoće, koji se označava kao podozrenje, sumnja, vjerovatnoća. Kao opšta pretpostavka za pritvor u svim slučajevima traži se da protiv jednog lica postoji sumnja da je izvršilo kakvo krivično djelo. Prema tome, moraju se na prvom mjestu utvrditi znaci jednog krivičnog djela, tj. njegovo postojanje, a zatim sumnja da je izvjesno lice učinilac. Sumnja mora biti osnovana i ne smije predstavljati samo prost utisak sumnje.⁹

Osnov sumnje posoji tada kada se na temelju bilo kakvog podatka putem logičkog zaključivanja može opravdati pretpostavka o postojanju krivičnog djela. Intenzitet osnova sumnje može biti vrlo različit. Krivična je stvar događaj iz prošlosti koji u postupak ulazi ukoliko se odlikuje određenim obilježjima. Nije dovoljno da ovaj događaj budi samo običnu sumnju da sobom predstavlja krivično djelo. Običnu sumnju treba shvatiti kao prisustvo nevjerice u ono što se opaža, odnosno kao naslućivanje da postoji nešto drugo od onoga što se pokazuje. Prema našem ZKP-u, za pokretanje postupka potrebno je prisustvo osnova sumnje, tj. činjenica i okolnosti koje omogućavaju sumnju, a za podizanje optužnice neophodno je postojanje osnovane sumnje, naime činjenica i okolnosti koje opravdavaju sumnje.

Neki procesualisti smatraju da se u svojstvu osnova sumnje mogu pojaviti bilo koji činjenični podaci, praveći razliku između subjektivnog i objektivnog pojma osumnjičenog. Sumnja koja se pojavila, mora biti potvrđena objektivnim informacijama da bi prestala biti subjektivnom pretpostavkom.

Osnovi sumnje o izvršenju krivičnog djela i njegovih učinioca nisu ništa drugo nego verzija koja može biti manje ili više vjerovatna, ali uvijek ostaje samo verzijom, sve dok je vjerovatna. To znači da se naredba o otvaranju istrage donosi na temelju verzije, tačnije rečeno, činjenica koje sugerišu i zasnivaju tu verziju. Svakako da ova verzija (osnovi sumnje) motiviše na praktičnu djelatnost sa ciljem da se utvrde činjenice koje bi poslužile kao temelj za postizanje izvjesnosti, dok je vjerovatnost tek njegov početak. Izvjesnu razliku između vjerovatnoće i verzije

⁹ Marković B.: Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1937. godina, str. 248.

чини sam sadržaj verzije (to su one još nepoznate i pretpostavljene činjenice), čije je razjašnjenje nužno ili pretpostavke o vezi između dokaza i predmeta dokazivanja. Baš ta činjenica što se krivični postupak ne može zadovoljiti vjerovatnim saznanjem o krivičnoj stvari, a postoji potreba za ukidanjem dijlektičke protivrječnosti između pretpostavljenih objašnjenja činjenica u verzijama i principa objektivne istine koji ne trpi verzije kao definitivum, određuje funkciju verzije kao instrumenta za kretanje u procesu prelaženja od vjerovatnog prema izvjesnom znanju. Ta se protivrječnost mora odstraniti otkrivanjem i provjeravanjem svestranih i potpunih činjenica.¹⁰

Osnove sumnje predstavljaju polazni oblik i najniži stepen vjerovatnosti s kojim započinje istraživanje nekog događaja. Pojam osnova sumnje može se shvatiti i kao postojanje nekih podataka iz kojih proizilazi sumnja, što bi značilo da podaci ne moraju biti prevladavajući ili vrlo čvrsti, već mogu biti i na niskom nivou. Osnove sumnje su, prema sudskoj praksi, najniži nivo vjerovatnoće. Ne može se izmjeriti ni izraziti statistički kao neki odnos vjerovatnoće, već se prema pravilima kriminalistike može iskustveno odrediti za različite vrste krivičnih djela. U američkom sistemu su nivo osnova sumnje pokušavali brojčano odrediti i naišli su na prijedloge od 30% do 51% vjerovatnoće, što pokazuje velike subjektivne razlike sudija u procjeni. Procjena nivoa sumnje je inače vrlo složeno područje, tako da se čak i sudovi unutar iste države međusobno razlikuju u tumačenju tog pojma.¹¹

Možemo uvidjeti da osnovi sumnje mogu da ukazuju na: a) izvršeno krivično djelo čiji je izvršilac i dalje nepoznat, b) izvršeno krivično djelo čiji je izvršilac poznat, i c) određeno lice kao izvršioca krivičnog djela čija osnovna obilježja još uvijek nisu otkrivena.¹²

Takođe, možemo zaključiti da se osnovi sumnje, odnosno indicije, mogu javiti prije izvršenog krivičnog djela, za vrijeme izvršenja, ili poslije izvršenja krivičnog djela. One se, s obzirom na elemente krivičnog djela, mogu odnositi na: mjesto, vrijeme, način i motiv izvršenja.

Kriminalističko postupanje policije i preduzimanje kriminalističko-operativnih i dokaznih radnji na planu otkrivanja i rasvjetljavanja krivičnih djela, uslovljeno je postojanjem određenog stepena sumnje.

Stroga diferencijacija osnovane sumnje i osnova sumnje, a posebno definicija osnovane sumnje, isključivo je teorijski problem i, prije svega, zadatak krivičnoprocesne teorije. Praksa ne samo što ne mora da se time bavi, već ona i ne treba da osnovanu sumnju definiše na striktan način. U praksi se, višegodišnjim postupanjem sudova i uopšte službenih aktera krivične procedure, izgrađuju stabilni kriterijumi na kojim dokazima se temelji osnovana sumnja i stepen dokaznog kredibiliteta. Po našem mišljenju, to i predstavlja razlog što se zakonom ne definiše osnovana sumnja,

¹⁰ Vodinelic V.: *op. cit.*, str. 93.

¹¹ Karas Ž.: Osnove sumnje i osnovana sumnja - zatvoreni krug indicija, Policijska sigurnost, Zagreb, 2011. godina, str. 618.

¹² Krivokapić Vladimir: Kriminalistička taktika, Policijska akademija, Beograd, 2005. godina, str. 84.

jer se to prepušta slobodnom uvjerenju službenih aktera krivičnog postupka, a prije svega suda, s tim što je u tom pogledu presudan uticaj sudske prakse. To slobodno uvjerenje se, naravno, realizuje u okvirima načela slobodne ocjene dokaza i pravila koja se odnose na teret dokazivanja.¹³

Osnovana sumnja je viši stepen sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo. Osnovana sumnja je utemeljena na prikupljenim podacima, dokazima i obaveštenjima na osnovu kojih se donosi zaključak da je učinjeno određeno krivično djelo od strane određenog lica. Po sticanju osnovane sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, policijski istražioc i su obavezni da bez odlaganja podnesu izvještaj nadležnom tužiocu. Ukoliko je lice u odnosu na koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti nepoznato, podnosi se prijava protiv nepoznatog učinioca.

Možemo zaključiti da se, za razliku od osnova sumnje, koji se mogu odnositi samo na krivično djelo ili samo na učinioca krivičnog djela, osnovana sumnja odnosi i na određeno krivično djelo i na njegovog učinioca, tj. osnovana sumnja se ne može odnositi na određeno lice kao učinioca krivičnog djela čija osnovna obilježja još uvijek nisu otkrivena, jer se upravo osnovana sumnja zasniva na utvrđenim činjenicama i okolnostima koje ukazuju na krivično djelo i učinioca. Te utvrđene činjenice i okolnosti nazivamo dokazima. Dokazi u krivično-procesnom smislu su činjenice na osnovu kojih se utvrđuje postojanje ili nepostojanje spornih pravno relevantnih i drugih činjenica koje se utvrđuju u krivičnom postupku. U kriminalističkom smislu, pod dokazima podrazumijevamo izjave lica, zatim pronađene tragove i predmete koji potvrđuju ili opovrgavaju vezu nekog lica sa krivičnim djelom, ili ukazuju na postojanje, odnosno nepostojanje neke sporne činjenice u vezi sa konkretnim krivičnim djelom. Dakle, osnovana sumnja je zasnovana na provjerenim i utvrđenim činjenicama i dokazima na osnovu kojih se može zaključiti da je određeno lice učinilac krivičnog djela za koje se sumnjiči.

Upoređujući osnove sumnje i osnovanu sumnju, možemo zaključiti da osnovi sumnje predstavljaju neprovjerene činjenice i okolnosti o krivičnom djelu i učiocu, oni predstavljaju polazni osnov za pokretanje krivičnog postupka i preduzimanje mjera i radnji u cilju razjašnjenja konkretnog kriminalnog događaja. Nasuprot osnovi sumnje, osnovana sumnja zasnovana je na provjerenim i utvrđenim činjenicama i dokazima iz kojih se može zaključiti da je konkretno lice izvršilac krivičnog djela za koje se sumnjiči.¹⁴

Kod osnova sumnje policija ne raspolaže pravim provjerenim podacima i nije u mogućnosti da stvori verziju o krivičnom djelu i učiocu, dok to nije slučaj kod osnovane sumnje. Jedino je osnovana sumnja u skladu sa pretpostavkom nevinosti,

¹³ Škulić, M.: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, Službeni glasnik, 2007. godina, str. 117.

¹⁴ Milidragović D.: Kriminalistički i krivičnoproceni aspekti osnova sumnje i osnovane sumnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku, NBP - Naka, bezbednost, policija, Časopis, 2008. godina, str. 115.

koja predstavlja opšti krivičnoprocesni institut. Ona se zbog toga ne mijenja (djeluje tokom cijelog krivičnog postupka) i traje sve dok se ta pretpostavka ne obori ili potvrdi. Ovakvo uspostavljen odnos između osnovane sumnje i pretpostavke nevinosti ima za posljedicu dvije pojave: s jedne strane, osnovana sumnja opstaje na tom nivou saznanja čak i u slučajevima kada je izvršenje krivičnog djela od strane određenog učinioca nesporno, već i u momentu samog pokretanja krivičnog postupka. S druge strane, osnovana sumnja se ne mijenja tokom krivičnog postupka, niti prelazi u novi kvalitet.¹⁵

Rad s osnovama sumnje

Osnovi sumnje se odnose, prvo, na problem ustanovljavanja postojanja krivičnog djela, i drugo, na otkrivanje učinioca i utvrđivanje njegove krivice. Nama se čini evidentnim da se policijski organi u vezi sa ovim drugim pitanjem moraju rukovoditi principom maksimuma broja osumnjičenih, jer će samo tako moći pronaći onu osobu koja će kasnije postati osnovano sumnjiva, tj. protiv koje će se podići optužnica.

Iako se unaprijed zna da sve te osobe nisu i ne mogu biti učinioci konkretnog krivičnog djela, takvo postupanje je neophodno, jer se među tim osobama, samo ako su sve uvedene u krug sumnjivih, mora nalaziti i istinski učinilac krivičnog djela. Bez primjene principa maksimuma broja osumnjičenih, policijski organ se izlaže vrlo ozbiljnoj i realnoj opasnosti da ne pronađe učinioca i, što je još gore, da prijavi nevinu osobu.

Upravo radi kasnijeg eliminisanja, ovdje se pomoću osnova sumnje vrši određivanje kruga sumnjivih osoba, pri čemu, naročito na početku operativno taktička djelatnost policijskih istražilaca mora iz navedenih razloga ići široko u svom traganju.

Policijski istražioc i će vrlo često pronaći čitav niz lica na koja se odnosi po neka od osnova sumnje. Taktika i metodika otkrivanja učinioca su tako izgradile da se traže i pronalaze sve osobe: a) koje su bile prisutne na mjestu izvršenja neposredno pred, za vrijeme i neposredno poslije izvršenja djela, b) koje su mogle da imaju motiv za izvršenje djela, c) koje imaju tjelesna svojstva kao i učinilac, d) koje posjeduju ista znanja i vještine, e) koje imaju iste ili slične karakterne osobine, f) koje posjeduju poznavanje okolnosti koje su poznate učiniocu, g) koje posjeduju sredstva i oruđa izvršenja djela, h) koje uživaju korist od krivičnog djela, i) na kojima se ispoljava fizičko i psihičko djelovanje krivičnog djela, j) koje su ranije vršila istovrsna djela na isti ili sličan način, itd.

Svaki od navedenih i drugih osnova sumnje može se odnositi, najčešće je to i slučaj, na više osoba. Upravo zbog toga su to samo osnove sumnje prvi i najniži stepen vjerovatnoće. Iz kruga sumnjivih treba eliminisati sva lica na koja ukazuje po

¹⁵ Jekić, Z.: Dokazi i istina u krivičnom postupku, Beograd, Pravni fakultet, 1989. godina, str. 60.

neka osnova sumnje, ali ne i ostale prikupljene osnove sumnje. Pri ostvarivanju eliminacionog postupka treba biti veoma oprezan i razuman, iz dva razloga. Prvo, više osoba mogu da podijele uloge kao saučesnici jednog krivičnog djela, pa se tada na svakog od njih odnosi samo poneka od osnova sumnje. Drugo, jedna osnova sumnje u zavisnosti od najrazličitijih okolnosti može imati u raznim situacijama i različite uzroke, i u skladu s tim i različita objašnjenja (verzije).

Radi pronalazjenja pravog uzroka i istinitog objašnjenja (istinite verzije) osnova sumnje, potrebno je planirati sve realno moguće verzije. Planiranje verzija nije ništa drugo nego funkcija metode eliminacije. Da bi se mogao pronaći onaj istinski uzrok i dati istinito objašnjenje treba ispitati sve moguće uzroke, provjeravajući sve potrebne verzije, pa eliminisati one koje nisu mogle izazvati ovu posljedicu, tj. osnovu sumnje. Poslije razmatranja osnova sumnje prikupljenih u prvom zahvatu i naknadnim operativnim radnjama, stvarni krivac se pronalazi na taj način što se isključuju nevine osobe na koje su ukazale pojedine osnove sumnje.

Primjenjujući metod eliminacije u nastojanju da od osnova sumnje stvori osnovanu sumnju, policijski istražilac ispituje da li se kod osumnjičenog obistinjuju okolnosti koje nužno obilježavaju učinioca.

Sasvim je jasno da slaganje sve većeg broja osnova sumnje povećava vjerovatnoću da je određeno lice učinilac tog djela ili, u drugačijoj formulaciji, s porastom broja okolnosti koje se sjedinjuju kod tog lica raste i vjerovatnoća da osim nje ne postoji niko drugi, kod koga bi bio ostvaren isti sticaj osnova sumnji. Međutim, treba u najvećoj mjeri uzimati u obzir i kvalitet tih osnova sumnje. Svojevrsnost i individualno kombinovanje osnova sumnje vrlo su značajni. To ne podrazumijeva aritmetički zbir osnova sumnje. Mnogo nekvalitetnih osnova sumnje ne može da preraste u osnovanu sumnju, već obrnuto, mali broj svojevrsnih osnova sumnje može da ostvari osnovanu sumnju. Kada sve indicije, uzete kao sastavni dokaz, ukazuju samo na određeno lice kao učinioca krivičnog djela, to lice je osnovano sumnjivo.

Na samom početku činjenice se ustanovljavaju sa manjom (osnovi sumnje) ili većom vjerovatnoćom (osnovana sumnja). Ta vjerovatnoća treba da se pretvori u pouzdanost na osnovu procesne djelatnosti (istrage i glavne rasprave). Istraga počinje s osnovima vjerovatnoće (osnovima sumnje), ali se presuda donosi na osnovu izvjesnosti, odnosno u nemogućnosti utvrđivanja izvjesnosti po principu *in dubio pro reo*. Osudu je moguće donijeti samo ako je vjerovatnost prerasla u izvjesnost. Postavlja se pitanje šta razlikuje vjerovatnost od pouzdanosti? Najveći broj, kako procesualista, tako i kriminalista smatra da sud ne može steći apsolutno sigurno znanje o činjeničnom stanju, pa su uvijek date i apstraktne mogućnosti njihova neegzistiranja, odnosno drugačije egzistencije nego što je to po slici koju je stvorio sud. Kako se zabluda u kriminalističkoj praksi praktično ne može isključiti, visoki stepen vjerovatnoće, koji je stvoren uz najsavjesniju i najiscrpniju primjenu postojećih saznavnih sredstava, mora da važi kao istina, odnosno izvjesnost.¹⁶

¹⁶ Vodinelic V.: *op. cit.*, str. 87.

Prema našim pozitivno važećim krivičnopravnim zakonima, sankcija može da opravda samo ono što je izvjesno, a to znači da isključuje svaku mogućnost drugačijeg i suprotnog postojanja odlučnih činjenica. Vjerovatnost pak ostaje uvijek i svud samo ovakav (niži) ili onakav (viši) stepen mogućnosti zbivanja činjeničnog stanja. Vjerovatnoća je, prema svojoj definiciji, nešto neodređeno, što je razapeto između mogućnosti i njenog eventualnog ostvarenja. Kada je riječ o vjerovatnoći u krivičnom postupku, njeno povećanje znači istovremeno smanjenje entropije (informativnog deficita).

Istina i vjerovatnoća predstavljaju kategorije gnoseološke vrijednosti i u teoriji istine, kada je riječ o krivičnom postupku, znamo samo za dvovalentnu vrijednost stavova: istina i pogreška. Prema toj dvovalentnoj logici, na osnovna pitanja u krivičnom postupku moramo odgovarati samo sa: da ili ne. Vjerovatnoća u krivičnom postupku nije osnovna ni definitivna vrijednost saznanja. Tačno je da postoje saznanja granične, vrlo visoke vjerovatnoće, ali nije pravilo da se one pojmovno identifikuju sa izvjesnošću. Postizanje izvjesnosti jeste onaj viši princip koji omogućuje sudu da pronade istinu u konkretnom krivičnom postupku. Izvjesnost nastaje samo onda kada su upotrijebljene sve kriminalističke i druge naučne metode, utvrđene i istražene sve neophodne okolnosti, argumentovano ispitivane sve moguće verzije, te je isključena mogućnost suprotnog ili drugačijeg.¹⁷

Vjerovatnoća i izvjesnost ne razlikuju se samo kvantitativno, nego između njih postoji kvalitativna razlika, vjerovatnoća nije subjektivna. Iskaz nije vjerovatan po tome što mi tako mislimo o njemu. Pošto su date činjenice, koje opredjeljuju naše znanje, to se u tim okolnostima koje smatramo vjerovatnim, fiksira ono što je objektivno i ne zavisi od našeg mišljenja. Vjerovatnost je količinska mjera, određujući stepen mjere mogućnosti. Moguće je samo ono što je u bilo kojoj mjeri vjerovatno, što je nevjerovatno to je nemoguće. Vjerovatnost je pokazatelj zrelosti date mogućnosti. Maksimalna vjerovatnoća je pokazatelj toga da je mogućnost dostigla moment prerastanja u stvarnost.¹⁸

Izvjesnost nije viši i najviši stepen vjerovatnoće, nego fenomen koji je u suštini, načelno nešto drugo.

Šta znači vjerovatnoća?

Vjerovatnoća u krivičnom postupku znači samo da je saznanje organa krivičnog postupka još (ili definitivno) nedovoljno i nepotpuno, da on ne raspolaže snažnim i uvjerljivim dokazima koji su neophodni da bi sudsko uvjerenje dobilo kvalitet izvjesnosti. Sve što je sud utvrdio na osnovu vjerovatnoće ne može biti drugačije nego vjerovatno, a ne izvjesno. Vjerovatnoća ostaje uvijek i bez izuzetka na nivou

¹⁷ Vodinelic V.: *op. cit.*, str. 87.

¹⁸ Breslavski A.: *Sootnošenie kategorii neobhodimosti i slučajnosti*, Moskva, 1964. godina, str. 9.

verzije i osuda, makar bila zasnovana i na najvišem stepenu vjerovatnoće. Svijest o izvjesnosti zasnovana je na ostvarenom zahtjevu da se koriste strogi dokazi, na uvjerenju o utvrđenoj neophodnoj kauzalnoj uzročnosti, koje ne dopušta vjerovatnoću (mogućnost) suprotnog ili drugačijeg.¹⁹

Kriminalistička praksa i dokazna teorija prikupile su i obradile niz primjera koji nepobitno dokazuju da vjerovatnoća, iako vrlo niska, može da bude tačna, i obrnuto, vrlo velika vjerovatnoća se u ponovljenom postupku objelodanila kao sudska zabluda. U svakom slučaju sud mora težiti za ustanovljavanjem izvjesnosti (isključivanjem svake mogućnosti drugačijeg).

Smisao vjerovatnosti nalazimo u njenoj funkciji metode eliminacije u krivičnom postupku. Kriminalista mora da planira i manje vjerovatne, pa neki put i nevjerovatne verzije, jer kriminalistička praksa je pokazala da u ponekom krivičnom predmetu najnevjerovatnija verzija se pokaže kao istina, nasuprot objašnjenjima koja su izgledala najvjerovatnijim. To nas obavezuje na oprez i sud mora provjeriti sve moguće verzije i odbaciti ih kao neutemeljene, jer sve nesporno utvrđene činjenice isključuju mogućnost svake druge verzije, osim one koju je sud usvojio kao pouzdano utvrđenu i stavio u osnovu svoje presude. Takav prilaz problemu vjerovatnosti i pouzdanosti u krivičnom pravosuđu zatvara vrata šabloniziranju, proizvoljnosti i subjektivizmu. Sud mora stvoriti osnovu za osudu u pouzdanosti svog zaključivanja o činjeničnom stanju, polazeći od načelnog stava da se pouzdanost ne smije degradirati i svesti na vjerovatnost, koliko god ona bila visoka. Vjerovatnoća mora završiti obustavom krivičnog postupka, odnosno oslobađajućom presudom ako ne preraste u izvjesnost.

Vjerovatno znanje je uslovljeno nepostojanjem potrebnog broja i kvaliteta kriminalističkih informacija. Krivičnopravna relevantna činjenica je stvaran događaj koji ne zavisi od toga da li je uopšte spoznata, kao i da li je pravilno ili nepravilno spoznat. Ona ne može biti nepouzdana, nevjerodostojna ili pouzdana, vjerodostojna, jer su pouzdanost i vjerodostojnost svojstva znanja o činjenicama, a ne samih činjenica. Činjenice naprosto jesu ili nisu, one postoje ili ne postoje.

Vjerovatnost znači da sudovi organa krivičnog postupka mogu biti i ostati samo pretpostavke i kao takvi imaju provizorni karakter upravo sve dok su vjerovatni. U osnovi izvjesnog (sigurnog) suđenja nalaze se potpune i svestrano provjerene kriminalističke informacije, dok osnovu vjerovatnog suđenja čine (još) nepotpune i nedovoljno provjerene informacije. Razvoj procesa dokazivanja kao spoznajne djelatnosti često počinje sa manje ili više visokim stepenom vjerovatnosti da je izvršeno krivično djelo i da ga je izvršilo određeno lice, ali konačno rješenje krivične stvari moguće je dati samo kada se vjerovatnost pretvori u izvjesnost.

Krivični postupak pokreće se, jer je vjerovatno da je izvršeno krivično djelo i da ga je izvršila određena osoba, iako je u tom trenutku još neizvjesno šta se u stvarnosti dogodilo. Vjerovatnoća znači i može da znači samo određenu pretpostav-

¹⁹ Vodinelić V.: *op. cit.*, str. 88.

ku koja se mora provjeriti svim radnjama. Vjerovatnoća ne znači ovdje ništa drugo nego verziju da je učinjeno krivično djelo, za koje se goni po službenoj dužnosti i da je to djelo učinila određena osoba. Ta verzija ukazuje operativnoj djelatnosti i istrazi na puteve kojima se mora kretati, ali ničim ne prejudicira rezultate tih djelatnosti.²⁰

Sistem dokaza u krivičnom postupku

Unutrašnje uvjerenje, kao i sumnjanje, imaju svoju osnovu u objektivnoj stvarnosti, jer se činjenice pojavljuju kao izvor intelektualnih emocija i rasuđivanja. Proces sudskog spoznavanja teče od neznanja i početnog nepotpunog znanja do pouzdanog znanja, koje čini sadržinu izvjesnosti. Važno je istaći da se ocjena dokaza vrši kroz čitav postupak, a ne samo na glavnoj raspravi i da se istraživanje kreće od mogućeg i vjerovatnog do vjerodostojnog i istinitog.

Na početku, kada raspoložemo sa „osnovima sumnje“ nemamo u svijesti istražioca odražen sistem indicija, jer još nedostaju ne samo mnoge činjenice, nego i sasvim precizne veze među onim otkrivenima, kao eventualnim elementima jednog budućeg sistema „osnovane sumnje“. Profesor Vodinelić navodi da je u granici između nesistemnog i sistemnog znanja našao dijalektički materijalizam u cjelovitosti, integritetu, potpunosti i saglasnosti svih potrebnih elemenata (dokaza).

Dokazivanje u krivičnom postupku predstavlja kretanje od poznatog ka nepoznatom do potpunog i pravilnog saznanja krivične stvari, a dokazivanje u procesnom smislu označava sistematski stav operativnih aktivnosti, koji čine otkrivanje, izvođenje, provjeravanje i ocjena dokaza.²¹ Krivični postupak, kao nerazdjeljiva cjelina, gradi svoje faze idući od početnog neznanja ka sve većem i na kraju, izvjesnom znanju, dolazeći do istine u jedinstvenom procesu prerastanja vjerovatnoće u izvjesnost.

Dokaz u krivičnom postupku nije ništa drugo nego takva promjena u krivičnom događaju i njegovim reliktima (tragovima i predmetima krivičnog djela), koji se pokazuju kao krivično pravno relevantni, te je zbog toga neophodno da se procesno fiksira baš ta promjena, a ne neka kasnija koja nema značenje i ne može biti dokaz. Pravosuđe bi u svojoj organizaciji i praktičnom radu moralo polaziti od saznanja da postojeća dokazna informacija u većini slučajeva podliježe brzom mijenjanju. Ta se promjena ne da restituirati, a vrlo često niti poznati, pa sudija ne zna da nema više posla s krivičnopravnim relevantnim, nego s drugim, novim, irelevantnim identitetom. Otuda pogrešno uzima kao dokaz nešto što to više nije (genetički, apstraktni identitet je sačuvan, ali je promijenjen konkretni identitet koji se jedini računa).²²

Na samom početku krivičnog postupka postoje izolovani, nepovezani osnovi sumnje koji ne dopuštaju strukturirani sistem dokaza (osnovi sumnje mogu ići

²⁰ Ibidem.

²¹ Dimitrijević D.: Krivično procesno pravo, Beograd, 1975. godina, str. 195.

²² Vodinelić V.: *op. cit.*, str. 62.

od opšte, tek nagovještene, naslućene sumnje, do sasvim određenih osnova sumnje, koje su tako neznatnog kvantiteta i slabog kvaliteta da je vjerovatnoća kao mjera mogućnosti sasvim još neznatna, slaba). Takve osnove sumnje nalažu istražnim organima da prikupljaju dalje osnove sumnje, ne bi li se sumnja raspršila ili postigla osnovana sumnja (veći stepen vjerovatnoće) koja je još uvijek samo vjerovatnoća, ne postiže drugi sasvim novi kvalitet. Sada već imamo privremeno i provizorno strukturirani sistem dokaza, koji još pokazuje veoma labav nivo privremene cjelovitosti, integrisanosti i saglasnosti svih njenih elemenata. Taj nivo još nije prešao granicu vjerovatnoće, jer upravo u krivičnom postupku treba preduzeti sve potrebne radnje, čiji će rezultati pobiti tu vjerovatnost ili je uzdići do izvjesnosti.

Sud ne stvara prosti spisak indicijalnih i neposrednih dokaza, nego je upravo zadatak dokazivanja u tome da se izgradi sistem dokaza. Na početku ovaj sistem se pojavljuje kao provizoran, još nepotpun, to je sistem čija struktura nije čvrsta, saglasnost nije definitivna, integrisanost tek privremena. Nagomilane kvantitativne promjene nisu još dovele do potrebne kvalitativne promjene, izvjesnosti.

Sistem dokaza mora se odlikovati definitivnom integrisanošću i postupnošću, kako bi bio podoban da stvori izvjesnost. Kvalitet i nije ništa drugo nego cjelokupnost sistema. Upravo stoga osnovana sumnja ne može biti taj novi kvalitet. Ona je tek nagovještaj jednog eventualnog čvrsto integrisanog sistema dokaza, vjerovatnoća takvog sistema. Istraga, rukovodeći se presumpcijom nevinosti (što odgovara upravo osnovima sumnje), ima za jedan od ciljeva da stanje krivične stvari raščisti u toj mjeri da bi tužilac mogao odlučiti hoće li podići optužnicu ili odustati od krivičnog gonjenja.

Krivični postupak je proces, a spoznata sudska istina – istina procesa, onda se kretanje sudskog saznanja od početnog neznanja do potpunog znanja o krivičnoj stvari može vršiti samo prema zakonu prelaska kvantitativnih promjena u kvalitativne, i obrnuto. Promjena strukture mora dovesti do promjene kvaliteta. Kvantitet je određenost pojave brojem, veličinom, opsegom ili slično. Dok je kvalitet cjelokupnost crta, zahvaljujući kojima se konkretni krivični događaj razlikuje od istorodnih.

Između količine i kvaliteta postoji unutrašnja veza, koja se izražava u kategoriji mjere. Određenom kvalitetu ne odgovara bilo kakav, nego sasvim određeni kvantitet. Svaki kvalitet ima „svoj“ kvantitet. Kvalitet i kvantitet su međusobno dijalektički povezani i nastupaju kao jedinstvo suprotnosti. Kvalitativna određenost bez kvantitativne ne postoji, kao ni obrnuto. Jedinstvo i sklad kvalitativnih i kvantitativnih strana krivičnog događaja izražava se u mjeri. Uvijek postoji tačka od koje količine, ako se mijenja, dovodi do kvalitetne promjene, a koja se naziva granicom mjere. Ako se u pojavi zbivaju kvantitativne promjene, one ne utiču na kvalitet dok se kreću u okviru mjere. Iza kvantitativne strane uvijek se krije kvalitativna priroda pojave. Kada se mjera naruši, kvantitativne promjene se odražavaju na kvalitativno stanje. Kvalitativne promjene sa svoje strane dovode do kvantitativnih. Pojava novog kvaliteta znači temeljitu promjenu spoznaje. Kvalitativno, novi objekt ima i

novе kvantitativne karakteristike. Kvalitet је јединство структуре и њених саставних елемената.²³

Професор Vodineлић наводи да не постоји таква промјена, па ни конкретни кривични поступак, који не би био подложен категорији мјере као јединству његове квантитативне и квалитативне одређености. Нема кривичног догађаја код кога количина не би била повезана са квалитетом, гдје одређеном квалитету не би одговарала одређена количина доказа.

Насупрот градираној вјероватноћи, ни Закон о кривичном поступку не познаје степеновану извјесност. Извјесност је увијек само једнозначна, апсолутна и то као резултат свих процесних радњи и одговарајућих мисаоних процеса који су сlijедили вјероватност од најнижег квантитета, без икакве структурiranости, па преко већег степена „основане сумње“ припремали дијалектички прелаз квантитета и квалитета у нови квалитет, извјесност. Извјесност је увјеренје суда да је постигнати систем доказа таквог квантитета и квалитета да је искључена могућност сваког другачијег тумачења чинјеничног стања.

Дијалектички скок вјероватноће у извјесност могућ је и нужан само зато што је извјесност у одређеном смислу и граница садржана у сваком поједином доказу, који до једног момента значи само вјероватност. Извјесност превладава вјероватноћу, она је укида, али истовремено у себи апсорбира. Извјесност се налази у повезаности свих доказа, који би, сваки за себе, значили само онај или овај степен вјероватноће. Сваки поједини доказ, узет сам за себе, нема нилу доказну вриједност, него садржи у себи „честичу извјесности“, али само с вјероватноћом, док је суду потребна извјесност коју може дати само цјелина потребних доказа. Претварање вјероватноће у извјесност збива се у свјести суда као одраз кривичног поступка, и то управо у виду прелаза квантитета у квалитет, и обрнуто. Није у питању злоупотреба, него примјена дијалектичког учења о појави, која се у дјелатности суда стално и свакодневно догађа.²⁴

Неспорно је да утврђивање границе мјере у свакој конкретној кривичној ствари припада надлежном органу кривичног поступка, а задатак теорије је да објасни природу и тенденцију појаве.

Закључак

На основу свега наведеног можемо увидјети да је сумња основно полазиште и елементарни дио сваке криминалистичке процедуре, као и то да се с обзиром на степен вјероватноће сумња у криминалистичкој процедури може јавити у облику: опште сумње, основа сумње и основане сумње.

Постојање основа сумње да је учињено кривично дјело за које се гони по службеној дужности, представља неопходан услов за ангажовање полицијских истражилака

²³ Vodineлић V.: *op. cit.*, стр. 96.

²⁴ Ibidem.

u smislu preduzimanja određenih opštih kriminalističkih i istražnih radnji i mjera u cilju otkrivanja krivičnih djela i njihovih učinilaca. Sticanjem osnova sumnje otvara se kriminalistička obrada, odnosno nastaje zakonska obaveza za policijske istražioce koja se sastoji u preduzimanju potrebnih opštih kriminalističkih i pojedinih istražnih radnji i mjera radi rasvjetljavanja krivičnih djela i otkrivanja njihovih učinilaca, onemogućavanja njihovog sakrivanja ili bjekstva, kao i pronalaženja i obezbjeđivanja tragova i predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, odnosno prikupljanja obavještenja od građana koja bi bila od koristi za vođenje krivičnog postupka. Koje će radnje i mjere biti preduzete od strane pripadnika policije po sticanju osnova sumnje zavisi od raspoloživih početnih informacija o određenom krivičnom djelu, načina saznanja i situacije konkretnog krivičnog djela. U kriminalističkoj obradi pripadnici policije najčešće preduzimaju opšte kriminalističke radnje, a u određenim slučajevima i neke istražne radnje. Preduzimanje navedenih radnji i mjera ima za cilj, najprije, utvrđivanje da li postoji konkretno krivično djelo ili učinilac povodom kojih postoje osnovi sumnje, a zatim, ukoliko se osnovi sumnje pokažu opravdanim, dalja aktivnost policije ima za cilj podizanje osnova sumnje na viši stepen sumnje, tj. osnovanu sumnju.

Literatura

- Aleksić Ž., Škulić M. i Žarković M.: Leksikon kriminalistike, Beograd, 2004. godina.
- Angeleski M.: Kriminalistička taktika, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje, 2003. godina.
- Breslavski A.: Sootnošenje kategorii neobhodimosti i slučajnosti, Moskva, 1964. godina.
- Dimitrijević D.: Krivično procesno pravo, Beograd, 1975. godina.
- Jekić, Z.: Dokazi i istina u krivičnom postupku, Beograd, Pravni fakultet, 1989. godina.
- Karas Ž.: Osnove sumnje i osnovana sumnja - zatvoreni krug indicija, Policijska sigurnost, Zagreb, 2011. godina.
- Kleines L.: Kriminalisten, Berlin, 1965. godina.
- Krivokapić V.: Kriminalistička taktika I, Policijska akademija, Beograd, 2000. godina.
- Krivokapić V.: Kriminalistička taktika, Policijska akademija, Beograd, 2005. godina.
- Marković B.: Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1937. godina.
- Milidragović D.: Kriminalistički i krivičnoprocesni aspekti osnova sumnje i osnovane sumnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku, NBP - Naka, bezbednost policija, Časopis KPA, 2008. godina.

- Modly D. i Nedžad K.: Kriminalistički rječnik, Tešanj, 2002. godina.
- Pavišić B., Modly D., Veić P.: Kriminalistika – knjiga prva, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2006. godina.
- Simonović B.: Kriminalistika, Kragujevac, 2004. godina.
- Simović, M., Simović, V., Todorović, LJ.: Krivični postupak BiH, Federacije BiH i Republike Srpske, Sarajevo, 2009. godina.
- Simović, M., Simović, V.: Krivično procesno pravo posebni dio, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Istično Sarajevo, 2011. godina.
- Škulić, M.: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, Službeni glasnik, 2007. godina.
- Vodinelic V.: Kriminalistika – otkrivanje i dokazivanje, I tom, Skopje, 1985. godina.
- Vodinelic V.: Kriminalistika, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996. godina.

CRIMINALISTICS AND CRIMINAL PROCEDURE ASPECTS OF SUSPECTING

Summary

Understanding in the criminal procedure flows from ignorance and an initial, incomplete knowledge of the certain knowledge, by passing through a series of stages. The dialectics of transformation of quantity into quality in criminal procedure, deals with the key points where the gradual quantitative changes moved into a new quality, a range of probabilities grown into a certainty.

The terms and phrases “reasonable suspicion”, “reasonable doubt” and “certainty” are nothing more than the nodal point in the development of specific criminal proceedings. Reliability is a concept and a term corresponding to a conviction or acquittal decision when it is determined that the defendant did not committed the crime - the final act, as the probability of the corresponding process of knowledge and belief of creation. Some phases of criminal proceedings corresponding gradations: eg. “Reasonable suspicion” to open an investigation, “reasonable suspicion” for indictment, conviction and certainty.

Certainty can only be unambiguous, absolute, unique, but only as a result of all procedural actions and thought processes which are, creating the likelihood of the lowest to the highest degree, preparing dialectical transformation of quantity into a new quality assurance.

The system of evidence in a particular criminal matter should be of such quality as to preclude any possibility of a different interpretation of fact, where the system of evidence is not evidence of some bunch, but his unit.

Tags: *doubt, reasonable suspicion, reasonable doubt, probability, certainty.*

PRAVNI ASPEKTI OSNIVANJA I FUNKCIONISANJA EUROPOLA, SA OSVRTOM NA BIH

Doc. dr Stevo Ivetić*

***Apstrakt:** U radu je dat prikaz nastanka, razvoja i pravnih osnova međunarodne policijske saradnje, kao jednog novog odnosa između država, ali i između država i međunarodnih organizacija, tj. izvedenih subjekata pravnog subjektiviteta. S tim u vezi, autor je sagledao ulogu i značaj koju danas ima Europol u kreiranju zajedničkog bezbjednosnog prostora u Evropi. Posebno su analizirani pravni aspekti ugovora iz Mاستrihta, Amsterdama i Lisabona u odnosu na pravni status Europola, sa posebnim naglaskom na značaj donošenja Odluke o osnivanju Kancelarije evropske policije – Europol. Također, predstavljen je pravni osnov saradnje policijskih agencija iz BiH sa Europolom i ukazano na potrebu daljnjeg unapređenja saradnje, uz istovremeno uvažavanje ustavnih i zakonskih nadležnosti u BiH.*

***Ključne riječi:** međunarodna policijska saradnja, Europol, Odluka o osnivanju Kancelarije evropske policije – Europa.*

UVOD

Ideja o saradnji evropskih policijskih agencija u borbi protiv međunarodnog kriminala stara je koliko i ideja o osnivanju Evropske unije. Prvi neformalni oblici saradnje zabilježeni su sedamdesetih godina prošlog vijeka osnivanjem TREVI grupe¹ od strane ministara unutrašnjih poslova i pravde država Evropske zajednice². Nadležnost TREVI grupe odnosila se na krivična djela međunarodnog terorizma i nasilja, prvenstveno na fudbalskim utakmicama, ali se vremenom proširila i na prekogranični kriminal unutar Evropske zajednice. TREVI grupa nije imala „karakter

* Висока школа унутрашњих послова Бања Лука, stevoi@mup.vladars.net

¹ Naziv TREVI potiče od skraćenice na engleskom jeziku: Terrorism, Radicalism, Violence International, ali je istovremeno i naziv fontane u Rimu, gdje je grupa 1976. godine i osnovana od strane 12 država Evropske zajednice.

² Tada su postojale: Evropska ekonomska zajednica, Evropska zajednica za uglj i čelik i Evropska zajednica za atomsku energiju.

međudržavne organizacije i nije posjedovala sopstveni stručni aparat³. Sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog vijeka upućivani su učestali zahtjevi za osnivanjem formalnih oblika policijske saradnje u okviru Evropske zajednice. Na Samitu Evrope u Luksemburgu 1991. godine, njemački kancelar Helmut Kol (Helmut Kohl) zatražio je osnivanje evropske policijske agencije po uzoru na američki federalni biro za istrage (FBI). Stav Velike Britanije i još nekoliko država bio je da saradnja u ovoj oblasti treba da bude što manje formalizovana i da se svodi na razmjenu informacija, oficira za vezu i slično.

Potpisivanjem Sporazuma o provođenju Šengenskog sporazuma u Šengenu 19. juna 1990. godine, ukinuta je carinska kontrola na graničnim prelazima između država članica Evropske ekonomske zajednice. Samim ukidanjem granica, ubrzao se protok roba i usluga između država članica ali, isto tako, i nesmetano kretanje izvršilaca krivičnih djela. U takvim uslovima, u okviru tadašnjeg trećeg stuba Evropske zajednice, počinje jačati ideja o potrebi stvaranja zajedničkog tijela za borbu protiv terorizma, nezakonite trgovine drogom i drugih teških oblika međunarodnog kriminala.⁴

Početakom devedesetih godina prošlog vijeka države članice Evropske ekonomske zajednice našle su se pred izazovima osiguranja prostora zajedničke sigurnosti od najtežih oblika krivičnih djela. Na zasjedanju Evropskog savjeta u Matrihtu 9. i 10. decembra 1991. godine usvojen je Ugovor o Evropskoj uniji koji je definisao ostvarivanje sigurnosti kao jedan od primarnih ciljeva Unije. Ugovorom se uređivala zajednička vanjska i sigurnosna politika, saradnja na području pravosuđa, unutrašnjih poslova, te ekonomske i monetarne stabilnosti Unije.

Prvi korak Savjeta Evrope prema formalizaciji evropske policijske saradnje predstavlja osnivanje Jedinice za borbu protiv droga (EDU), koja je prethodila formiranju Europol. EDU je postala operativna 10.03.1995. godine, stupanjem na snagu dokumenta o zajedničkom djelovanju (Joint action 95/73/JHA). EDU nije imala ovlaštenja za lišavanje slobode, ali je imala mandat da pruži pomoć nacionalnim policijskim agencijama u istragama krivičnih djela. Sa malim brojem zaposlenog osoblja i jednim ili dva oficira za vezu iz svake države članice, EDU je pružala pomoć rastućem broju istraga nacionalnih agencija država članica. Njen mandat se proširio i na druge oblike krivičnih djela međunarodnog karaktera, uključujući terorizam, krađe vozila i organizovani kriminal, čime je otvoren put za stvaranje punopravne evropske policijske kancelarije. EDU je postojala u periodu od 10.03.1995. do 01.06.1999. godine, kada njenu ulogu preuzima Europol.

Konvencija o osnivanju Europol, zasnovana na članu K. 3 Ugovora o Evropskoj uniji iz Matrihta, potpisana je 26. jula 1995. godine, stupila je na

³ Babović, B.: Policija u svjetskom poretku, NEA, Beograd, 1997. god., str. 110.

⁴ Vidi više: Ivanda, S., Dragović, F., Suradnja policije i pravosuđa u Evropskoj uniji od Matrihta do danas, Policija i sigurnost, 1-3/03, 2003. god., str. 43-60.

snagu 1. oktobra 1998. godine⁵. Konvencijom je uspostavljen Europol, definisani su organizacija i način rada, kao i oblasti za koje je nadležan. U skladu sa Konvencijom svaka država članica bila je dužna dodijeliti nacionalnu jedinicu za uspostavljanje veze između svojih nadležnih organa i Europola. Nacionalne jedinice šalju bar jednog oficira za vezu u sjedište Europola u Hagu. Oficiri za vezu predstavljaju interese svoje nacionalne jedinice i obezbjeđuju razmjenu informacija u oba pravca. Cilj osnivanja Europola je stvaranje efektivne saradnje između nadležnih vlasti država članica u prevenciji i borbi protiv međunarodnog organizovanog kriminaliteta. Amsterdamskim sporazumom iz 1997. godine Europolu se daje dodatna snaga, kao krovnom evropskom policijskom uredu, koji sve više preuzima potporna i koordinativnu ulogu u više antikriminalnih akcija na tlu država Evropske unije.⁶ Dakle, osnovni strateški cilj policijske saradnje, normativno zasnovane u navedenim dokumentima, jeste da se obezbijedi visok nivo zaštite građana u okviru prostora slobode, bezbjednosti i pravde, razvojem zajedničkih aktivnosti država članica u oblasti policijskih poslova u krivičnim stvarima.

Pojam Kancelarije evropske policije – Europol

Europol je evropska agencija za sprovođenje zakona čiji je zadatak da Evropu učini sigurnijom, pružajući pomoć državama članicama Evropske unije u njihovoj borbi protiv terorizma i teških oblika kriminala.⁷ Pravna osnova za formiranje Europola utvrđena je članom K.1. Ugovora o Evropskoj uniji iz Maastrichta iz 1992. godine.⁸ Ovim članom definisana su područja zajedničkog interesa država članica: politika azila; pravila koja regulišu prelazak osoba preko vanjskih granica država članica i vršenje granične kontrole na njima; imigracijska politika i politika prema državljanima trećih država; borba protiv ovisnosti o drogi; borba protiv prevara međunarodnih razmjera; pravosudna saradnja u građanskim stvarima; pravosudna saradnja u kaznenim stvarima; carinska saradnja i policijska saradnja radi sprečavanja i borbe protiv terorizma, nedopuštenog prometa drogama i drugih ozbiljnih oblika međunarodnog kriminala, uključujući određene oblike saradnje carina, vezano za sistem EU za razmjenu informacija unutar Europola. Deklaracijom o policijskoj saradnji, kao sastavnim djelom Ugovora iz Maastrichta, definisani su zadaci i nadležnosti Europola. Europol nema ovlaštenja za sprovođenje vlastitih operativnih aktivnosti, ali pruža podršku nacionalnim istražnim i bezbjednosnim agencijama u koordinaciji aktivnosti, posebno potrage i istrage, formiranju baza podataka, obavljanju analiza i procjeni informacija, objedinjavanju i analizi nacionalnih programa prevencije za

⁵ Objavljeno u „Službenom glasniku EU” (Official Journal), br.: C 316 , 27/11/1995 P. 0002 – 0032.

⁶ Sačić Ž.: Međunarodna suradnja Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske – oblici, ciljevi, obilježja i uočeni problemi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2000. god.

⁷ Vidi više: <https://www.europol.europa.eu/content/page/about-europol-17>, 5. oktobar 2011.

⁸ Glava VI. članak 31. revidirane verzije Ugovora o EU.

potrebe svih država članica, s ciljem izrade zajedničkih strategija prevencije, te mjera za unapređenje obuke, forenzike i kriminalističkih evidencija.

Savjet Evrope je 29. oktobra 1993. godine donio odluku da sjedište Europol bude u Hagu. Razlog odabira Haga za sjedište Europol⁹ leži u činjenici da ovaj grad ima dugu istoriju međunarodne saradnje u oblasti prava, kao i da je sjedište Međunarodnog suda pravde i Međunarodnog suda za ratne zločine u bivšoj Jugoslaviji. U drugoj polovini devedesetih godina prošlog vijeka, Evropska unija je provela mnoge promjene koje su uticale i na Europol. Usljed pristupanja Austrije, Finske i Švedske Evropskoj uniji, 1995. godine, broj država članica se povećao sa 12 na 15, a kao rezultat, 1997. godine, dolazi do potpisivanja Ugovora iz Amsterdama o izmjenama i dopunama Ugovora iz Matrihta. Ugovor iz Amsterdama je inkorporirao Ugovor iz Matrihta u zakonodavstvo Evropske unije. Dva Ugovora iz Šengena, iz 1985. i 1990. godine, na osnovu kojih su ukinute granice između država tzv. šengen zone¹⁰, potpisivanjem Ugovora iz Amsterdama postali su dio pravnog nasljeđa Evropske unije (EU Acquis Communautaire).

Šengenski sporazum je, pored svih pozitivnih aspekata omogućavanja bržeg i nesmetanog kretanja robe, kapitala i radne snage, omogućio izvršiocima krivičnih djela i kriminalnim organizacijama da djeluju na međunarodnom planu i putuju iz jedne u drugu državu članicu. Zbog ovakve situacije, uvedene su odredbe kojima je definisana saradnja sudske i granične policije kako bi se, kretanjem iz jedne u drugu državu članicu, spriječio „nestanak“ učinilaca krivičnih djela.¹¹ Dopunjeni tekst Ugovora iz Amsterdama omogućio je Europolu centralnu ulogu u koordinaciji policijskih operacija u okviru Evropske unije. Ugovor iz Amsterdama prvi put spominje ono što će se kasnije postati Zajednički istražni timovi (Joint Investigation Teams; JITs). Savjet je zaključio da je potrebno osnovati timove kao prvi korak u borbi protiv trgovine narkoticima i ljudima, kao i borbi protiv terorizma. Zajednički istražni timovi danas imaju ključnu ulogu u aktivnostima koje sprovodi Europol.

Konačno, 1. jula 1999. godine, Europol postaje potpuno operativan¹² nakon finalizacije brojnih pravnih akata koji se odnose na Konvenciju. Sa proširenim mandatom na zlostavljanje djece, terorizma i falsifikovanje novca, nadležnošću da potpisuje sporazume sa državama koje nisu članice te međunarodnim organizacija-

⁹ Europol je bio smješten u bivšoj katoličkoj školi koja datira iz 1920. godine, a koja je u II svjetskom ratu korištena od strane policijskog i obavještajnog servisa, da bi poslije rada pripala holandskom nacionalnom obavještajnom servisu. Obavještajni servis je ostao u objektu sve do 1994. godine kada je ustupljen Europolu. Tokom 2011. godine sjedište Europol je premješteno u novoizgrađeni objekat.

¹⁰ Šengen sporazumu su pristupila sve države članice EU, osim Velike Britanije i Irske, te neke države koje nisu članice Evropske unije (Island i Norveška).

¹¹ <https://www.europol.europa.eu/content/page/history-149>, 5. oktobar 2011.

¹² Prema trenutnim zvaničnim podacima, Europol koristi jedinstvene informacione sposobnosti i stručnost 700 zaposlenih, kako bi identifikovali terorističke mreže i najteže oblike krivičnih djela. Agencije za sprovođenje zakona u EU, prilikom sprovođenja gotovo 12.000 prekograničnih istraga svake godine, oslanjaju se na obavještajni rad i servis centra za operativnu saradnju te mreže za zaštitu informacija Europol.

ma, Europol je osposobljen da postane punopravni partner u borbi protiv kriminala. „Osnovne aktivnosti Europola su usmerene upravo na suzbijanje i borbu protiv teških oblika kriminaliteta, na razvijanju policijske saradnje u okviru Evropske unije i razmenu informacija radi omogućavanja uspješnije borbe nacionalnih policija protiv transnacionalnog kriminaliteta.“¹³

Konvencija o osnivanju Kancelarije evropske policije – Europol

*Konvencijom o osnivanju Europol je uspostavljen ne kao tijelo EU, već kao međunarodna organizacija sa vlastitim pravnim acquisiem, koja se finansira direktno kontribucijama država članica. Ciljevi Europola bili su: prevencija i borba protiv terorizma, neovlaštene trgovine drogom i teških oblika međunarodnog kriminala, gdje postoje činjenice (indicije) koje ukazuju na organizovanu strukturu koja učestvuje u izvršenju krivičnih djela u bar dvije države članice. Referenca terorizam koja je uključena u Ugovor iz Maastrichta nije bila uključena u prve nacрте Konvencije. Dodana je u aprilu 1995. godine na insistiranje Vlade Španije, koja je uložila prigovor da ukoliko Europol želi da opravda svoje postojanje, onda mora da se bavi i pitanjem terorizma koji utiče na države članice EU. Na sastanku Savjeta ministara, u martu 1995. godine, dogovoreno je da se najkasnije u periodu od dvije godine od stupanja na snagu Konvencije, Europol počne baviti problemom terorističkih aktivnosti. Originalna Konvencija predviđala je da Europol bude nadležan za borbu protiv međunarodnog organizovanog kriminaliteta povezanog sa trgovinom narkoticima, nelegalan promet nuklearnih i drugih radioaktivnih supstanci, krijumčarenje ilegalnim migrantima, trgovinu ljudima i krivična djela povezana sa motornim vozilima, zajedno sa krivičnim djelima, kao i pranjem novca povezanim sa nekim od navedenih krivičnih djela. Savjet je tokom godina proširivao mandat Europola i tako je Europol postao odgovoran za borbu protiv krivičnih djela, kao što su falsifikovanje eura, terorizam i pranje novca. Tokom 2002. godine Europolov mandat je proširen na sve oblike međunarodnog organizovanog kriminala navedenog u Aneksu Konvencije.*¹⁴

U pravnotehničkom smislu, Konvencija je bila relativno kratak dokument, jer je imala sedam poglavlja i ukupno 47 članova. U preambuli Konvencije i posebnog akta Savjeta Evropske unije navedeni su razlozi za osnivanje Europola:

- borba država protiv terorizma, najtežih oblika organizovanog kriminaliteta, ilegalnog prometa opojnih droga, i
- saradnja, međusobna solidarnost i poboljšanje bezbjednosne situacije u Evropi.

¹³ Babović, B., Policija u svetskom poretku, Beograd, 1997. god., str. 115.

¹⁴ Nikodinovska-Stefanovska, S., Europol Council Decision – New Legal Basis for Europol, Zbornik radova: Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, KPA Beograd, 2011. god., str. 220.

Od osnivanja Jedinice za droge Europol (EDU) određene su oblasti za koje je jedinica nadležna: neovlaštena trgovina drogom, trgovina nuklearnim i radioaktivnim materijalom, krijumčarenje ilegalnih imigranata, trgovina ljudima i krivična djela krađe vozila, kriminalne organizacije povezane sa pranjem novca. Ovim ulogama je dodano 18 drugih oblika međunarodnih krivičnih djela, koja se kreću od ubistava do organizovanih pljački, kidnapovanja, do trgovine oružjem. Lista uključuje rasizam i ksenofobiju, korupciju i ekološki kriminal, čiji počinioci ne potiču iz grupe organizovanog kriminala, nego prije iz vlada, državnih agencija i zvaničnika. Takođe, Europol je ovlašten da se bavi slučajevima pranja novca i sličnim krivičnim prestupima povezanim sa listom od 18 krivičnih djela i 5 uloga dodijeljenih Jedinici za droge Europol (EDU). Konvencija ovlašćuje Savjet za pravdu i unutrašnje poslove da proširi listu krivičnih djela.

Konvencija ovlašćuje Europol da skuplja, čuva i prosljeđuje obavještajne podatke koji su definisani kao povezana krivična djela: krivična djela počinjena u cilju nabavljanja sredstava za počinjenje krivičnih djela iz nadležnosti Europol; krivična djela počinjena u cilju izbjegavanja kaznene odgovornosti za počinjena krivična djela iz nadležnosti Europol. Da li će se krivično djelo definisati kao povezano krivično djelo, zavisi od definisanja tih krivičnih djela od strane različitih policijskih agencija. Na primjer, Velika Britanija uključuje optužbe o zavjeri i u slučajevima gdje postoji sumnja da je osoba u zavjeri sa nepoznatim licem.

Odluka o osnivanju Kancelarije evropske policije – Europol

Evropska konvencija o uspostavljanju Europol bila je predmet brojnih amandmana sadržanih u tri protokola, koja su stupila na snagu poslije dužeg procesa ratifikacije. Konačno je na osnovu naslova V, glave V Ugovora iz Lisabona o izmjeni Ugovora o EU i Ugovora o osnivanju EZ (Dokument 2007/ C306/01), Evropski parlament i Savjet ministara 6. aprila 2009. godine usvojio Odluku o uspostavljanju Kancelarije evropske policije (Europol)¹⁵. Zamjena Konvencije za Odluku olakšava donošenje budućih neophodnih amandmana. Pojednostavljenje i poboljšanje pravnog okvira Europol bilo je moguće ostvariti jedino organizovanjem Europol kao posebnog entiteta, posebne cjeline u okviru Unije, finansiranog iz generalnog budžeta Evropske unije. „Cilj Odluke je da obezbijedi Europolu pravni okvir koji može biti jednostavnije prilagođen promjenama okolnosti, nego što je to dozvoljavala prethodna Konvencija o Europolu i amandmanske procedure.“¹⁶ Uspostavljanje Europol kao entiteta Evropske unije povećava ulogu Evropskog parlamenta u kontrolisanju rada preko njegove uloge prilikom usvajanja budžeta, uključujući

¹⁵ Odluka broj: 2009/371/JHA, objavljena u „Službenom glasniku Evropske unije“ 15. maja 2009. godine (L121/37-66).

¹⁶ Nikodinovska-Stefanovska, S.: Europol Council Decision – New Legal Basis for Europol, Zbornik radova: Suzbijanje kriminala u okviru međunarodne policijske saradnje, KPA Beograd, 2011, str. 222.

plan osnivanja, te proceduru otpuštanja. Prelazak Europolu u subjekat općih pravila i procedura koja se primjenjuju prema sličnim entitetima Evropske unije, dovodi do pojednostavljivanja administracije, što omogućava usmjeravanje resursa prema ključnim zadacima Europolu.

Ova promjena statusa, po mnogima predstavlja unapređenje efikasnosti rada Europolu i ima za cilj osiguravanje pomoći Europolu nadležnim organima država članica u borbi protiv posebnih oblika najtežih krivičnih djela. Odlukom se ističe da treba ohrabrivati osnivanje zajedničkih istražnih timova i da je veoma bitno osoblju Europolu omogućiti učešće u njima. Da bi se osigurala takva mogućnost učešća u istragama u svim državama članicama, trebale bi postojati garancije da osoblje Europolu neće ostvarivati korist od imuniteta dok učestvuje u radu zajedničkih istražnih timova. Predviđeno je da će to biti moguće nakon usvajanja regulative bazirane na članu 16 Protokola o privilegijama i imunitetima Evropskih zajednica.

Odlukom se konstatuje da bi nacionalne jedinice Europolu trebale imati direktan pristup svim bazama Informacionog sistema Europolu, kako bi se izbjegle sve nepotrebne procedure. U smislu ostvarivanja ovih ciljeva, Europol obrađuje lične podatke na automatski način ili putem ručne pretrage datoteka. Prema tome, neophodno je preduzeti potrebne mjere kako bi se garantovao odgovarajući nivo zaštite podataka koji odgovara principima Konvencije o zaštiti pojedinaca u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka¹⁷, zajedno sa naknadnim izmjenama koje su stupile na snagu između država članica.

Okvirna odluka Savjeta po pitanju zaštite ličnih podataka, koja je obrađena u radnom okviru policijske i sudske saradnje, u krivičnim stvarima će se primjenjivati za prenos ličnih podataka od strane država članica prema Europolu. Relevantni dio o odredbama zaštite podataka u ovoj odluci neće biti pod uticajem Okvirne odluke i ova odluka bi trebala sadržavati posebne odredbe o zaštiti ličnih podataka, uređujući ovu oblast sa više detalja zbog posebne prirode, funkcije i nadležnosti Europolu. Odlukom se ističe postojanje potrebe za službenikom za zaštitu podataka koji će biti odgovoran da na nezavisan način obezbijedi zakonitost pri obradi podataka i poštovanja odredbi ove Odluke u vezi sa obradom ličnih podataka, uključujući i obradu ličnih podataka o osoblju Europolu. Trebalo bi proširiti postojeće mogućnosti za stvaranje i upravljanje sistemima za obradu podataka Europolu. Takav prošireni sistem za obradu podataka treba uspostaviti i održavati u skladu sa generalnim principima zaštite podataka sadržanih u Konvenciji Savjeta o zaštiti pojedinaca vezano za automatsku obradu ličnih podataka. U cilju ispunjavanja ovog zadatka, Europol bi trebao da saraduje sa institucijama, tijelima, kancelarijama i agencijama Evropske unije, uključujući i "Eurojust" (Jedinica za pravosudnu saradnju osnovana kako bi obezbijedila sigurnost u oblasti slobode, bezbjednosti i pravde)¹⁸, osiguravajući adekvatan nivo zaštite podataka.

¹⁷ Strazbur, 28. januar 1981. godine.

¹⁸ <http://www.eurojust.europa.eu>, 22. novembar 2011.

Odlukom se ističe da bi upravljanje radom Europolu trebalo poboljšati uvode-
njem pojednostavljenih procedura, boljim opisom radnih zadataka Upravnog odbo-
ra i uspostavljanjem opšteg pravila da se sve odluke donose dvotrećinskim brojem
glasova. Isto tako, poželjno je da se omogući bolja kontrola nad radom Europolu od
strane Evropskog parlamenta, kako bi se osiguralo da Europol u potpunosti osta-
ne odgovorna i transparentna organizacija, uzimajući u obzir potrebu za očuvanjem
tajnosti operativnih podataka. Sudska kontrola nad radom Europolu obavlja se u
skladu sa članom 35 Ugovora o Evropskoj uniji. U cilju omogućavanja kontinuiteta
efikasnog ispunjavanja zadataka Europolu, potrebno je pažljivo propisati prelazne
odredbe. Države članice EU su procijenile da ciljevi ove Odluke ne mogu biti kvali-
tetno postignuti od strane država članica, već da, zbog obima i efekata akcija, mogu
biti bolje postignuti na nivou Evropske unije, te dale su saglasnost da Unija može
usvojiti mjere u skladu sa principom subsidijarnosti¹⁹, kako je naznačeno u članu 5
Sporazuma o osnivanju Evropske zajednice. Ovdje uglavnom imamo u vidu uspo-
stavljjanje entiteta nadležnih za saradnju agencija za sprovođenje zakona na nivou
Evropske unije, a u skladu sa principom proporcionalnosti, kao što je naznačeno u
članu 5 Sporazuma o osnivanju Evropske zajednice.

Osnivanje, pravna sposobnost, cilj i nadležnost

Odlukom se mijenjaju odredbe Konvencije zasnovane na članu K.3 Spora-
zuma Evropske unije, o osnivanju Kancelarije evropske policije (Konvencija o Eu-
ropolu). Europol, kako se navodi u ovoj Odluci, smatra se legalnim nasljednikom
Europolu, osnovanog Konvencijom o Europolu, a sjedište Europolu, prema Odluci,
ostaje u Hagu.

Europol ima svojstvo pravnog lica i u svakoj državi članici Europolu uživa naj-
širu pravnu i ugovornu sposobnost priznatu pravnim licima od strane država članica.
U pojedinim slučajevima, Europol može da stiče i raspolaže pokretnom i nepokret-
nom imovinom i može biti stranka u pravnom postupku. Takođe, Europol je ovlašten
da zaključi Sporazum o sjedištu sa Kraljevinom Holandijom. Cilj Europolu je da
podrži i ojača akciju nadležnih organa država članica i njihove zajedničke saradnje u
prevenciji i borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i drugih oblika teškog
kriminala, koji utiču na dvije ili više država članica.

Nadležnost Europolu obuhvata organizovani kriminal, terorizam i druge obli-
ke teškog kriminala koji utiču na dvije ili više država članica na takav način da za-
htijevaju zajednički pristup država članica, vezano za obim, značaj i posljedice kri-
vičnog djela.²⁰ Na preporuku Upravnog odbora, Savjet propisuje prioritete Europolu,
uzimajući u obzir strateške analize i procjene prijetnji sačinjene od strane Europolu.
Nadležnost Europolu pokriva i krivična djela koja se mogu dovesti u vezu sa krivič-

¹⁹ <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/?id=4812>, 22. novembar 2011.

²⁰ Član 4 Odluke.

nim djelima u okviru nadležnosti Europol: krivična djela počinjena u cilju pribavljanja sredstava izvršenja krivičnih djela, krivična djela počinjena u cilju olakšavanja ili izvršenja krivičnih djela i krivična djela počinjena, kako bi se osiguralo izbjegavanje krivične odgovornosti za izvršena krivična djela iz nadležnosti Europol.

Odlukom su definisani zadaci Europol²¹: sakuplja, čuva, obrađuje, analizira i razmjenjuje informacije i obavještajne podatke; bez odlaganja obavještava nadležne organe država članica, preko nacionalnih jedinica, o informacijama koje ih se tiču i utvrđenim vezama između krivičnih djela; pomaže istragama koje se vode u državama članicama, posebno pri prosljeđivanju relevantnih informacija nacionalnim jedinicama; zahtijeva od nadležnih organa država članica pokretanje, vođenje i koordinisanje istragama i sugeriše osnivanje zajedničkih istražnih timova u posebnim slučajevima; obezbjeđuje obavještajnu i analitičku podršku državama članicama u povezivanju sa velikim međunarodnim događajima; pruža pomoć državama članicama pri prikupljanju i analiziranju informacija sa interneta, sa ciljem pomoći pri identifikaciji planiranja ili izvršenja krivičnih djela upotrebom interneta. Dodatni zadaci Europol su: razvijanje specijalističkog znanja o istražnim procedurama nadležnih organa država članica i pružanje stručne pomoći pri vršenju istraga; obezbjeđivanje strateške informacije sa ciljem pomoći i promovisanja efikasne i efektivne upotrebe raspoloživih resursa na nacionalnom i nivou operativne aktivnosti Evropske unije, te podržavanje takve aktivnosti.

Saradnja Europol sa Evropskom unijom i njihovim institucijama, tijelima, kancelarijama i agencijama

U cilju ostvarivanja postavljenih zadataka, Europol osniva i održava saradnju sa institucijama, tijelima, kancelarijama i agencijama osnovanim od strane ili na osnovama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, a naročito sa²²: Eurojustom; Evropskom kancelarijom za borbu protiv prevara (OLAF); Evropskom agencijom za upravljanje operativnom saradnjom na spoljnim granicama država članica Evropske unije (FRONTEX); Evropskim policijskim koledžom (CEPOL); Evropskom centralnom bankom; Evropskim centrom za praćenje droga i zavisnosti od droga (EMCDDA). Europol može da zaključuje ugovore i radne dogovore sa navedenim tijelima. Takvi ugovori i radni dogovori se tiču razmjene operativnih, strateških i tehničkih podataka, uključujući lične i povjerljive podatke. Ugovori i radni dogovori se mogu zaključiti nakon odobrenja Upravnog odbora koji je prethodno, vezano za lične podatke, pribavio mišljenje Zajedničkog nadzornog odbora. Prenos povjerljivih podataka Europol prema tijelima je dozvoljen ukoliko između Europol i tijela postoji ugovor o povjerljivosti.

²¹ U skladu sa članom 5 Odluke.

²² U skladu sa članom 22 Odluke.

Ukoliko je to neophodno za izvršenje postavljenih zadataka, Europol može uspostaviti i održavati saradnju sa državama izvan Evropske unije i organizacijama kao što su: internacionalne organizacije i njihove organizacione jedinice, čije je djelovanje određeno javnim pravom; drugi organi čije je djelovanje određeno javnim pravom koje je propisano od strane, ili na osnovama, ugovora uzmeđu dvije ili više država i Međunarodne organizacije kriminalističke policije (Interpol). Ovi sporazumi se tiču razmjene operativnih, strateških i tehničkih podataka, uključujući lične i povjerljive podatke, preko tačke kontakta utvrđene sporazumom. Ovakvi sporazumi se zaključuju nakon odobrenja Savjeta koji se prethodno konsultuje sa Upravnim odborom i, ukoliko je to potrebno za razmjenu informacija, pribavljanja i mišljenja Zajedničkog nadzornog organa putem Upravnog odbora. I prije stupanja na snagu sporazuma, Europol može primati i koristiti informacije, uključujući lične podatke i povjerljive informacije, sve dok je to neophodno za legitimno obavljanje svojih zadataka.²³ Istovremeno, prije stupanja sporazuma na snagu, Europol može prosljediti podatak koji se ne odnosi na lične podatke i povjerljive dokumente, isključivo uz saglasnost države članice koja je podatak prosljedila Europolu. Ukoliko podatak nije dobijen od država članica, Europol će prije prosljeđivanja istog trećoj strani procijeniti da li transfer tog podatka može ometati sprovođenje zadataka u državi članici na koji se podatak odnosi i da li se time ugrožava bezbjednost ili javni red i mir države članice.²⁴ Europol je odgovoran za zakonito prenošenje podataka, pri čemu se prenos vrši samo u slučaju kada primalac potvrdi da će se podaci koristiti samo za potrebe zbog kojih se prenose.

Europol svoj rad sa drugim međunarodnim organizacijama i državama koje nisu članice EU realizuje sklapanjem operativnih i strateških sporazuma. Do sada Europol je sklopio operativne sporazume sa šest država koje nisu članice EU (Australijom, Kanadom, Islandom, Norveškom, Švajcarskom i SAD), sa Interpolom, kao međunarodnom organizacijom i Eurojustom, kao tijelom EU. Takođe, potpisani su strateški sporazumi o saradnji sa dvije međunarodne organizacije (WCO i UNODC), sa pet tijela Evropske unije (Evropskom centralnom bankom, Evropskom komisijom, Evropskim centrom za nadzor droga i zavisnosti od droga, OLAF-om i Frontex-om), kao i sa šest država koje nisu članice EU, i to sa: Albanijom, Kolumbijom, Makedonijom, Rusijom, Turskom i BiH.

Prije svakog prenosa ličnih podataka, direktor Europola procjenjuje adekvatnost stepena zaštite podataka organa o kome se radi, uzimajući u obzir okolnosti koje su relevantne za prenos ličnih podataka, a posebno: prirodu podataka; svrhu kojoj je podatak namijenjen; vremenski period za čuvanje podatka; opšte ili posebne odredbe o zaštiti podataka koje primjenjuju organi koji su u pitanju, te da li je organ pristao na specifične uslove od strane Europola u pogledu zaštite podataka.²⁵

²³ Član 23 stav 3 Odluke.

²⁴ Član 24 Odluke.

²⁵ Član 23 stav 9 Odluke.

Saradnja BiH sa Europolom

Budući da Bosna i Hercegovina nije članica Evropske unije, puna operativna saradnja njenih bezbjednosnih agencija i Europola nije moguća, zbog pravila i procedura EU i Europola, koje to onemogućavaju. Između BiH i Evropske zajednice su potpisani Sporazum o bezbjednosnim procedurama za razmjenu povjerljivih informacija²⁶, Sporazum o olakšicama u izdavanju viza za građane BiH i EU²⁷ i Sporazum o readmisiji lica koja borave bez dozvole²⁸. Posljednja dva navedena Sporazuma su tematski i sadržajno „vezani“ sporazumi i zbog toga su istovremeno potpisani i ratifikovani.

Pravni okvir za saradnju BiH i Europola je Strateški sporazum o saradnji između BiH i Kancelarije Evropske policije (Europol)²⁹, potpisan na osnovu ovlaštenja koje je Europolu dao Savjet Evropske unije. Član 1 Sporazuma predviđa da je „svrha ovog Sporazuma unaprijediti saradnju BiH i zemalja članica EU, djelujući kroz Europol, u spriječavanju, otkrivanju, suzbijanju i istraživanju teških oblika međunarodnog kriminala..., a posebno kroz razmjenu strateških i tehničkih informacija... Ovaj Sporazum ne dopušta prenos podataka koji se odnose na identifikovana lica ili na lica koja je moguće identifikovati“. Značajno je napomenuti da je Sporazumom predviđeno i imenovanje oficira za vezu sa Europolom³⁰, što do sada nije urađeno iz razloga nepostizanja sporazuma između bezbjednosnih struktura BiH i entiteta, a što bi sigurno u perspektivi doprinijelo efikasnijoj saradnji bezbjednosnih agencija iz BiH i Europola.

Zajedno sa predstavnicima Albanije, Srbije, Crne Gore i Makedonije, predstavnici BiH su u oktobru mjesecu 2008. godine bili u radnoj posjeti sjedištu Europola u Hagu, radi upoznavanja sa njihovim načinom organizacije i rada. Rezultat potpisivanja Strateškog sporazuma i navedene radne posjete bilo je uvrštavanje policijskih agencija iz BiH u korisnike strateških informacija u vlasništvu Europola.

²⁶ Sporazum potpisan 5.10.2004. g. u Sarajevu/Briselu, a Odluka o ratifikaciji Sporazuma objavljena je u „Sl. glasniku BiH“ br. 2/06.

²⁷ Sporazum potpisan 18.9.2007. g. u Briselu, Odluka o ratifikaciji Sporazuma objavljena je u „Sl. glasniku BiH“ br. 13/07, a stupio je na snagu 1.1.2008. godine.

²⁸ Kao i prethodni i ovaj Sporazum je potpisan 18.9.2007. g. u Briselu, Odluka o ratifikaciji Sporazuma objavljena je u „Sl. glasniku BiH“ br. 13/07. O ocjeni napretka u realizaciji ovih sporazuma šire vidjeti u Saopštenju Komisije za Evropsko Vijeće i Parlament „Strategija proširenja i ključni izazovi 2008-2009“, Aneks 2, Zaključci o BiH, str. 24-30.

²⁹ Strateški Sporazum potpisan 26.1.2007. g. u Hagu, a Odluka o ratifikaciji strateškog Sporazuma objavljena je u „Sl. glasniku BiH“ br. 10/7.

³⁰ O ovome više vidjeti : Akcioni plan BiH za realizaciju prioriteta iz dokumenta Evropsko partnerstvo, usvojenog od strane Savjeta ministara BiH, na prijedlog Direkcije za evropske integracije BiH (DEI).

Obavezu ispunjavanja i dostavljanja Europolu GAP Questionnaire (Upitnik o nedostacima)³¹ BiH je započela ispunjavati u februaru 2008. godine, jer je to obaveza svih država zapadnog Balkana, potpisnica strateškog sporazuma. Odgovor na Upitnik o nedostacima bio je preduslov, kao i odgovor na Upitnik koji se odnosi na zaštitu podataka, za pripremu Mape puta za potpisivanje operativnog sporazuma sa Europolom.

Nastavak i proširenje saradnje Europa i BiH predstavlja i Memorandum o razumijevanju o uspostavljanju bezbjedne komunikacijske veze između BiH i Europa, potpisan u Sarajevu, dana 2.3.2009. godine, a kojim se reguliše način dvosmjernog prenosa informacija o organizovanom kriminalu i terorizmu između strana potpisnica, a odnosi se na one bezbjednosne podatke koji ne mogu biti preneseni posredstvom interneta. U skladu sa Memorandumom Europol je obezbijedio opremu i usluge neophodne za rad bezbjedne komunikacijske veze između sjedišta Europa u Hagu i država koje nisu članice EU. Mreža „NEUS“³² i sva oprema koja je povezana sa mrežom nabavljena je od strane Europa, u čijem vlasništvu i ostaje.

U dokumentu „Mape puta prema ukidanju viznog režima za BiH“³³, dostavljenog od strane Evropske komisije, u Bloku 3: Javni red i bezbjednost, navedeno je da „BiH treba: ojačati regionalnu saradnju po pitanju sprovođenja zakona i implementirati bilateralne i multilateralne sporazume o operativnoj saradnji, uključujući blagovremenu podjelu informacija sa kompetentnim organima država članica EU za sprovođenje zakona; preduzeti potrebne korake za pripremu zaključivanja sporazuma o operativnoj saradnji sa Europolom, stavljajući naglasak na odredbe za zaštitu podataka“. Iz ovog proizilazi da je uspješno uspostavljanje „NEUS“ mreže predstavljalo značajan korak u procesu ispunjavanja uslova za potpisivanje operativnog sporazuma sa Europolom, ali i uspješnu realizaciju obaveza BiH iz Mape puta za liberalizaciju viznog režima.

Daljnji nastavak saradnje ostvaruje se kroz realizaciju preuzetih obaveza BiH proisteklih iz Mape puta za implementaciju Sporazuma o saradnji između BiH i Europa, potpisane u januaru 2012. godine, između ministra bezbjednosti BiH i predstavnika Europa. Na potpisani tekst Mape puta MUP RS je uputio primjedbe direktoru Europa i Savjetu ministara BiH iz razloga što njihovi predstavnici nisu bili uključeni u sačinjavanje teksta i što smatraju da se istim krše postojeća ustavna

³¹ GAP Questionnaire je upitnik sačinjen od strane Europa radi olakšavanja primjene potpisanog strateškog sporazuma i služi kao osnova za sačinjavanje GAP analiza (analiza nedostataka). Ova analiza treba da ukaže na trenutno realno stanje, kao i očekivano stanje u perspektivi i da time omogući državama potpisnicama sporazuma sa Europolom da i same prepoznaju koje prioritete i konkretne aktivnosti trebaju realizovati u oblasti bezbjednosti, u ovoj fazi pridruživanja EU koja podrazumijeva povećan stepen saradnje sa Europolom, u obostranom interesu.

³² Non European Union States - države koje nisu članice EU, a sa kojima Europol ima potpisane sporazume o saradnji.

³³ U „Mapi puta za ukidanje viznog režima za BiH“ definisani su koraci (120 zahtjeva) koje BiH treba da slijedi da bi se Evropska komisija odlučila da Evropskom savjetu predloži ukidanje viznog režima za građane BiH.

i zakonska rješenja u BiH. Stim u vezi formirana je radna grupa u koju su uključeni predstavnici svih policijskih agencija iz BiH koja za cilj ima pronalaženje efikasnog modela saradnje policijskih agencija iz BiH i Europol.

Važno je konstatovati da MUP Republike Srpske ostvaruje aktivnu saradnju sa Europolom i posredstvom kancelarija Europol država članica u našem neposrednom okruženju. Saradnja je rezultirala konkretnim akcijama u suprotstavljanju organizovanom kriminalitetu, od kojih kao najznačajnije izdvajamo:

- u oblasti sprečavanja falsifikovanja evra, u sklopu operacije Europol „SPIDER WEB“, MUP RS je, u 2006. i 2007. godini, realizovao operaciju „Trokut“³⁴, tokom koje je MUP RS ostvario policijsku saradnju sa MUP-om Federacije BiH, policijskim agencijama Hrvatske, Slovenije, Austrije i Njemačke;
- u oblasti sprečavanja šverca oružija i eksplozivnih materija, u sklopu operacije Europol „Pariz“, MUP RS je u toku 2008. godine realizovao operaciju „Zapad“³⁵, u saradnji sa MUP-om Federacije BiH i policijskim agencijama Francuske, Austrije i Slovenije.

Zaključak

Bezgranični uslovi unutar EU, u kojima djeluju savremeni kriminalci i teroristi, traži ambiciozniju proaktivnu ulogu Europol. Mišljenja smo da neophodan uslov da su bar dvije države članice pogođene određenim krivičnim djelom, da bi Europol mogao pravno postati uključen u istragu, suvišan je u slučaju kada kriminal djeluje u bezgraničnom prostoru. Europol bi trebao biti u stanju da se angažuje mnogo jednostavnije, a izvršne moći Europol trebale bi postati neophodne u određenim slučajevima. Mnogi smatraju da je obavezno slanje izvještaja Europolu o svim terorističkim događajima u državama članicama esencijalno za uspješnu borbu protiv terorizma, iz razloga što je „u suštini, on centar za prikupljanje, analizu i distribu-

³⁴ Operacija „Trokut“ je nastavak operativnih aktivnosti Europol pod nazivom „SPIDER WEB“, koja je bila započeta u državama EU, nakon otkrivanja lica koja su učestvovala u falsifikovanju i rasturanju novčanica evra. Operacija „Trokut“ je realizovana sinhronizovanom akcijom u RS i Distriktu Brčko. U akciji je učestvovalo 7 pripadnika Specijalne policije Austrije sa posebno dresiranim psima za otkrivanje offset mašina. Tokom akcije u štabu MUP-a RS bila su pridružena i 3 eksperta Europol iz sjedišta u Hagu, koji su koordinirali aktivnosti između država učesnika akcije, 2 pripadnika njemačke policije (BKA), 1 pripadnik MUP-a R. Hrvatske, 4 pripadnika MUP-a R. Slovenije i jedan predstavnik OLAF-a. Izvršena je zaplijena sofisticirane opreme za falsifikovanje novčanice evra (offset mašina sa „svježim tragovima“, laserski štampač HP kolor, 5 laserskih štampača HP crno-bijeli, 3 skenera, kompletan softver za pripremu štampanja, prese za utiskivanje hologramskih folija, mašine za sječenje papira, mikrofilmovi sa klišeima za falsifikovanje evra i dr.).

³⁵ O profesionalnim dometima planiranja i realizacije akcije „Zapad“, najbolje svjedoči primjena najsloženijih operativnih radnji i mjera, kao što su, između ostalog, prikriveni istražitelj i simulovani otkup tokom koga je od organizovane kriminalne grupe „otkupljeno“ 10 ručnih raketnih bacača „Zolja“ i 11,5 kg eksploziva PEP 500 i veća količina oružja i municije, namijenjeni za krijumčarenje na ilegalnom tržištu država EU.

ciju informacija i ne predstavlja federalnu policiju; pripadnici Europolu ne mogu sprovesti nijednu istragu po svom nahođenju. Europol predstavlja administrativno telo koje prvenstveno ima koordinativnu ulogu, što je u suprotnosti sa uobičajenom ulogom policije.³⁶

Promjene koje su uvedene usvajanjem Odluke, najvećim dijelom se odnose na promjenu organizacije i ekonomskog položaja Europolu. Europol mijenja svoju strukturu iz organizacije u organ (entitet) Evropske unije i postaje subjektom opštih pravila i pravnih procedura koje se primjenjuju prema sličnim entitetima i koje omogućavaju pojednostavljivanje administracije i usmjeravanje resursa prema ključnim zadacima Europolu. Na ovaj način Europol pomaže nadležnim organima država članica u njihovoj borbi protiv najtežih oblika krivičnih djela. U tom smislu, ohrabrivanje osnivanja zajedničkih istražnih timova je značajno i za sam Europol, jer se njihovim osnivanjem pruža prilika da i njegovo osoblje učestvuje u njima.

Odlukom se nacionalnim jedinicama Europolu omogućava direktan pristup svim bazama Europolu i na taj način izbjegavaju sve nepotrebne procedure, a što će u značajnom mjeri dovesti do uštede finansijskih i ljudskih resursa. U cilju ostvarivanja zajedničkih rezultata u borbi protiv teških oblika kriminala, Odluka propisuje saradnju sa institucijama i organima Evropske unije i na taj način se izbjegava preklapanje nadležnosti, kao što je to bio slučaj prije njenog donošenja.

Uvođenjem pojednostavljenih procedura, boljim opisom radnih zadataka, te kontrole od strane Evropskog parlamenta, značajno se povećava efikasnost i efektivnost Europolu. Na taj način Europol postaje u potpunosti odgovorna i transparentna organizacija i ostvaruje svoju primarnu ulogu – razmjenu i čuvanje tajnosti operativnih podataka.

Usvajanjem Odluke o osnivanju Kancelarije evropske policije – Europol olakšava se donošenje budućih neophodnih amandmana. Također, organizovanjem Europolu, kao posebnog entiteta, poboljšava se pravni i finansijski položaj Europolu u odnosu na njegov prethodni položaj utvrđen Konvencijom o osnivanju Kancelarije evropske policije. Stoga, Odluka predstavlja ključan korak naprijed u organizaciji i radu Kancelarije evropske policije – Europol.

³⁶ Uljanov, S., Ivanović, Z., Međunarodne policijske organizacije, Strani pravni život, 2/2010, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010. god., str. 78.

Ass. lect. Stevo Ivetić
PhD, Internal Affairs College, Banja Luka
stevoi@mup.vladars.net

LEGAL ASPECTS OF THE EUROPOL'S ESTABLISHMENT AND OPERATION WITH REGARD TO BIH

Summary

This paper describes the establishment, development and legal basis of the international police cooperation as one of the newer relations between different states, as well as between states and international organizations, which act as subjects with legal personality. With reference to this, the author took into consideration the role and importance that Europol takes in creating a common security environment in Europe. Special attention has been paid to the analysis of the legal aspects of the treaties of Maastricht, Amsterdam and Lisbon in terms of the legal status of Europol, and with special emphasis to the importance of the Decision establishing the European Police Office - Europol. In addition, the paper also presents the legal basis for cooperation of police agencies in BiH with Europol and points out to the need to further improve cooperation while respecting the constitutional and statutory competences in BiH.

Keywords: *international police cooperation, Europol, Decision establishing the European Police Office – Europol.*

ЗАЈЕДНИЧКА ИСТРАГА И ЗАЈЕДНИЧКИ ИСТРАЖНИ ТИМОВИ КАО ПРОЦЕСНО-ОРГАНИЗАЦИОНИ МЕХАНИЗМИ У СУПРОТСТАВЉАЊУ ТРАНСНАЦИОНАЛНОМ ОРГАНИЗОВАНОМ КРИМИНАЛИТЕТУ

Мр Драган Кулић*

Апстракт: Савремене облике организованог криминалитета карактерише одредница да се трансформишу из националног у транснационални феномен, те да су националне одреднице и садржаји тог феномена у стагнацији или чак редуцији, док су глобални садржаји у прог्रेसији. Стога се као императив намеће питање ефикасног супротстављања таквим појавним облицима криминалитета, нарочито у области откривања, истраге и обезбјеђивања доказа. Вођење истраге на властитом подручју, као и паралелне истраге у кривичним предметима са елементима иностраности, нужно су скопчане са дужиим временом трајања истраге и неадекватним степеном ефикасности и економичности истраге, због предузимања истражних мјера и радњи на подручју двије или више држава, путем постојећих облика међународне правне помоћи. Имајући у виду наведено, у тексту ће бити акцентуирано питање предузимања заједничких истрага, формирања заједничких истражних тимова, као и промовисање иновативних приступа у изналажењу ефикасних процесно-организационих механизма сарадње у кривичним стварима у супротстављању транснационалном организованом криминалитету.

Кључне ријечи: паралелна истрага, заједничка истрага, заједнички истражни тимови, заједничка истражна тијела.

1. Уводне напомене

У структури савременог криминалитета, по значају, обиму и проузрокованим последицама, испољеној тежини и опасности њихових учинилаца, транснационални организовани криминалитет се посебно издваја.¹ Ова врста

* Начелник Центра за обуку Граничне полиције Босне и Херцеговине

¹ Јовашевић Д. "Примена казне конфискације имовине у сузбијању организованог

криминалитета представља посебну кумулацију криминалне енергије већег броја лица у различитим облицима злочиначког удруживања са већим или мањим степеном сталности. Ради се о лицима која, не познајући границе између држава, па ни између континената, организовано, у дужем временском периоду, континуирано врше тешка кривична дјела у циљу прибављања противправне имовинске користи, али и ради остварења економске, политичке или друге моћи.² Такође, одређујућу карактеристику савремене криминалне феноменологије представља интернационализација криминалних активности. Међународни елементи у све бројнијим кажњивим понашањима резултат су међународних прилика које интеграционим процесима, с једне, и оружанним сукобима и конфликтима, с друге стране, стварају услове за криминално дјеловање на подручјима више држава, али су резултат и организованог криминала уз учешће припадника из више држава или пак почињених кривичних дјела са жртвама из више држава.³ Свакако да је једна од негативних посљедица експанзије међународног промета људи и добара и пораст броја кривичних дјела која врше странци или која су извршена на штету странаца, односно стране државе, чему се државе супротстављају на различите начине. Уз остале начине, ту спада и доношење прописа унутрашњег и међународног права, којима се уређују материјалноправни и процесни кривичноправни односи између државне власти и учинилаца кривичног дјела у којем постоји елемент иностраности.⁴

Глобално посматрано, тзв. „транснационална кривична дјела“ чине најважније видове организованог криминалитета. Нека од тих кривичних дјела предвиђају се као *delictum sui generis* међународног кривичног права (као нпр. пиратерија, отмица ваздухоплова, угрожавање лета ваздухоплова, и др.).⁵ С друге стране, кривичноправна обиљежја других транснационалних кривичних дјела прописују се у националном праву (као нпр. загађивање животне средине), јер за та кривична дјела међународно право предвиђа као обавезу инкриминисања одређене „дјелатности - понашања“. Незаконите дјелатности организованих криминалних група и криминалних организација постају све више међусобно повезане, конституишући неку врсту „илегалног ланца“ у којем их повезују организационе криминалне структуре. У пракси, криминална група са већ обученим чланством, развијеним начином рада, већ испитаним

криминалитета“, *Ревизија за безбедност*, бр: 4/07, Центар за безбедносне студије Београд 2007. (стр. 24)

² *Ibid.* (стр. 24)

³ Хорватић Ж. „Дјеловање међународних организација у сузбијању криминала“, Правни факултет Универзитета у Загребу 2002. (стр. 9)

⁴ Симовић М. „Кривично процесно право“ Факултет за безбједност и заштиту, Бања Лука 2007. (стр. 375)

⁵ Деган В-Ђ., Павишић Б., Беширевић В., „Међународно и транснационално кривично право“, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Службени Гласник, Београд 2011. (стр. 261)

кријумчарским рутама, развијеним мрежама корупције и постојећим везама у разним државама свијета, премјешта се на нова незаконита тржишта, додајући нове активности онима у којима се већ специјализовала.⁶

Кључну карактеристику савременог организованог криминалитета на простору сваке државе, представља чињеница да криминалне организације одржавају многобројне везе са сличним криминалним групама у другим дијеловима свијета. Тако да се не ради само о тијесној међусобној повезаности криминалних организација, него криминалне организације створене у различитим дијеловима свијета успостављају најразличитије облике кооперације.⁷ Разноликост и раширеност такве сарадње је један од кључних разлога због којег значајан број аутора сматра да је управо та „транснационална“ карактеристика организованог криминалитета у савременим условима доминантна.⁸ Имајући у виду наведене, али и друге карактеристике, може се основано темељити закључак да се криминалитет на актуелном степену цивилизацијског развоја, поред чињенице да представља проблем сваке државе појединачно, убрзано претвара у глобални општецивилизацијски проблем човјечанства. Савремени облици „транснационалне сарадње“ између организованих криминалних група крајем 20. вијека, определијели су међународну заједницу да предузме потребне кораке ради усвајања инструмената којима би се супротставила транснационалном криминалном дјеловању.⁹ Стога је неопходно успоставити систем реаговања на ту врсту криминала, који неће само једноставно проширити формализовану сарадњу казних правосудних тијела, већ изградити транснационални систем координираних мјера који би коначно морао бити глобалан.¹⁰

Имајући у виду наведено, у наставку излагања ће бити више ријечи о заједничкој истрази и заједничким истражним тимовима као процесно-организационим механизмима (могућим облицима „транснационалног система координираних мјера“) у супротстављању транснационалном организованом криминалитету.

⁶ Маринковић Д. “Сузбијање организованог криминала - специјалне истражне методе”, Прометеј Нови Сад, 2010. (стр. 141)

⁷ Игњатовић Ђ. и Шкулић М. “Организовани криминалитет” Правни факултет Универзитета у Београду 2010. (стр. 99)

⁸ *Ibid.* (стр. 99)

⁹ Раичевић Небојша „Конвенција против транснационалног организованог криминала и њени протоколи“, Трговина људима – правна заштита у међународним и националним оквирима, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011. (стр. 33)

¹⁰ Хорватић Ж. “Дјеловање међународних организација у сузбијању криминала”, Правни факултет Универзитета у Загребу 2002. (стр. 20)

2. Заједничка истрага и заједнички истражни тимови

Општеприхваћена и готово неспорна констатација је, да савремени појавни облици криминалитета, као и све организованије форме његовог испољавања, нужно намећу потребу проналажења нових, адекватних инструмената друштвеног реаговања на повреде и угрожавање друштвених добара.¹¹ Стога је посебан акценат потребно ставити на откривање и истраживање кривичних дјела, односно на истрагу у којој се проналазе и обезбјеђују докази који се (у правилу) налазе на подручју више јурисдикција (подручје више држава па чак и континената).¹² С обзиром да истрага представља припремну фазу кривичног поступка, у којој се стварају предуслови за мериторно рјешавање кривичне ствари на главном претресу¹³, објективно се поставља проблем реализовања истраге на подручју двије или више држава. С друге стране, и сама природа и сложеност расвјетљавања кривичних ствари, већа је у случајевима организованог криминала са елементима иностраности, што у својој укупности још више усложњава наведени проблем. Стога се, у циљу расвјетљавања и обезбјеђивања доказа за извршена кривична дјела из области транснационалног организованог криминалитета, као ефикасни механизми проводе заједничке истраге, формирају заједнички истражни тимови или заједничка истражна тијела.

Заједничке истраге: Заједничке (паралелне) истраге су у суштини двије одвојене истраге које се проводе у двије различите земље са истим, односно заједничким циљем. Међусобна сарадња и помоћ у провођењу оваквих истрага обично се реализује преко „официра за везу“ или путем личних контаката. Службеници који су укључени у овакве истраге нису смјештени на истој локацији, али могу да раде заједнички на основу дугорочних пракси и сарадње или важећих закона о пружању међународне правне помоћи, у зависности од природе правног система на који се то односи. Докази који се прикупе током овакве двије истраге су за два одвојена кривична поступка, а размјењују се

¹¹ Кнежевић С. „Примена посебних доказних радњи у сузбијању трговине људима“, Трговина људима – правна заштита у међународним и националним оквирима, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011. (стр. 183)

¹² „Истрагу битно обиљежава откривачка дјелатност. Та дјелатност се састоји од радњи: прикупљања доказа, вођења поступка, одлучивања и примјене принуде. Прикупљање доказа значи припрему носиоца доказа да посредством доказног средства постану доказ у главном стадијуму поступка.“ Симоновић М. „Основне карактеристике кривичне истраге у законодавству Босне и Херцеговине и њен утицај на поједностављење кривичног поступка“, у монографији групе аутора под називом „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2013. (стр. 116)

¹³ Кнежевић С. „Основна начела кривичног процесног права“, Студентски културни центар у Нишу, Ниш 2012. (стр. 151)

путем формалних процедура за узајамну правну помоћ.¹⁴

Заједнички истражни тимови: Концепт заједничких истражних тимова је настао на основу увјерења да су постојеће методе међународне полицијске и правосудне сарадње понекад саме по себи недовољне и компликоване како би се ефикасно супротстављало транснационалом организованом криминалитету. Обично се заједнички истражни тим дефинише као истражни тим успостављен на основу споразума између два или више надлежних тијела и/или других страна, а за конкретну сврху и на ограничен временски период.¹⁵ У односу на процесна (оперативна) овлаштења чланова заједничког истражног тима, они могу бити подијељени и окарактерисани као пасивни или активни тимови. Пасивни тимови су они тимови који пружају подршку тимовима из друге државе на савјетодавној или консултативној бази, на основу одредби о пружању техничке помоћи државе домаћина. Активни тим би обухватао службенике из двије или више јурисдикција који имају могућност да извршавају (сва или нека) оперативна овлаштења под контролом државе домаћина на територији или у јурисдикцији у којој дотични тим оперативно дјелује. Распоређивање страног службеника за провођење закона у оперативни тим у другој јурисдикцији обично се заснива било на домаћем законодавству, које омогућава службенику друге државе да буде именован/распоређен, или је у складу са споразумом о техничкој помоћи.¹⁶

Заједничко истражно тијело: Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (чл. 19) и Конвенција УН против корупције (чл. 49), позивају државе потписнице да иницирају успостављање „заједничких истражних тијела“ (потписивањем билатералних или мултилатералних споразума). Међутим, у даљем тексту наведених конвенција, као и других нормативних аката, не дефинише се шта се подразумева под заједничким истражним тијелима. Међутим, Експертна радна група УНОДЦ сматра да се заједничко истражно тијело разликује од заједничког истражног тима по томе што заједничко истражно тијело представља трајнију структуру која је успостављена на основу билатералног споразума. Такође, за разлику од заједничког истражног тима који се најчешће формира за истрагу одређених кривичних предмета у оквиру ограниченог (са могућношћу продужења) временског периода (обично 6-18 мјесеци), заједничко истражно тијело је подобније за истраге одређених врста криминалитета (нпр. трговине људима; тероризма, и др.), а не само за поједине предмете, као и за неки дужи временски период (нпр. 5 или више година).¹⁷

¹⁴ “Трговина људима и кријумчарење миграната – смјернице за међународну сарадњу”, Канцеларија Уједињених нација за борбу против дроге и криминала - Регионална програмска канцеларија за Југоисточну Европу, 2010. (стр. 41)

¹⁵ *Ibid.* (стр. 42)

¹⁶ *Ibid.* (стр. 43)

¹⁷ *Ibid.* (стр. 44)

Када су у питању заједнички истражни тимови, њихово успостављање има низ предности, као што су:

- Благовремена и непосредна размјена информација, те обезбјеђивање претпоставки за благовремено и ефикасно реаговање на те информације;

- Рационализација броја формалних захтјева за пружање међународне правне помоћи;

- Обезбјеђивање прихватљивих и кредибилних доказа (смањује се број недостатака у погледу прихватљивости доказа, с обзиром да у њиховом прикупљању непосредно учествују представници свих јурисдикција);

- Рационално и оптимално ангажовање кадровских и материјално-техничких ресурса надлежних органа (обједињавање капацитета који су углавном недовољни);

- Изградња међусобног повјерења и међусобних односа, што доприноси унапређењу билатералне и регионалне (правосудне и друге) сарадње;

- Стварање претпоставки за развој транснационалних истражних капацитета на регионалном принципу.

Заједнички истражни тимови представљају тимове који су формиран на основу споразума најмање двије државе, од представника полицијских и правосудних институција, ради предузимања истражних радњи за кривична дјела кроз одређено временско раздобље у једној или више држава обухваћених међусобним споразумом. У досадашњој пракси се показало да када држава води истрагу о кривичном дјелу које има транснационалну-прекограничну димензију, посебно када је у питању организовани криминалитет, истрага може имати користи од учешћа тијела из других држава у којима постоје везе са поменутиим дјелом или када је сарадња корисна у неком другом смислу. Супротно општој претпоставци да се заједнички истражни тимови требају користити само у предметима тзв. „озбиљног“ организованог криминала, у Другом протоколу (члан 20 став 1) приступа се концепту заједничких истражних тимова, не толико из перспективе озбиљности кривичног дјела, него из перспективе међународне или прекограничне димензије датог кривичног дјела. У складу са наведеном одредбом, заједнички истражни тим је могуће формирати посебно у сљедећим случајевима: када истрага у кривичним дјелима неке државе захтијева тешку и захтјевну истрагу која је повезана са другим државама чланицама; и када више држава чланица проводи истраге кривичних дјела у којима природа предмета налаже координиране, усклађене акције у укљученим државама. Иако досадашња искуства указују да се заједнички истражни тимови обично ограничавају на тзв. озбиљније облике криминала, ипак могу бити веома ефикасне и у тзв. „мање“ сложеним предметима. Разлог томе је што заједнички истражни тим може олакшати сарадњу у специфичним предметима и створити претпоставке за успостављање будућих заједничких

истражних тимова, градећи узајамно повјерење и осигуравајући искуство у области прекограничне сарадње.

Заједнички истражни тим формира страна која очекује да ће се у њеној територији претежно одвијати истрага. Иако је потребно да се постигне договор о једном фиксном „сједишту“, није нужно да сви чланови заједничког истражног тима буду смјештени на истом мјесту. Не постоји изричит захтјев да члан заједничког истражног тима мора радити изван своје земље, међутим пожељно је да се један број чланова заједничког истражног тима налази у једном „сједишту“, док други чланови тима могу радити у својим државама. У погледу трошкова и ангажовања чланова тима из иностранства, могуће је да се државе-стране одлуче за овакав аранжман.¹⁸

Када је у питању структура и руковођење заједничким истражним тимом, сваки заједнички истражни тим треба да има вођу тима или вође тимова. Одредбе Другог протокола (члан 20 став 3) предвиђају неколико могућности, али и остављају довољно простора за екстензивна тумачења приликом примјене на државном нивоу. Није експлицитно утврђено да ли вођа тима треба да буде јавни тужилац, истражни судија, полицијски истражитељ или припадник неке друге агенције за провођење закона. Међутим, с обзиром да се у већини држава заједнички истражни тим сматра „посебним обликом узајамне правне помоћи“, као и чињеницу да истрагу воде (преовлађујуће) јавни тужиоци или истражне судије, препоручује се да представник из наведених институција буде вођа тима. У неким правним системима и у зависности од националног правног поретка, могуће је да заједнички истражни тим води службеник агенције за провођење закона.¹⁹ Одредбама Другог протокола (члан 20) прописано је да „... вођа тима треба да буде представник надлежног тијела које учествује у кривичним истрагама из стране у којој тим дјелује...“. У пракси се искристалисало становиште према којем заједнички истражни тим треба да има једно стално руководство одређено према главном сједишту активности заједничког истражног тима. Међутим, постоји и друго становиште, да вођа тима треба да долази из земље у којој се тим налази у вријеме када проводи активности. У сваком случају, вођа тима дјелује у оквиру својих надлежности у складу са државним законом, а сам тим проводи своје активности у складу са законом државе у којој дјелује. Такође, Други протокол прави разлику између „чланова“ и „уступљених чланова“ који дјелују у оквиру заједничког истражног тима (члан 20 став 4). Уступљени чланови у заједничком истражном тиму су из стране која није држава страна у којој тим дјелује. Треба нагласити да уступљени чланови не морају бити уступљени за стално, односно могу бити уступљени на краћи временски период. Чланови тима обављају своје задатке под руководством вође тима, узимајући у обзир услове утврђене од стране њихових надлежних

¹⁸ *Ibid.* (стр. 53)

¹⁹ *Ibid.* (стр. 54)

тијела у споразуму којим се формира заједнички истражни тим. То је питање које се мора у потпуности размотрити када се израђује споразум о заједничким истражним тимовима, тако да чланови тима, посебно они који су уступљени из других страна, буду упознати са структуром заједничког истражног тима и линијом руковођења заједничким истражним тимом. Такође у члану 20 став 12 даје се могућност државама, које су формирале заједнички истражни тим, да се договоре да лица која нису представници њихових надлежних тијела могу бити дио тима и учествовати у активностима заједничког истражног тима. Сврха оваквог рјешења је у чињеници да додатну професионалну, стручну и техничку помоћ заједничком истражном тиму могу пружити, одговарајућа лица из других држава или међународних организација (нпр. Интерпола, Еуропола, и др.). Права која имају чланови тима, (нпр. право да буду присутни приликом провођења истражних мјера и радњи) не примјењују се на ова лица (учеснике), осим ако самим споразумом није изричито другачије утврђено. Особе које нису овлаштене да учествују у заједничком истражном тиму првенствено имају задатак да пружају подршку или имају савјетодавну улогу и није им дозвољено да обављају функције чланова или уступљених чланова заједничког истражног тима или да користе информације које су прописане у члану 20 став 10, осим када је то дозвољено у складу са одговарајућим споразумом између датих држава.²⁰ Надлежности и овлаштења уступљених чланова заједничког истражног тима, такви су да уступљени чланови заједничког истражног тима могу, у складу са законима стране у којој тим дјелује, добити дозволу од вође тима да буду присутни у току провођења истражних радњи, као што је вршење претреса просторија, итд. Међутим, вођа тима има право из посебних разлога ограничити ово право и направити изузетак од овог општег правила. Иако термин „посебни разлози“ није прецизно одређен, може се сматрати да овај изузетак укључује ситуације у којима се ради о тзв. посебно рањивим категоријама лица (као што су жртве силовања, малолетници и др.). Било која одлука о искључењу уступљеног члана, не смије се заснивати само на чињеници да тај члан долази из друге државе, али у одређеним случајевима, оперативни разлози могу представљати основу за такве одлуке. Поред тога, у члану 20 став 6 Другог протокола, омогућава се уступљеним члановима провођење истражних мјера у држави у којој се предузимају, у складу са законодавством те државе, као и у складу са упутама вође заједничког истражног тима. Међутим, предузимање радњи се може вршити уз одобрење надлежних тијела државе у којој се предузимају мјере и државе која упућује чланове. Такво одобрење може бити дио споразума којим се оснива заједнички истражни тим или се може дати и у каснијој фази. Одобрење може бити опште примјенљиво или може бити ограничено на конкретне случајеве или околности. Одобрење за присуствовање и/или предузимање истражних радњи такође треба размотрити

²⁰ *Ibid.* (стр. 54)

у формалном споразуму.²¹ Када је заједничком истражном тиму потребно провођење истражних мјера у једној од држава страна, уступљени чланови тима могу тражити од њихових надлежних тијела предузимање таквих мјера. Захтјев треба бити размотрен у складу са условима који се примјењују у истрагама на нивоу државе. Сврха ове одредбе је избјећи потребу за упућивањем замолница, чак и када истражне мјере захтијевају примјену мјера принуде, као што је извршење налога за претрес. Ово представља једну од најважнијих предности заједничких истражних тимова. Међутим, треба имати на уму да чл. 20 Другог протокола нема предност над домаћим законима.²²

Директна размјена информација између чланова заједничких истражних тимова је свакако једна од кључних вриједности формирања заједничких истражних тимова. Протокол прописује да чланови заједничког истражног тима могу, у складу са њиховим државним законом, дати тиму информације доступне у њиховој земљи. Тако да члан тима може директно заједничком истражном тиму дати информације које се односе на податке о претплатнику телефона, регистрацији возила и кривичну евиденцију из његове земље, без да те информације усмјерава путем надлежних државних централних тијела. Свакако, треба размотрити услове који се односе на прихватљивост доказа, уколико ће се дате информације користити као докази у кривичном предмету.²³

3. Заједнички истражни тимови у међународном праву и законодавству Босне и Херцеговине

У складу са становиштем да је за ефикасно супротстављање транснационалном организованом криминалитету потребно изградити такав систем координираних мјера међусобне сарадње и помоћи између држава и њихових надлежних органа, у циљу спровођења квалитетне и ефикасне истраге приступило се закључивању билатералних и мултилатералних споразума и конвенција, који на директан или индиректан начин третирају проблематику заједничких истражних тимова. Тако „Палермо конвенција“ предвиђа да ће државе-стране размотрити закључивање билатералних или мултилатералних споразума или аранжмана по којима, везано за ствари које су предмет истраге, гоњења или судског поступка у једној или више држава, заинтересовани надлежни органи могу оснивати заједничка истражна тијела. У недостатку таквих споразума или аранжмана, заједничка истрага се може предузети по споразуму од случаја до случаја. Укључене државе стране ће осигурати да суверенитет државе стране

²¹ *Ibid.* (стр. 55)

²² *Ibid.* (стр. 56)

²³ “Трговина људима и кријумчарење миграната – смјернице за међународну сардању”, Канцеларија Уједињених нација за борбу против дроге и криминала - Регионална програмска канцеларија за југоисточну Европу, 2010. (стр. 56)

на чијој се територији истрага треба извршити буде у потпуности поштован.²⁴

Затим, Другим додатним протоколом уз Европску Конвенцију о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима, предвиђено је да међусобним споразумом надлежни органи двије или више страна уговорница могу формирати заједнички истражни тим са посебном намјеном и на ограничени временски период, које се уз обострану сагласност може продужити, ради вођења кривичне истраге на територији једне или више страна уговорница које формирају заједнички тим.²⁵ Такви се тимови могу успоставити у поступцима за кривична дјела који „захтевају тешке и сложене истраге које су повезане с више држава странака“ или у поступцима за кривична дјела у којима више држава странака води кривичне истраге за које је потребна координација и усмјеравање, односно чија „природа захтијева предузимање координисаних и усклађених радњи“. У заједнички истражни тим се именују службена лица надлежних органа држава које су се споразумјеле о успостављању заједничког истражног тима, али у раду тима могу учествовати и придружени чланови других држава из споразума. Веома је значајно начело према којем заједнички истражни тим дјелује према прописима националног права државе на чијој се територији успоставља и дјелује заједнички истражни тим (*locus regit actum*).²⁶ Заједнички истражни тим треба да дјелује на територијама страна које су формирале тим, и то под сљедећим општим условима: вођа тима ће бити представник надлежних органа оне стране учеснице у кривичној истрази у којој тим дјелује; тим ће вршити истражне радње у складу са законодавством стране у којој дјелује; чланови и прекомандовани чланови тима ће обављати своје задатке под водством вође тима, водећи рачуна о условима које су поставили њихови органи у споразуму за формирање тима; страна у којој тим дјелује ће предузети све потребне организационе радње за потребе тима.²⁷

Заједнички истражни тимови према Конвенцији о полицијској сарадњи за југоисточну Европу су прописани на тај начин да на основу заједничког споразума власти за провођење закона двију или више земаља уговорних страна могу да оснују заједнички истражни тим у посебну сврху и на ограничени временски период, који се може продужити заједничким договором, у циљу провођења кривичних истрага у једној или више земаља уговорних страна које учествују у формирању тима.²⁸ Заједнички истражни тим се може формира-

²⁴ Члан 19 Конвенције УН против транснационалног организованог криминала („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 3/02).

²⁵ Члан 20 став 1 Другог додатног протокола уз Европску конвенцију о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр.10/07)

²⁶ Крапац Д. “Међународна казненоправна помоћ”, Народне новине, Загреб 2006. (стр. 121)

²⁷ Члан 20 став 3 Другог додатног протокола уз Европску конвенцију о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр.10/07).

²⁸ Члан 27 став 1 Конвенције о полицијској сарадњи за југоисточну Европу („Службени гласник

ти: када се ради о тешким кривичним дјелима за која је потребна захтјевна и са другим земљама уговорним странама повезана истрага; или када извјестан број земаља Уговорних страна проводи истрагу кривичних дјела усљед чијих околности су неопходне координиране и усмјерене акције свих укључених држава уговорних страна.²⁹

Споразумом између Савјета министара БиХ и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала, предвиђено је да се чланови заједничког истражног тима из свих других држава Уговорних страна, осим државе Уговорне стране у којој тим дјелује, зову „секондирани чланови“.³⁰ Секондирани чланови заједничког истражног тима биће овлаштени да буду присутни при провођењу истражних мјера и радњи у земљи извођења „операције“. Ипак, вођа тима може из посебних разлога, у складу са законом земље у којој тим води операције, одлучити другачије. Секондирани чланови заједничког истражног тима могу, у складу са законом земље у којој воде „операције“, бити овлаштени од вође тима са задатком предузимања појединих истражних радњи када је то одобрено од власти за провођење закона земље у којој се проводи операција и земље која секондира. Када заједнички истражни тим треба предузети истражне мере, у једној од земаља које чине тим, секондирани чланови тима из те земље могу затражити од својих власти за провођење закона да предузму такве мјере. Такве мјере ће бити размотрене, у тој земљи чланици, под условима који се примјењују на мјере затражене у домаћој истрази. Када је заједничком истражном тиму потребна помоћ од земље уговорне стране која не чини тим, или треће земље, захтјев за помоћ може бити упућен од власти за провођење закона земље уговорне стране, у којој се проводи „операција“ према властима за провођење закона друге земље у складу са релевантним инструментима или аранжманима (договорима). Такође, у обиму у коме закони Уговорних страна или одредбе било којег правног инструмента примјењивог између њих дозвољавају, могу се договорити аранжмани за друга лица која нису представници тијела за провођење закона уговорних страна које су успоставиле тим, да узму учешће у активностима тима. Та лица ће, на примјер, бити службеници из међународних организација признатих од уговорних страна.³¹ Такође, Други додатни протокол уз Европску конвенцију о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима, у члану 20 став 4 прописује да се чланови заједничког

БиХ“ -међународни уговори бр. 4/07).

²⁹ Члан 27 став 2 Конвенције о полицијској сарадњи за југоисточну Европу („Службени гласник БиХ“ -међународни уговори бр. 4/07).

³⁰ Члан 15 став 6 Споразума између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала („Службени гласник БиХ“ -међународни уговори бр. 9/11).

³¹ Члан 27 Конвенције о полицијској сарадњи за југоисточну Европу („Службени гласник БиХ“ -међународни уговори бр. 4/07).

истражног тима из стране уговорнице, у којој тим дјелује, називају „чланови“, док су чланови из других земаља названи „прекомандовани чланови“.

Оквирном одлуком Савјета Европе, од 13.06.2002. године, утврђено је да надлежна тијела двију или више држава чланица могу споразумно основати заједнички истражни тим с тачно одређеним циљем и за ограничени временски период, који може бити продужен обостраним пристанком, како би се провеле кривичне истраге у једној или више држава чланица које оснивају тим. Састав тима утврђује се споразумом. Заједнички истражни тим може се посебно основати ако: истраге о кривичним дјелима неке државе чланице захтијевају тешке и захтјевне истраге повезане са другим странама; или неколико држава чланица води истраге о кривичним дјелима у којима околности које се односе на предмет захтијевају координирано и договорено дјеловање укључених држава чланица.³² Заједнички истражни тим дјелује на територији држава чланица које га оснивају у складу са сљедећим општим условима: (а) вођа тима је представник надлежног тијела које учествује у истрагама у кривичним предметима и државе чланице у којој тим дјелује. Вођа тима дјелује у оквиру својих овлаштења, у складу са одредбама домаћег права; (б) тим проводи активности у складу са законима државе чланице у којој дјелује. Чланови и уступљени чланови тима своје задатке обављају под вођством вође тима, узимајући у обзир услове који су њихова тијела поставила у споразуму о оснивању тима; (ц) држава чланица у којој тим дјелује осигурава нужне организационе услове за његово дјеловање.³³

Споразумом између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о сарадњи у надзору државне границе, предвиђено је оснивање „Заједничке групе за сузбијање криминалитета“. У циљу ефикаснијег сузбијања прекограничног криминалитета, тијела надлежна за надзор државне границе могу, према потреби, основати заједничке скупине.³⁴ Међутим прописано је да службена лица тијела надлежног за надзор државне границе, која раде на државном подручју друге уговорне стране, имају само савјетодавну и потпорну улогу те нису овлаштене самостално проводити активности,³⁵ што значи да се ради о тзв. пасивним заједничким истражним тимовима.

³² “Трговина људима и кријумчарење миграната – смјернице за међународну сарадњу”, Канцеларија Уједињених нација за борбу против дроге и криминала - Регионална програмска канцеларија за југоисточну Европу, 2010. (стр. 46)

³³ *Ibid.* (стр. 47)

³⁴ Члан 12 став 1 Споразума између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о сарадњи у надзору државне границе („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 10/07).

³⁵ Члан 12 став 2 Споразума између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о сарадњи у надзору државне границе („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 10/07).

Протоколом између Министарства безбједности Босне и Херцеговине - Граничне полиције и Министарства унутрашњих послова - Равнатељства полиције о оснивању заједничких радних група за сузбијање криминалитета, дефинисана су надлежна тијела, сврха и начин оснивања заједничких радних група за сузбијање криминалитета.³⁶ Према протоколу, сврха оснивања је да се заједничке радне групе оснивају по потреби, а у циљу ефикаснијег сузбијања свих облика прекограничног криминалитета. Службена лица надлежних тијела која раде на државном подручју друге уговорне стране имају само савјетодавну и улогу подршке, те нису овлаштене самостално проводити активности.³⁷

Такође, Споразумом између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала је предвиђено оснивање заједничких тимова за истраге кривичних дјела. У циљу успјешног откривања кривичних дјела за која може бити изречена казна затвора од најмање пет година, а која се протежу на државном подручју обију држава и код којих је потребно заједнички ускладити дјеловање полицијских органа уговорних страна, надлежни полицијски органи могу основати заједничке тимове за истраге кривичних дјела. Оснивање и рад предметних заједничких тимова уредиће се посебним споразумом за сваки поједини случај.³⁸ Споразум о оснивању заједничког тима за истраге кривичних дјела мора садржавати: а) опис кривичног дјела за чије је откривање основан заједнички тим за истраге кривичних дјела; б) подручје дјеловања, услове и трајање, те могућност продужења рока дјеловања тима; ц) састав тима и његовог руководиоца; д) дужности и овлашћења члана упућеног у заједнички тим за истраге кривичних дјела; е) информације о правилима о кривичној одговорности члана упућеног у заједнички тим за истраге кривичних дјела, те грађанскоправну одговорност за штету проузроковану при извршавању задатака; ф) правила организације и критеријуме финансирања рада тима.³⁹

Кад је у питању домаће законодавство у Босни и Херцеговини, Законом о међународној правој помоћи у кривичним стварима је прописано да, ако то оправдавају околности конкретног случаја, споразумом надлежног тужи-

³⁶ Члан 1 став 1 Протокола између Министарства безбједности Босне и Херцеговине - Граничне полиције и Министарства унутрашњих послова - Равнатељства полиције о оснивању заједничких радних група за сузбијање криминалитета („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 11/08).

³⁷ Члан 2 Протокола између Министарства безбједности Босне и Херцеговине, Граничне полиције и Министарства унутрашњих послова, Равнатељство полиције о оснивању заједничких радних група за сузбијање криминалитета („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 11/08).

³⁸ Члан 15 став 1 Споразума између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 9/11).

³⁹ Члан 15 став 2 Споразума између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 9/11).

лаштва у Босни и Херцеговини са надлежним органима стране државе могу се формирати заједнички истражни тимови ради вођења кривичне истраге на територији једне или више уговорница које формирају заједнички тим.⁴⁰ Када се ради о доказној ваљаности предузетих доказних радњи које су предузете од стране заједничког истражног тима, Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима је прописано да доказне радње које су спровели правосудни органи према прописима државе молитељке биће изједначене с одговарајућим доказним радњама према прописима Босне и Херцеговине, осим ако то није противно основним принципима домаћег правног поретка и принципима међународних аката о заштити људских права и основних слобода.⁴¹ Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима је прописана обавеза доношења Упутства о формирању заједничких истражних тимова од стране министра правде Босне и Херцеговине, у року од три мјесеца од ступања на снагу закона.⁴² Наведеним упутством би се детаљније уредила ова област.

Кад су у питању активности и дјеловање међународних и регионалних организација у области пружања помоћи приликом успостављања и дјеловања заједничких истражних тимова, њихова улога је веома значајна. Посебан акценат се треба ставити на СЕЛЕЦ, ЕУРОЈУСТ и ЕУРОПОЛ, с обзиром да су ове институције формиране, између осталог, с циљем пружања подршке странама у њиховој борби против транснационалног организованог криминалитета. У складу са чланом 20 став 12 Другог протокола, наведене организације могу учествовати у раду заједничког истражног тима. Према томе, ове организације ће у блиској сарадњи бити на располагању државама које достављају захтјев када разматрају формирање заједничког истражног тима. Посебно у припремној фази процјене и преговора, ове организације могу пружити подршку странама путем давања правних савјета, као и искустава на основу ранијег учешћа у заједничком истражним тимовима. Свакако, ваља нагласити да учешће наведених организација није обавезно, ове организације могу имати кључну улогу у осигурању и ефикасности оперативних капацитета заједничког истражног тима те свеукупног успјеха истраге. Такође, могу допринијети у административном управљању заједничким истражним тимом и дјеловати као посредници у добивању, као и давању савјета у погледу тренутне расположивости извора финансирања.⁴³

⁴⁰ Члан 24 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“, бр. 53/09).

⁴¹ Члан 89 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“, бр. 53/09).

⁴² Члан 94 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“, бр. 53/09).

⁴³ “Трговина људима и кријумчарење миграната – смјернице за међународну сардању”, Канцеларија Уједињених нација за борбу против дроге и криминала - Регионална програмска

4. Закључна раматрања

Општеприхваћено становиште је да се савремени облици организованог криминалитета трансформишу из националног у транснационални феномен. Чак би се могло утврдити да су, на актуелном степену цивилизацијског развоја, националне карактеристике и садржаји тог феномена у стагнацији или чак редукцији, док су глобални садржаји у израженој експанзији. Имајући у виду наведено становиште, као императив се намеће питање ефикасног, ефективног и економичног супротстављања таквим појавним облицима криминалитета, нарочито у области откривања, истраге и обезбеђивања доказно кредибилних чињеница и доказа. Стога се, једна од препорука са трећег међународног Самита тужилаца који је одржан у Букурешту 2009. године, односи на акцентирање и подстицање предузимања заједничких истрага, као и промовисање иновативних приступа у изналажењу и успостављању ефикаснијих међународних механизма сарадње у кривичним стварима у супротстављању транснационалном организованом криминалитету.⁴⁴

Вођење истраге на властитом подручју, као и паралелне (упоредне) истраге у кривичним предметима са елементима иностраности су нужно скопчане са дужином временом трајања истраге због предузимања истражних мјера и радњи на подручју двије или више држава, путем постојећих облика међународне правне помоћи. С обзиром да окончавање суђења у разумном року кореспондира са дужином трајања истраге, као припремне фазе кривичног поступка, а дуготрајна истрага, поготово ако се лице налази у притвору, објективно нарушава принципе суђења без непотребног одуговлачења.⁴⁵ Стога заједничка истрага представља један од процесних механизма како за ефикасније окончавање кривичног поступка, тако и за економичност поступка. Такође, заједнички истражни тимови представљају процесно-организационе облике заједничког оперативног дјеловања представника правосудних, полицијских и других институција, ради предузимања истражних радњи за кривична дјела кроз одређено временско раздобље у једној или више држава обухваћених међусобним споразумом.

Свакако треба имати у виду да заједнички истражни тимови не морају нужно представљати најбољи инструмент у свим околностима, односно у свим прекограничним истрагама, али свакако представљају веома ефикасан процесно-организациони механизам који стоји на располагању надлежних државних канцеларија за југоисточну Европу (стр. 55)

⁴⁴ The Third World Summit of Prosecutors General, Attorneys General and Chief Prosecutors, Bucharest, Romania March 23 – 25, 2009. (p. 118)

⁴⁵ Кнежевић С. „Основна начела кривичног процесног права“, Студентски културни центар у Нишу, Ниш 2012. (стр. 210)

органа и међународних и регионалних организација у ефикасном и ефективном супротстављању транснационалном организованом криминалитету.

Имајући у виду наведено може се основано темељити закључак да постоји солидна међународноправна основа за оснивање и успостављање заједничких истражних тимова, али је неопходно прецизније и потупније нормативно уредити наведену област на нивоу држава, а у складу са принципима међународног права. Такође је потребно афирмисати и подстицати закључивање билатералних споразума између држава, те користити позитивна искуства у успостављању и дјеловању заједничких истражних тимова, а све у циљу ефикаснијег супротстављања транснационалном организованом криминалитету уз рационално и економично ангажовање кадровских и материјално-техничких потенцијала.

Литература:

Деган Владимир-Ђуро, Павишић Берислав, Беширевић Виолета, “Међународно и транснационално кривично право” Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Службени Гласник, Београд 2011.

Игњатовић Ђорђе и Шкулић Милан, “Организовани криминалитет” Правни факултет Универзитета у Београду 2010.

Јовашевић Драган, „Примена казне конфискације имовине у сузбијању организованог криминалитета“ Ревизија за безбедност бр: 4/07, Центар за безбедносне студије Београд 2007.

Кнежевић Саша, „Примена посебних доказних радњи у сузбијању трговине људима“, Трговина људима – правна заштита у међународним и националним оквирима, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011. (183-205)

Кнежевић Саша, „Основна начела кривичног процесног права“, Студентски културни центар у Нишу, Ниш 2012.

Крапац Давор, „Међународна казненоправна помоћ“, Народне новине, Загреб 2006.

Маринковић Дарко, “Сузбијање организованог криминала - специјалне истражне методе”, Прометеј Нови Сад, 2010.

Раичевић Небојша, „Конвенција против транснационалног организованог криминала и њени протоколи“ Трговина људима – правна заштита у међународним и националним оквирима, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011. (33-49)

Симовић Миодраг, „Кривично процесно право“, Факултет за безбједност и заштиту, Бања Лука 2007.

- Симовић Миодраг, „Основне карактеристике кривичне истраге у законодавству Босне и Херцеговине и њен утицај на поједностављење кривичног поступка“, у монографији групе аутора под називом „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2013. (114-132)
- Хорватић Жељко, “Дјеловање међународних организација у сузбијању криминала”, Правни факултет Универзитета у Загребу 2002.
- „Трговина људима и кријумчарење миграната – смјернице за међународну сарадњу“, Канцеларија Уједињених нација за борбу против дроге и криминала - Регионална програмска канцеларија за југоисточну Европу, 2010.
- Конвенција УН против транснационалног организованог криминала („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 3/02)
- Други додатни протокол уз Европску конвенцију о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр.10/07)
- Конвенција о полицијској сарадњи за југоисточну Европу („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 4/07)
- Споразум између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о полицијској сарадњи у борби против прекограничног криминала („Службени гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 9/11)
- Споразум између Савјета министара Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о сарадњи у надзору државне границе („Службени гласник БиХ“ -међународни уговори бр. 10/07)
- Протокол између Министарства безбједности Босне и Херцеговине - Граничне полиције и Министарства унутрашњих послова - Равнатељства полиције о оснивању заједничких радних група за сузбијање криминалитета („Службени Гласник БиХ“ - међународни уговори бр. 11/08)
- Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник БиХ“ бр. 53/09)
- The Third World Summit of Prosecutors General, Attorneys General and Chief Prosecutors, Bucharest, Romania March 23 – 25, 2009.

Summary

Contemporary forms of organized crime is characterized determinant to transform the nacinalnog in transnational phenomenon, and that the national guidelines and contents of this phenomenon in stagnation or even reduction, while global facilities in the progression. Therefore, it is the imperative of efficient opposition to such forms of crime, especially in the detection, investigation and provide evidence. The conduct of vlastirom area as well as the massive parallel investigations in criminal cases with elements of foreign nature are necessarily associated with the longer duration of the investigation and the inadequate level of efficiency and effectiveness of the investigation, because of investigative measures and actions in two or more states, through existing forms of mutual legal assistance . Bearing this in mind, the text will be emphasized with the question of initiating joint investigation, the formation of joint investigation teams, as well as promoting innovative approaches in devising efficient process-organizational cooperation mechanisms in criminal matters to counter transnational organized crime.

Keywords: *parallel investigations, joint investigations, joint investigation teams, joint investigative bodies.*

ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА ХАПШЕЊЕ – НОВИ ИНСТИТУТ У ОБЛАСТИ МЕЂУНАРОДНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ПОМОЋИ У ПРОСТОРУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Мр Милијана Лепир*

***Апстракт:** Рад се бави једним новим обликом међународне кривично-правне помоћи у Европској унији који је сличан екстрадицији, а то је предаја. Како би се направила што јаснија дистинкција између института предаје и екстрадиције, полази се и од начела у складу са којима се проводе ова два поступка, која се на први поглед чине истим. Наиме, поступак предаје проводи се у складу са начелом међусобног повјерења и признања судских одлука, за разлику од екстрадиције која се одвија у складу са начелима забране изручења властитих држављана, двоструке инкриминације и реципроцитета. Први дио рада се бави околностима које су довеле до доношења Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и предају, а истовремено се указује на терминолошку одредницу „предаја“ која се користи у наслову Оквирне одлуке и која сама по себи указује на увођење и примјену новог института. Проблематика другог дијела рада је увођење и примјена принципа међусобног повјерења и признања судских одлука и у кривичноправној области. О потешкоћама у правцу заживљавања и примјене претходно поменутог принципа у кривичноправној области, свједочи и покретање поступка испитивања легитимности Оквирне одлуке пред Европским судом правде, о чему се говори у трећем дијелу рада. Анализирајући Оквирну одлуку и начело у складу са којим се одвија поступак предаје, дало би се закључити, прије свега, да примјена принципа међусобног повјерења у кривичноправној области у пракси је отежана, јер је неопходно обезбиједити компатибилност кривичноправних одредаба у државама чланицама Европске уније. Даље, примјеном института предаје, нарушава се принцип пропорционалности, јер је могуће издавање налога и у односу на лакша кривична дјела.*

***Кључне ријечи:** предаја, принцип међусобног повјерења и признања судских одлука, Европски суд правде.*

* Асистент на Кривично-правној катедри Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

1. Увод

У вријеме када је екстрадиција настала, за издавање криваца су постављани бројни и веома строги услови и ограничења, што је произилазило из неповјерења у право и правосуђе других држава. Оптерећен таквим ограничењима и старим правилима и препрекама, класични екстрадициони поступак се показао као нефункционалан и недјелотворан у савременом кривичном праву када је у питању борба против нових видова све опаснијег организованог криминала.¹ Традиционално екстрадиционо право садржи доста застарјела рјешења, што екстрадициони поступак чини доста спорим, неефикасним и сложеним. Отуда настојања да се екстрадиционо право мијења, односно да се успостави таква правна регулатива која ће екстрадициони поступак учинити једноставнијим и ефикаснијим, што намеће потребу да се екстрадиција учини што мање политичком, а више правосудном установом која ће бити ослобођена неповјерења у страну право и правосуђе.² Наведене промјене су у највећој мјери учињене у пружању правне помоћи у односима између земаља чланица Европске уније, гдје је сложена и компликована процедура екстрадиције убрзана и поједностављена. У том смислу је унутар правних оквира Европске уније донесено неколико конвенција које се у потпуности или дјелимично односе на екстрадицију и чији је циљ поједностављење екстрадиционог поступка, о чему ће се више расправљати у посебним дијеловима овога рада.

Поступак изручења или предаје на територији чланица Европске уније уређен је Оквирном одлуком о европском налогу за хапшење и предају. Њене одредбе су усмјерене ка онемогућавању учинилаца кривичних дјела да пронађу уточиште од кривичног гоњења у некој од земаља чланица, унутар простора Европске уније. Оквирна одлука представља кодификацију одредаба о екстрадицији које су прихваћене у земљама чланицама Европске уније, те установљава унифицирани, упрошћени, убрзани и деполитизовани екстрадициони поступак. Из самог наслова Оквирне одлуке у којем се употребљава појам *surrender*, а не *extradition*, закључује се да је ријеч о примјени института предаје, а не изручења, те је потребно указати на специфичности овог института у односу на изручење. Из одредаба ове Одлуке произилази да је ријеч о обавези државе на чијој територији се затекне учинилац кривичног дјела, да га преда држави на чијој је територији он кривично дјело учинио. То такође значи прије обавезу замољене државе да изручи потраживано лице, а не њено право, као што је то случај када је у питању екстрадиција. Анализом одредаба ове одлуке, указаће се на специфичности поступка предаје у односу на поступак екстрадиције, те на неке негативне стране овог поступка. Чињеница је да је у неким

¹ Види више М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Бања Лука, 2011, стр. 260.

² *Ibidem*, стр. 260.

државама покренути поступак оцјене уставности имплементацијских закона о Европском налогу за хапшење и предају, што је био разлог да се овим питањем посебно позабави и у овом раду. Постоје одређене специфичности у примјени овог налога у појединим државама Европске уније, као што су то Велика Британија и Њемачка, те су у овом дијелу рада такође презентоване, како би се на крају заузео став о разлозима за или против примјене рјешења предвиђених Оквирном одлуком о европском налогу за хапшење и предају.

2. Оквирна одлука о европском налогу за хапшење и предају

Одлука о потискивању традиционалног система екстрадиције³ донесена је на састанку Савјета Европске уније у Тампереу (Финска) 1999. године, када је закључено да у односима између држава чланица треба напустити формални екстрадициони поступак, те је прихваћено начело узајамног признања судских одлука. Европски налог за хапшење и предају је најзначајнији инструмент Европске уније, у области међународне кривичноправне помоћи у кривичним стварима.

Оквирна одлука о европском налогу за хапшење и предају (у даљем тексту: Оквирна одлука) усвојена је 13. јуна 2002. године, а ступила је на снагу 13. августа 2003. године.⁴ Приједлог за доношење Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и предају донијела је Европска комисија 2001. године, а своје мишљење о приједлогу дао је Европски парламент. У почетку Оквирну одлуку из 2002. године примјењивало је само осам земаља чланица Европске уније, а тек 2005. године прихватиле су је и све остале земље чланице. Оквирна одлука представља кодификацију одредаба о екстрадицији које су прихваћене у земљама чланицама Европске уније, те установљава унифицирани, упрошћени, убрзани и деполитизовани екстрадициони поступак. Овом одлуком обухваћена је материја која је до тада била регулисана многим конвенцијама, као што су: Европска конвенција о екстрадицији из 1957. године, Европска конвенција о спречавању тероризма у вези са екстрадицијом из 1978. године, Споразум из 1989. године између дванаест држава чланица о поједностављивању предаје екстрадиционих захтјева, Конвенција о поједностављеном екстрадиционом поступку из 1995. године, Конвенција о екстрадицији из 1996. године,

³ Више о традиционалном систему екстрадиције види: М. Бабић, *op. cit.*, М. Симовић, *Кривично процесно право – посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011, М. Шкулић, *Кривично процесно право – општи и посебни дио*, Правни факултет у Београду, 2010, М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *Коментар закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Гласник, 2009, Ного, С., *Екстрадиција као вид међународне кривичноправне сарадње*, Зборник радова са међународног научног скупа „Примена међународног кривичног права у националном законодавству“ Intermeks, Београд, 2005.

⁴ Council Framework Decision on the European arrest warrant and surrender procedures between Member States, Official Journal of the European Communities, L 190/1 of 18.07.2002.

као и одређене одредбе Шенгенског споразума. Ваља напоменути да усвајањем Оквирне одлуке из 2002. године државама чланицама Европске уније није онемогућено закључивање билатералних и мултилатералних споразума. Напротив, таквим споразумима би се додатно поједноставио екстрадициони поступак, под условом да се не наруше постојећи уговорени односи међу државама.⁵

Приликом доношења Оквирне одлуке из 2002. године, водило се рачуна о начелима из члана 6 Уговора о Европској унији из поглавља 7 Повеље о основним правима Европске уније. Полазећи од наведених одредаба, изручење траженог лица може се одбити уколико постоји основана сумња да је налог издат ради прогона и кажњавања неког лица због пола, расе, вјере, етничког поријекла, националности, политичких мишљења или сексуалне оријентације, или извршење налога може ићи на штету траженог лица. Ријеч је о такозваној дискриминаторској клаузули која онемогућава изручење траженог лица, с обзиром да је у екстрадиционом праву постављена као облигаторна препрека.⁶ Према члану 1 став 1 Оквирне одлуке, европски налог за хапшење дефинише се као судска одлука донесена од стране једне државе чланице ради лишавања слободе и предаје траженог лица другој држави чланици ради кривичног гоњења, извршења казне затвора или мјере безбједности. Европски налог за хапшење је прва мјера на подручју кривичног права којом се реализује начело узајамног признања судских одлука. Због тога се Оквирна одлука сматра каменом темељцем судске сарадње између држава чланица Европске уније, што је допринијело стварању европског простора слободе, безбједности и правде.⁷ Примјеном европског налога за хапшење и предају у екстрадиционом поступку, комуникација међу државама у циљу изручења траженог лица одвија се непосредно између надлежних правосудних органа држава.

Оквирном одлуком су елиминисане неке од традиционалних препрека у екстрадиционом праву, као што су држављанство и забрана изручења за политичка или фискална кривична дјела. Примјена принципа *double criminality* искључена је у односу на кривична дјела из члана 2 став 2 Оквирне одлуке, а то су: учествовање у злочиначкој организацији, тероризам, трговина људима, неовлашћена трговина наркотицима и психоактивним супстанцама, неовлашћена трговина оружјем, муницијом и експлозивним материјалима, сексуално искориштавање дјете и дјечија порнографија, корупција, проневјера, те кривична дјела извршена на штету финансијских интереса економске заједнице, у смислу Конвенције о заштити финансијских интереса из 1995. године, прање имовинске користи остварене кривичним дјелом, фалсификовање новца (укључујући евро), компјутерски криминалитет, кривична дјела против околине, незакони-

⁵ Jurka, R., *European Arrest Warrant: Some Questions on Legal Interpretation and Application*, Jurisprudence, Vol. 18, No. 1, 2011. pp. 327-343.

⁶ А. Чавошки, *Европски налог за хапшење*, Европско законодавство, број 9/10, стр. 187-188.

⁷ Б. Бановић, *Европски налог за хапшење као облик међународне кривичноправне помоћи*, Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савјета Европе, Београд, 2009, стр. 166-167.

та трговина угроженим биљним и животињским врстама, незаконит улазак и боравак, убиство и тешке тјелесне повреде, незаконита трговина људским органима и ткивом, отмица, незаконито одузимање слободе и узимање талаца, расизам и ксенофобија, организовано и оружано разбојништво, незаконита трговина културним добрима (укључујући старине и умјетничка дјела), превара, рекетирање и изнуда, фалсификовање и незаконито умножавање производа (пиратство), фалсификовање службених докумената и трговање тим фалсификатима, фалсификовање средстава плаћања, незаконито трговање хормонским супстанцама и осталим стимулансима раста, незаконито трговање нуклеарним и радиоактивним материјалом, трговина украденим возилима, силовање, паљевина, кривична дјела која спадају у надлежност Међународног кривичног суда (кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом), отмица вазухоплова и бродова, саботажа. У односу на претходно набројана кривична дјела мјеродавно је право државе издаваоца Европског налога за хапшење и предају, те се на овај начин сужава простор за евентуално избјегавање кривичног гоњења извршилаца кривичних дјела.⁸

Наиме, елиминисање примјене принципа двоструке кажњивости у поступку предаје сматра се неприхватљивим, јер се на тај начин не уважава право на различитост, односно различито вредновање исте ствари. На примјер, нека дјела, односно радње предузете у складу са законом једне државе, прихватљиве су у тој држави, али не морају бити прихватљиве у некој другој држави. Такав је случај са еутаназијом, која је допуштена у Холандији, али не и у Пољској. Слична ситуација је са абортусом, који је допуштен у Холандији и Белгији уколико је извршен у складу са законом, што није случај у Ирској. Осим ових кривичних дјела, постоје још нека кривична дјела за која се сматра неоправданим елиминисање примјене принципа двоструке кажњивости, као што су: превара, расизам и ксенофобија, саботажа и изнуда. У том смислу, поставља се питање шта се подразумејева под овим дјелима, ако се има у виду да су њихове формулације прешироке, непрецизне, као и да постоји могућност злоупотребе. Имајући у виду претходно наведено, белгијским имплементацијским законом о европском налогу за хапшење и предају, абортус и еутаназиа се не подводе под кривична дјела убиства и тешке тјелесне повреде, у односу на која је елиминисана примјена овог принципа.⁹

Листа кривичних дјела обухваћених чланом 2 став 2 Оквирне одлуке није коначна, јер Савјет ЕУ има овлашћења да последије консултација са Европским

⁸ Düker, A., *The Extradition of Nationals: Comments of Extradition Request for Alberto Fujimori*, European and International Law, German Law Journal, Vol. 4, No. 11, 2003, pp. 1166-1177, Jasti, M., *Extraditing Terrorists Hits a Death penalty Kibosh*, Wisconsin International Law journal, Vol. 22, No. 1, pp. 163-185.

⁹ Anonymous, *The European Arrest Warrant in Law and Practice: A Comparative Study for the Consolidation of the European Law-Enforcement Area*, 2010., http://opj.ces.uc.pt/pdf/EAW_Final_Report_Nov_2010.pdf, посјећено дана 06.07.2013.

парламентом, једногласно прошири листу другим кривичним дјелима. Међутим, уколико се тражи изручење неког лица за кривично дјело које није наведено у члану 2 ставу 2 Оквирине одлуке из 2002. године, држава извршилац европског налога за хапшење и предају може условити изручење траженог лица примјеном принципа двоструке кажњивости.

Рађање идеје о европском грађанину и гарантовање заштите учиниоцима кривичних дјела од нехуманог, нечовјечног или понижавајућег поступања или кажњавања, утицало је на елиминисање држављанства као препреке у поступку предаје учиниоца кривичних дјела међу државама. Иако Оквирна одлука не познаје ову врсту препреке, и даље постоји могућност протекције у одређеној мјери властитих држављана, условљавањем њихове предаје повратком власти тој држави ради издржавања изречене казне.

Несумњиво је да са елиминисањем држављанства као препреке у поступку предаје учиниоца кривичног дјела некој од држава чланица Уније, ставља под знак питања државни суверенитет, с обзиром да су елементи суверености територијални интегритет, политичка независност и власт над становништвом једне државе (становништво - држављани и резиденти).¹⁰ Наиме, државе чланице ЕУ су ограничиле своја суверена овлашћења у мјери у којој су прихватиле обавезе предвиђене Одлуком о европском налогу за хапшење. То је у одређеној мјери и разумљиво, јер успјешно функционисање Европске уније на извјестан начин захтијева ограничавање државног, односно, националног суверенитета њених чланица. Ако се има у виду циљ Европског налога за хапшење и предају, а то је процесуирање и кажњавање починилаца тешких кривичних дјела, онда је такво ограничавање државног суверенитета легитимно.

Битно обиљежје поступка предаје према Оквирној одлуци је хитност, што произилази из строго постављених рокова који су најчешће веома кратки. Тако нпр. одлука о изручењу траженог лица се има донијети у року од 60 дана од дана хапшења траженог лица. Само у изузетним случајевима овај рок се може продужити за још 30 дана. Осим тога, ако је потраживано лице сагласно са изручењем, коначна одлука треба да се донесе у року од 10 дана од дана дате сагласности, односно пристанка. Коначно, по доношењу одлуке о изручењу траженог лица, иста одлука се има извршити у року од 10 дана од дана доношења одлуке.¹¹

¹⁰ A.Górski, P. Hofman'ski, *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of European Union*, Wazdanwnictwo C.H. Beck, Warszawa, 2008, на страници http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/other/220_EAW.pdf, посјећено дана 12.11.2011.

¹¹ М. Бабић, *op. cit.*, стр. 263-264, Anonymous, *The European Arrest Warrant in Law and in Practice: A Comparative study for the consolidation of the European Law- Enforcement area*, 2010, http://opj.ces.uc.pt/pdf/EAW_Final_Report_Nov_2010.pdf, посјећено дана 23. 9. 2011. J. Wouters and F. Naert, *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after '11 September'*, *Common Market Law Review*, Institute for International Law, The Faculty of Law of the University of Leuven 2004; R. Jurka, *European Arrest Warrant: Some Questions on Legal Interpretation and Application*, *Jurisprudence* 18 (1), Mykolas

2.1. Институт предаје

Поступак изручења или предаје на територији чланица Европске уније уређен је Оквирном одлуком о европском налогу за хапшење и предају. Њене одредбе су усмјерене ка онемогућавању учинилаца кривичних дјела да пронађу уточиште од кривичног гоњења у некој од земаља чланица, унутар простора Европске уније.

Из самог наслова Оквирне одлуке¹² закључује се да је ријеч о примјени института предаје,¹³ а не изручења. Наиме, у самом називу Оквирне одлуке употребљава се појам *surrender*, што би значило предаја, а не изручење, те је потребно указати на специфичности овог института у односу на изручење. Из одредаба ове Одлуке произилази да је ријеч о обавези државе на чијој територији се затекне учинилац кривичног дјела, да га преда држави на чијој је територији он кривично дјело учинио. То такође значи прије обавезу замољене државе да изручи потраживано лице, а не њено право, као што је то случај када је у питању екстрадиција.

Основна сврха Оквирне одлуке европског налога за хапшење и предају је замјена одредаба о традиционалном екстрадиционом поступку међу земљама чланицама Европске Уније. Развојем економске интеграције међу државама чланицама и увођењем слобода кретања лица, створено је повољно тло за вршење кривичних дјела злоупотребом слобода датих грађанима Уније. Европски налог за хапшење и предају као средство борбе против транснационалног криминала прихватиле су све земље чланице Уније. Ријеч је о судској одлуци једне државе упућене другој, са циљем да се недоступан учинилац кривичног дјела ухапси и преда, како би био процесуиран за дјело које му та држава ставља на терет.

Овај налог издаје се у ситуацијама, које су прописане Оквирном одлуком, а то су случајеви провођења истраге у вези са учињеним кривичним дјелом, извршења изречене казне, извршења одлуке о притвору и вођења кривичног поступка.

Romeris University, Faculty of Law, 2011, pp. 327-343.

¹² Оквирне одлуке су нови правни инструмент Европске уније уведен 1997, Уговором о Европској унији из Амстердама. У шестом поглављу Уговора саджане су одредбе о правосудној и полицијској сарадњи између држава чланица у кривичним стварима. Овим уговором, као једна од мјера за унапређивање полицијске и правосудне сарадње, предвиђена је могућност доношења оквирних одлука, а циљ оквирних одлука је уједначавање прописа држава чланица. Оквирне одлуке обавезују државе чланице у смислу да их морају прихватити, али се не могу директно примјењивати, па свака држава чланица мора донијети одговарајуће прописе којима имплементира оквирну одлуку у национални правни систем.

¹³ Види више о терминолошком одређивању појма предаје као кривичноправне одреднице, М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Досије, 2005, стр. 411.

Специфичност поступка предаје у односу на екстрадицију је првенствено у томе, што овај поступак не познаје материјалноправне услове као што је врста кривичног дјела или држављанство учиниоца, нити се разматрају докази на којима се темељи издати налог за хапшење. У поступку предаје, за утврђивање да ли постоје процесне препреке за изручење мјеродавно је искључиво право државе издаваоца налога. У овом поступку кривичноправне сарадње међу државама чланицама Европске уније, као једине препреке предвиђене су пресуђена ствар у некој од држава чланица у вези са дјелом за које се терети потраживано лице и опасност од кршења начела недискриминације. Поред наведеног, судија који одлучује о извршењу европског налога за хапшење и предају лишен је дискреционих овлашћења. Он само провјерава да ли је задовољена форма налога. Примјена овог налога у пракси често ствара проблеме, јер у Оквирној одлуци није имплементиран принцип пропорционалности.

3. Принцип међусобног повјерења и признања судских одлука у кривичним стварима међу државама чланицама ЕУ (principal of mutual trust and recognition in judicial decisions in EU)

Европски налог за хапшење и предају један је од првих корака на путу реализације принципа међусобног повјерења и признања судских одлука у кривичноправној области. У вези с тим, у преамбули Оквирне одлуке утврђује се да је основни предуслов за успјешну примјену европског налога за хапшење, постојање високог степена повјерења међу државама чланицама Европске уније. Примјена европског налога за хапшење и предају може бити суспендована само у случају озбиљног и сталног кршења неког од принципа из члана 6 став 1 Уговора о Европској унији.¹⁴

Међусобно повјерење у кривична правосуђа држава чланица Европске уније је од кључног значаја, нарочито ако се има у виду могућност преиспитивања одлука националних судова пред Европским судом за људска права и Европским судом правде. Принцип међусобног признања судских одлука је основни принцип који омогућава постојање и функционисање јединственог судског простора, те реализовање идеја о међудржавној сарадњи у борби против криминалитета. Слобода кретања људи, робе, капитала и услуга условила је и прекогранично дјеловање кривичне истраге, кривичног гоњења, пресуда у циљу успјешније борбе против савременог криминалитета. Европски налог за хапшење и предају представља први инструмент, којим се омогућава прекогранично дјеловање правосуђа и полиције унутар простора Европске уније. Заживљавање овог принципа у кривичноправној области могуће је уколико се

¹⁴ Европска унија функционише у складу са принципима слободе, демократичности, поштовања људских права и слобода и владавине права.

поштују људска права и слободе, принцип владавине права, те принцип права на правично суђење.¹⁵

Примјена принципа узајамног признања судских одлука у државама чланицама ЕУ, вуче коријене још из одлуке Европског суда правде у предмету грађанскоправног карактера *Cassis de Dijon*.¹⁶ У тој одлуци, суд је заузео став да препрека за кретање у оквиру Европске заједнице не би требало да произилази из националних законских рјешења држава чланица, те да треба омогућити слободу кретања робе, односно производа који задовољавају постављене стандарде у погледу квалитета. Према томе, производи који испуњавају прописане услове и стандарде за прометовање у једној држави чланици, могу се законито прометовати и у другим државама чланицама. Полазећи од ове одлуке, *mutadis mutandis* институције ЕУ су лансирале идеју о истовјетном поступању са законитим судским одлукама у кривичноправној области. На том трагу предлаже се омогућавање њиховог признања уколико су засноване на законитим доказима, као и ако су испоштована права оптуженог односно осуђеног, те права жртве кривичног дјела.¹⁷ Услјед тога, Европски савјет проширио је примјену принципа међусобног повјерења и признања на сједници у Тампереу 1999. године и на судску сарадњу у кривичним и грађанским стварима, са образложењем да се развијањем и јачањем међусудске сарадње ствара повољно тло и клима за бољу и ефикаснију заштиту људских права и њихових добара, односно пружа се већа гаранција у заштити појединаца и њихових добара.¹⁸

Утемељењу принципа међусобног повјерења и признања у кривичноправној области, допринијели су како оснивачки уговори Европске уније, тако и пракса Европског суда правде. Међу оснивачким уговорима Европске уније, као извори горе наведеног принципа издвајају се: Мастрихтски уговор, Амстердамски уговор, те важећи Лисабонски уговор. С друге стране, Европски суд правде својим одлукама у вези са тумачењем начела *ne bis in idem* потврђује важења принципа међусобног повјерења и признања судских одлука и у кривичноправној области.¹⁹ Приликом тумачења принципа *ne bis in idem*, у

¹⁵ Niggel, Ph., Speth, M., Zinsmeister, A., *International Cooperation in Criminal matters*, Germanz Landgericht Regensburg Court, www.inmlex.ro/fisiere/pag_60/det_881/4641.doc, посјећено дана 15.09.2013.

¹⁶ European Court of Justice, *Case Dijon*, C- 120/78.

¹⁷ ECJ, C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, par. 14 and par. 8 D. Leczykiewicz, *Constitutionalising the third pillar*, Oxford Law, pp. 2-4, на <http://www.cels.law.cam.ac.uk/events/Leczykiewicz.pdf> посјећено 06.08.2012, посјећено дана 22.5.2011. Anonymus, *The European*

Arrest Warrant and Necessary Balance between Mutual Recognition and Fundamental Rights in EU, pp. 2-4, доступно на <http://www.ejtn.net/Documents/Themis/THEMIS%20written%20paper%20-%20Romania%201.pdf>, посјећено дана 07.05.2011.

¹⁸ *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, Official Journal of the European Communities, 2001, C 12/02.

¹⁹ Treaty on European Union, Maastricht Treaty, 1993, Official Journal C 191 of 29.07.1992.; Treaty of Amsterdam 1997, Official Journal C 340.; Treaty of Lisbon 2007, Official Journal C 306, <http://europa>.

складу са чланом 54 Конвенције о имплементацији шенгенског споразума, а уважавајући и принцип међусобног повјерења и признања судских одлука у кривичноправној области, Суд је заузео став да су државе дужне да прихватају судске одлуке донесене у границама шенгенског простора. Ова обавеза постоји чак и уколико би државе у датом случају поступиле другачије у складу са рјешењима из националног законодавства.²⁰ Имајући у виду претходно наведено, Оквирна одлука о европском налогу за хапшење и предају представља покушај да се реализује идеја Европске уније о спровођењу, односно примјени принципа међусобног повјерења и признања судских одлука у кривичноправној области.

Ипак, доношењем поменуте Одлуке остављен је простор државама чланицама Европске уније да искажу неповјерење у демократичност туђег правног система, позивајући се на одредбе преамбуле, као и на чланове 3, 4 и 5 Оквирне одлуке. Практични израз неповјерења у туђи кривичноправни систем представљају одредбе закона о примјени европског налога за хапшење и предају Њемачке и Велике Британије. Наиме, у овим земљама онемогућава се предаја властитих држављана позивањем не демократичност правног система. Осим тога, није могућа предаја лица које је дјеловало у интересу Велике Британије или је овлашћено за предузимање одређених радњи од стране државног секретара, као и лица које се терети за кривично дјело узимања талаца. Поступак предаје у Њемачкој је и даље судско-административни. Ове земље упутиле су критику и на члан 2 став 2 Оквирне одлуке који се односи на кривична дјела за која се не тражи примјена принципа двоструке кажњивости, те да нека од наведених кривичних дјела нису позната њиховом кривичном законодавству. У том контексту влада Велике Британије поставила је питање одређења појма ксенофобије, јер постоји могућност кривичног гоњена лица која јавно иступају, као што су новинари, квалификовањем њихових дјела и ријечи као непријатељских аката према странцима. Факултативне препреке за изручење траженог лица прописане у члановима 4 и 5 Оквирне одлуке, у неким државама чланицама Европске уније су кроз имплементацијске законе прерасле у облигаторне препреке.²¹ У теорији преовладавају мишљења да је за примјену овог принципа у кривичноправној области неопходно обезбиједити компатибилност кривичноправних прописа држава чланица Европске уније. Међутим, из различитих разлога ту врсту компатибилности је тешко обезбиједити у државама чланицама Европске уније, с обзиром да није на исти начин подијелје-

eu, посјећено дана 27. 07.2011.). Convention implementing the Schengen Agreement Official Journal L 239, [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):en:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):en:HTML), посјећено дана 07.05.2011.

²⁰ ЕСЈ, C-187/01 і C358/01 Hüseyin Gözütok and Klaus Brügget, par. 33

²¹ J. Sievers, *Managing diversity: The european Arrest Warrant and potential of mutual recognition as mode of governance in EU Justice and Home Affairs*, University of Bremen, Archive of European integration, pp. 9-31, J. Apap and S. Carrera, *European arrest warrant a good testing ground for mutual recognition in the Enlarged Eu?*, CEPS Police brief No. 46/February 2004, pp. 1-19.

на надлежност у кривичноправној области између полицијских и правосудних органа; државе чланице не користе исте доказе у кривичном поступку; те не постоји исти степен заштите људских права и слобода у кривичном поступку. Поред наведеног, компатибилност, односно хармонизацију кривичног законодавства, тешко је обезбиједити и зато што се закони доносе у складу са културом, традицијом или обичајима једног народа. Примјена принципа међусобног повјерења и признања у кривичноправној области, сама по себи, не захтијева елеминисање примјене принципа двоструке кажњивости ради јачања међудржавне сарадње у борби против криминалитета.

С друге стране постоје теоретичари који сматрају да је хармонизација кривичноправних прописа нужна и неопходна, јер је једино на тај начин могућа борба против глобалног криминалитета. Потреба усклађивања кривичноправних прописа у циљу што успјешније борбе против глобалног криминалитета, произилази и из одјелка 6 Уговора о Европској унији, који се односи на полицијску и правосудну сарадњу у кривичноправној области. Члан 29 Уговора о Европској унији указује на потребу усклађивања кривичноправних прописа, а све у циљу да Европска заједница пружи грађанима потребан ниво сигурности, слободе, безбједности, развијајући полицијску и правосудну сарадњу међу државама чланицама, а истовремено борећи се против ксенофобије и расизма у државама чланицама.²²

Полицијска и правосудна сарадња у кривичноправној области је предмет регулисања Лисабонског уговора. Међутим, ни Лисабонски уговор не предвиђа потпуну хармонизацију, односно усклађивање прописа у кривичноправној области, што се види из члана 69 А став 2. Према одредбама овог члана, захтијева се поштовање различитости правних традиција држава чланица. Стога ће се приликом признавања страних судских одлука утврдити, који су докази коришћени приликом доношења одлуке, да ли су испоштована права оптуженог или осуђеног и жртве у кривичном поступку, као што ће се уважити и било која друга специфичност кривичног поступка конкретне државе.²³

Основна препрека за признање и извршење страних судских одлука је непостојање уједначених стандарда у погледу заштите права осумњичених, односно оптужених у кривичном поступку. У циљу превазилажења овог проблема Европска комисија је усвојила *Green Paper on Procedural Safeguards for Suspect and Defendants in Criminal Proceedings Throughout the EU* (Зелена књига о заштити процедуралних права осумњичених и оптужених у кривичном поступку широм Европске уније).²⁴ У складу са Зеленом књигом, у кривичном

²² J. Sievers, *op. cit.*, p. 35.

²³ M. Fichera, *The European Arrest Warrant and Sovereign State, A Marriage of Convenience?*, *European Law Journal*, Vol.15, No.1, 2009. god., pp. 73-75.

²⁴ *Green Paper from the Commission Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceeding Throughout the EU*, Brussels, COM, 2003, 75 final. Зелена књига је скуп права признатих осумњиченом, односно оптуженом, према Европској конвенцији о заштити људских права и

поступку који се води у било којој земљи Европске уније, осумњичени, односно оптужени, има право на правично суђење, преводиоца уколико не разумије језик на којем се води кривични поступак против њега, право на правну помоћ током поступка, као и да буде упознат са правима која му припадају у поступку који се води против њега. Зелена књига је само један од корака у изградњи јединственог стандарда права осумњичених или оптужених у кривичном поступку, узевши у обзир да нема обавезујућу правну снагу, већ је резултат договора и преговора унутар земаља чланица Европске уније.

На европски налог за хапшење и предају гледа се као на инструмент, односно средство које има за циљ реализовање принципа међусобног повјерења и признања у кривичноправној области, с тежњом да се истовремено убрза и поједностави екстрадициони поступак, као и заштиту права траженог лица. Сходно томе, у кривичноправној теорији поставља се питање, да ли је могућ баланс између брзог и једноставног екстрадиционог поступка и заштите људских права и слобода. Ради достизања баланса између брзине и једноставности, те како се не би угрозила људска права, неопходно је обезбиједити једнаку заштиту осумњичених или оптужених пред било којом земљом Европске уније. Док се овај захтјев не оствари, тешко да је могуће несметано функционисање принципа међусобног повјерења и признања у кривичноправној области.²⁵ Реализација овог принципа, може се посматрати и кроз имплементацију европског налога за хапшење и предају у националном законодавству држава чланица. Многе државе чланице у вези са примјеном европског налога за хапшење и предају покренуле су питање легитимности примјене овог инструмента, пред националним уставним судовима. Томе у прилог свједоче одлуке уставних судова Њемачке, Пољске, Кипра и Републике Чешке. С једне стране, оне су доказ тензије која је створена између принципа међусобног повјерења и признања и државног суверенитета, а с друге стране између овлашћења европских институција о одлучивању у кривичним стварима и основних права појединаца.

Из претходно изложеног произилази да је увођење овог принципа у кривичноправну област, између осталог, мотивисано и потребом поштовања принципа правне сигурности као основног начела сваке заједнице која жели да осигура мир и повјерење грађана у њен правни систем.

4. Одлука Европског суда правде у вези са примјеном Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење међу државама ЕУ – анализа једног репрезентативног случаја

Уставни судови држава чланица Европске уније нису надлежни да оцјењују законитост правних аката Европске уније. Белгијски Уставни суд у

основних слобода и Повељи о основним правима Европске уније.

²⁵ J. Apar and S. Carrera, *op. cit.*, pp. 10-15.

оквиру поступка за оцјену уставности белгијског имплементацијског закона на захтјев адвокатске канцеларије (*Advocaten voor de Wereld*), затражио је од Европског суда правде оцјену прихватљивости и усклађености Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и предају са чланом 34 став 2 тачка б) Уговора о Европској унији.²⁶ Наиме, поводом захтјева за испитивање уставности имплементацијског закона, Уставни суд Белгије је заузео став да је о овом питању надлежан Европски суд правде, као и да би различити погледи судских органа земаља чланица Европске уније на прихватљивост њених аката могли угрозити јединство европског правног поретка.

Европски суд правде о прихватљивости Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и предају је заузео став да одредбе члана 1 став 1 и 2 Оквирне одлуке, те одредбе њене преамбуле, имају за циљ замјену традиционалног система екстрадиције системом предаје осумњичених или осуђених лица надлежном правосудном органу државе чланице Европске уније, те да се поступак предаје спроводи у складу са принципом узајамног признања и повјерења судских одлука у кривичноправној области.²⁷ Даље, суд у својој одлуци о прихватљивости ове оквирне одлуке, образлаже да је правни основ за доношење ове одлуке у члану 31 став 1 тачка а) и б) Уговора о Европској унији (правосудна сарадња у кривичноправној области). Полазећи од наведене одредбе Уговора, циљ Оквирне одлуке је хармонизација прописа држава чланица о условима и поступку изручења починилаца кривичних дјела, а не хармонизација обиљежја кривичних дјела и казни.

У вези са примјеном Оквирне одлуке, изнесени су сљедећи приговори. Први се односи на врсту акта којим је регулисан институт екстрадиције. Овај институт првобитно је био регулисан Конвенцијом, те су даље измјене ове материје могуће путем Конвенције узевши у обзир члан 59 став 2 Бечке конвенције о уговорима из 1969. У вези с тим, упитно је може ли се институт екстрадиције регулисати Оквирном одлуком. Други се односи на непримјену принципа *двоструке кажњивости* у односу на 32 кривична дјела обухваћена чланом 2 став 2 Оквирне одлуке, јер се на тај начин поступа супротно члану б став 2 Уговора о Европској унији, односно принципу законитости и једнакости (односно недискриминације) у кривичном праву.²⁸

²⁶ Consolidated version of the Treaty on European Union, Official Journal of the European Communities, 325/5 Према члану 34 став 2 тачка б) Уговора о Европској унији, оквирне одлуке служе за усклађивање закона и других прописа држава чланица, а саме државе, односно њихови надлежни органи ће изабрати начин на који ће своје прописе ускладити са овим одлукама.

²⁷ Види више о легитимности европског налога за хапшење и предају: Sinn, A., *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of EU*, http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/reports/Questionnaire_Germany.pdf, посјећено дана 5.6.2011., Sinn, A., and Wörmer, L., *The European Arrest Warrant and Its Implementation in Germany*, ZIS 5/2007, p. 204-220., Pollicino, O., *European arrest warrant and Constitutional Principles of the Member States: A Case Law Based Outline in the Attempt to Strike the Right balance between Interacting legal Systems*, German Law Journal, Vol 9, No. 10, 2008, pp.1313 1355.

²⁸ Види више: <http://curia.europa.eu>, посјећено дана 07.06.2013., European Court of Justice, *Case C*

Поводом ових приговора, Суд напомиње да је Оквирна одлука донесена у складу са чланом 34 ставом 1 тачком б) Уговора о Европској унији, као и да су државе чланице обавезне да поштују основна права и принципе, укључујући и начела законитости. Међутим, оправдано је одступање од овог начела у односу на кривична дјела наведена у Оквирној одлуци, јер је ријеч о тешким кривичним дјелима у вези са којима је оправдана примјена поједностављеног поступка предаје тражених лица.²⁹

Европски суд правде је утврдио да је Оквирна одлука о европском налогу за хапшење и предају релевантан и обавезујући правни акт за уређивање питања предаје тражених лица, односно за замјену традиционалног екстрадиционог поступка поступком предаје, као и да је овај налог релевантан за јачање кривичноправне сарадње међу државама чланицама Европске уније.

5. Закључак

Савремени модел екстрадиционог поступка, који је уређен Оквирном одлуком о европском налогу за хапшење и предају, примјењује се међу државама чланицама Европске уније. Одредбе Оквирне одлуке су усмјерене ка онемогућавању учиниоцима кривичних дјела да пронађу уточиште од кривичног гоњења у некој од земаља чланица, унутар простора Европске уније. Умјесто традиционалног поступка екстрадиције, унутар граница Европске уније примјењује се институт предаје, што је видљиво и из самог наслова Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и предају. Из одредаба ове Одлуке произилази да је ријеч о обавези државе на чијој територији се затекне учинилац кривичног дјела, да га преда држави на чијој је територији он кривично дјело учинио. То такође значи прије обавезу замољене државе да изручи потраживано лице, а не њено право, као што је то случај када је у питању екстрадиција. Посебност поступка предаје у односу на екстрадицију је првенствено у томе, што овај поступак не познаје материјалноправне препреке за предају, као што је врста кривичног дјела, или држављанство учиниоца, нити се разматрају докази на којима се темељи издати налог за хапшење. У поступку предаје, за утврђивање да ли постоје процесне препреке за изручење мјеродавно је искључиво право државе издаваоца налога. Препреке у поступку кривичноправне сарадње међу државама чланицама Европске уније је: пресуђена ствар и опасност од кршења начела недискриминације. Поред наведеног, судија који одлучује о извршењу европског налога за хапшење и предају лишен је дискреционих овлашћења. Он само провјерава да ли је задовољена форма налога. Примјена овог налога у пракси често ствара проблеме, јер у Оквирној одлуци није имплементиран принцип пропорционалности.

303-05, Judgement of 3 May 2007.

²⁹ F. Geyer, *European Arrest Warrant, Court of Justice of the European Communities, Judgement of 3 May 2007, Case C 303-05*, *European Constitutional Law Review*, No. 4, 2008., pp. 149-161.

Циљ института предаје је да убрза, поједностави, деполитизује и замијени класични традиционални поступак изручења одбјеглих учинилаца кривичних дјела. Ипак, његова примјена доводи у питање суверенитет једне државе и њена дискрециона овашћења да самостално одлучује о поступању у кривичним стварима на простору њене територије. Несумњиво је да предаја има своје предности у борби против различитих кривичних дјела која су пријетња миру и сигурности човјека.

Претпоставка за успјешну примјену института предаје потраживаног лица јесте заживљавање принципа међусобног повјерења држава и признања страних судских одлука у кривичноправној области. Примјена овог принципа у пракси је отежана, јер је неопходно обезбиједити компатибилност кривичноправних одредаба у државама чланицама Европске уније. Истовремено је упитно да ли је могуће постићи компатибилност кривичноправних одредаба у свим државама чланицама Европске уније, када се у виду има чињеница да у државама чланицама Европске уније надлежност у кривичноправној области између полицијских и правосудних органа, није подијељена на исти начин. Све државе чланице не користе исте доказе у кривичном поступку, због чега не постоји ни идентичан степен заштите људских права и слобода у кривичном поступку у свакој појединој држави. Компатибилност кривичног законодавства тешко је обезбиједити и стога што кривични и кривичнопроцесни закони у свакој појединој држави, у својим одредбама увијек садрже културне, традиционалне или обичајне одреднице сваког народа. Примјеном института предаје, нарушава се принцип пропорционалности, јер је могуће издавање налога и у односу на лакша кривична дјела која су кажњива казном затвора најмање 12 мјесеци. Случај *Julian-a Assange-a* отворио је питање да ли се европски налог за хапшење и предају издаје ради кривичног гоњења (прикупљања доказа против осумњичене особе) или ради вођења кривичног поступка.

EUROPEAN ARREST WARRANT NEW INSTITUTE IN INTERNATIONAL CRIMINAL LEGAL ASSISTANCE IN THE EUROPEAN UNION

Summary

The paper deals with a new form of international criminal legal assistance of the European Union, which is similar to the extradition, and that is surrender. In order to make a clearer distinction between extradition and surrender institute, the starting point is the principle according to which the conduct of the two procedures, which at first glance are the same. Surrender procedure is carried out in accordance with the principle of mutual trust and recognition of judicial decisions, as opposed to the extradition, which is in accordance with the following principles: the prohibition on extradition of nationals, dual criminality reciprocity. The first part of the paper deals with the circumstances that led to the adoption of the Framework Decision on the European arrest warrant and surrender, at the same time points to the terminology of “surrender” used in the title of the bordered decisions and that in itself points to the introduction and implementation of the new institute. Problems other part of the introduction and application of the principle of mutual trust and recognition of judicial decisions and in the field of criminal justice. Difficulties in the direction of becoming a reality and the application of the aforementioned principles in the field of criminal evidence and legal action questioning the legitimacy Framework Decision of the European Court of Justice, is discussed in the third section. Analyzing the Framework Decision and the principle in accordance with which the proceeding is handing conclusion may be drawn first and foremost, that the application of the principle of mutual trust in the field of criminal justice in practice is difficult, because it is necessary to ensure the compatibility of the provisions of criminal law in the Member States of the European Union. Also, using the Institute of surrender, violates the principle of proportionality, due to the fact it is possible of it's order in relation to minor offenses.

Keywords: *hand, the principle of mutual trust and recognition of judicial decisions, the European Court of Justice*

ДИГИТАЛНИ ДОКАЗИ КАО НОВА ВРСТА ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Вељко Турањанин*

***Апстракт:** У савременом технолошком свету који се вртоглаво развија, интернетска технологија је постала интегрални део свачијег живота, док информациона сигурност чини есенцијални део свакодневнице. Напредак кибер-простора и могућност глобалног комуницирања људи су, међутим, омогућили ширење криминалног понашања и у овој сфери живота, а настањак високотехнолошког криминалитета донео је одређене проблеме. Један од њих јесте обезбеђење доказа у дигиталном свету, то јест, дигиталних доказа, којим се бави аутор у овом раду, дајући одговарајући теоретски поглед на ово питање. Аутор је рад, поред уводних и завршних разматрања, поделио на још четири дела. Након уводних напомена, разматрао је појам високотехнолошког криминалитета, а потом зашао у област дигиталне форензике. Трећи део рада је посветио разматрањима о дигиталним доказима, као посебној врсти доказа која се од других разликује по начину настанка, ускладиштењу, преносу и репродукцији, док је у четвртном делу рада аутор разматрао питања проналажења и сакупљања дигиталних доказа, од чије поузданости зависе кривични поступци против извршилаца кривичних дела из области високотехнолошког криминалитета.*

***Кључне речи:** дигитални докази, дигитална форензика, високотехнолошки криминалитет, поузданост дигиталних доказа.*

1. Уводна разматрања

Готово пола века иновација у технологији створило је технолошки веома напредно друштво, у ком данас готово да не постоји нико ко нема одређену врсту компјутерског уређаја, било да се ради о уређајима у модерним ауто-

* Сарадник у настави на кривичноправном смеру, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, E-mail: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

мобицима, средствима комуникације попут мобилних телефона, и на крају, али најбитније, о компјутерима. Данашње пословање не може се замислити без њихове употребе, али коришћење оваквих апарата представља комплексан проблем за правни систем.¹ Будући да по својој природи људи имају тенденцију проналажења деструктивне стране свих иновација и проналазака,² тако је и у овој области дошло до неизбежног ширења криминалитета. Питање које се овде поставља јесте колико је штете до сада проузроковала употреба рачунара и колико још може проузроковати.³ Убрзан развој компјутерске технологије довео је до тога да су државе почеле да обрађају већу пажњу на проблем криминалитета који се појавио у овој области, те да у складу са тим постепено модернизују и унапређују законска решења. Наиме, развојем модерних компјутера и мрежа, компјутерски криминалитет је постао претња за друштво због огромне штете која може бити нанесена њиховом употребом, док у исто време он достиже такав ниво софистицираности да је изузетно тешко пратити трагове дела до извора. Ипак, свако дело компјутерског криминалитета оставља траг у виду дигиталне информације, ускладиштене или пренесене на одговарајућу електронску компоненту, а како би оваква информација могла бити искоришћена као доказ на суду, она мора бити сачувана на систематичан начин и без њеног мењања.⁴ Такав траг у области високотехнолошког криминалитета назива се кибер-траг, и под њим се подразумева траг доказа који је ускладиштен на магнетном медију попут хард дискова, флопија или других сличних уређаја за чување података, што имплицира да је, код ових кривичних дела, могуће да уопште не постоје материјални докази, или да их је релативно мало, док се већина доказа налази у дигиталној форми и потпада под наведену

¹ Погледати Коментар: *A Reconsideration of the Admissibility of Computer-Generated Evidence*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 126, no. 2, 1977, 425.

² A. Cohen, *Cyberterrorism: Are We Legally Ready*, The Journal of International Business & Law, vol. 2, 2010, 1.

³ M. Meyers, M. Rogers, *Computer Forensics: The Need for Standardization and Certification*, International Journal of Digital Evidence, vol. 3, issue 2, 2004, 1. До које мере се ради о друштвено штетном облику криминалитета довољно говори чињеница да сваке године хакери изврше крађу имовине вредну милионе долара од различитих привредних друштава и организација. На пример, према истраживању америчког Института за компјутерску сигурност из 2002. године, хакерске крађе информација коштале су фирме преко 70 милиона долара, а цена за сигурност против оваквих напада је ускоро достигла цену од 900 милиона долара. О овом погледати у: J. Chang, *Computer Hacking: Making the Case for a National Reporting Requirement*, Research Publication No. 2004-07, 4/2004, The Berkman Center for Internet & Society, 1. Међутим, као најцитиранији узима се податак да се овде ради о цени у приближном износу од једног трилиона америчких долара. Видети: N. Ksehtri, *Reliability, Validity, Comparability and Practical Utility of Cybercrime – Related Data, Metrics, and Information*, Information, vol. 4, 2013, 118. Сигурна мрежа против ове друштвено штетне појаве једноставно не постоји, а свака држава се, са мање или више успеха, бори против ње.

⁴ L. Pan, L. Batten, *Reproducibility of Digital Evidence in Forensic Investigations*, Digital Forensic Research Workshop, 2005, 1.

дефиницију.⁵ Услед тога, појава дигиталних доказа је данас постала уобичајена у различитим сферама живота, а самим тим и њихово коришћење,⁶ док је процес њихове идентификације и чувања у надлежности форензичара из ове области. Сматра се да ће појава дигиталних доказа условити успостављање нових правила кривичног поступка, будући да ће кривична дела високотехнолошког криминалитета захтевати доношење нових закона.⁷

1. Укратко о високотехнолошком криминалитету

Високотехнолошки криминалитет представља једно од питања модерног доба око којег се воде сталне и континуиране дебате,⁸ а сматра се да исти представља друштвено опасну појаву за чије се остварење учинилац користи знањима компјутерске технологије, и то тако што се компјутерски систем схваћен у ширем смислу користи као средство и/или објект криминалног напада.⁹ Односно, високотехнолошки криминалитет представља искоришћавање информација или телекомуникационих технологија како би се извршило кривично дело против лица, имовине, организације или компјутерског система, а кривично дело високотехнолошког криминалитета у бити представља традиционално или ново кривично дело учињено путем компјутерске мреже или система,¹⁰ или једноставније, то је кривично дело учињено против или помоћу рачунара.¹¹ Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала Републике Србије¹² под овим појмом подразумева вршење кривичних дела код којих се као објект или средство извршења јављају рачунари, рачунарски системи, рачунарске мреже, рачунарски подаци, као и њихови производи у материјалном или електронском обли-

⁵ E. Casey, *Digital Evidence and Computer Crime*, London - New York, 2004; R. Moore, *To view or not to view: Examining the Plain View Doctrine and Digital Evidence*, *American Journal of Criminal Justice*, vol. 29, no. 1, 2004, 58. Компјутер се код кривичних дела високотехнолошког криминала може појавити на три начина, и то као средство за напад, као објекат напада и као место на којем су ускладиштене информације, односно, дигитални докази. Видети: R. Moore, *Search and seizure of digital evidence*, New York, 2005, 18.

⁶ C. Leacock, *Search and Seizure of Digital Evidence in Criminal Proceedings*, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, vol. 5, 2008, 221.

⁷ O. Kerr, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, *Columbia Law Review*, vol. 105, no. 1, 2005, 280.

⁸ E. Podgor, *International Computer Fraud: A Paradigm for Limiting National Jurisdiction*, *University of California Davis Law Review*, vol. 35, 2002, 272. Тако и у: J. Dressler, *Encyclopedia of Crime & Justice*, 2nd edition, New York, 2002, 222.

⁹ Б. Симоновић, *Криминалистика*, Крагујевац, 2004, 665.

¹⁰ F. Pocar, *Defining Cyber-Crimes in International Legislation*, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 10, issue 1, 2004, 33.

¹¹ G. Lastovska, D. Hunter, *Virtual Crime*, *New York Law School Law Review*, vol. 49, 2004, 298.

¹² Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала, „Службени гласник Републике Србије”, број 61/2005 и 104/2009.

ку.¹³ Нејасно је када се и где десило прво дело високотехнолошког криминалитета. Заобилазећи случајеве крађе различитих машина за рачунање, које би, по неким критеријумима, могле конституисати кривично дело компјутерског криминалитета, сматра се да се први документовани случај рачунарске саботаже десио почетком XIX века, када су радници у фабрици текстила у Сједињеним Америчким Државама, уплашени за своја радна места, демонтирали уређај који би се могао сматрати претечом компјутерских картица, а које би омогућиле аутоматско понављање серије корака у ткању.¹⁴

Основна карактеристика која раздваја кривично дело високотехнолошког криминалитета од традиционалног кривичног дела, јесте та да се на месту извршења кривичног дела налазе докази у електронској форми, док су код конвенционалних кривичних дела у питању материјални докази. Дакле, када је у питању дело кибер-криминалитета, највећа пажња мора бити посвећена проналажењу дигиталних доказа.¹⁵ Када се изврши кривично дело кибер-криминалитета, неопходно је кренути од чињенице да се знатно разликује место извршења ове врсте кривичног дела од места извршења неког традиционалног кривичног дела. Другим речима, разликују се лица места извршења кривичних дела. Ово је најбоље илустровати супротстављајући два примера пљачке банке. У првом случају извршилац кривичног дела изврши крађу на физичким путем, при чему на одговарајући начин дође до банке, паркира се, уђе наоружан у банку, узме новац и побегне. Увиђај лица места обавља се на уобичајени начин, при чему полицијски службеници траже материјалне доказе на лицу места и испитују затечене сведоке. Органи унутрашњих послова ће овако скупити довољан квантум доказа како би могли да изграде случај и осумњиче одређено лице за извршење дела. У другом случају имамо електронску верзију извршења овог кривичног дела. Уместо физичког одласка у банку, лице које намерава да изврши кривично дело „улази“ у њу путем рачунара, јер ће на тај начин постићи исти циљ. Међутим, како би заварао трагове, он се може пријавити на сервере различитих установа, попут библиотеке, универзитета и слично, који се, уз то, налазе и у различитим државама, па тек кроз њих доћи до главног рачунара банке.¹⁶ Након тога, уколико успе да уђе у њега, може да са рачуна банке пребаци на свој рачун одређену суму новца. Органи унутрашњих послова на оваквом лицу места имају посве другачије трагове, будући да нема сведока извршења дела нити материјалних доказа. Сада само компјутерски

¹³ Члан 2. Закона о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала.

¹⁴ M. Britz, *Computer Forensics and Cyber Crime: An Introduction*, New Jersey, 2004, 33-34.

¹⁵ S. Wang, *Measures of retaining digital evidence to prosecute computer-based cyber-crimes*, Computer Standards & Interfaces, vol. 29, 2007, 216.

¹⁶ На пример, извршилац дела се може у Калифорнији конектовати на сервер који се налази у Конектикату, одајући на тај начин утисак да се активност на рачунару одвија у потоњој држави. E. Casey, *Error, Uncertainty, and Loss in Digital Evidence*, International Journal of Digital Evidence, vol. 1, 2002, 10.

инжењери и администратори система могу прегледати фајлове и реконструирати шта се заиста догодило.¹⁷ На основу изложеног, јасно је да смо ушли у еру у којој се значајно разликују лица места извршења кривичних дела, и време у коме дигитални докази заузимају све значајније место. Упркос предвиђањима да ће високотехнолошки криминалитет достићи свој врхунац и потом почети да опада већ у периоду 1998-2008. године,¹⁸ такво нешто се није догодило, тако да овај нови облик криминалитета представља једну од водећих форми криминалног понашања данашњице.

2. Дигитална форензика

Од најранијих дана и појаве првих кривичних дела, човека је интересовало шта се и зашто заиста догодило у конкретном случају. Како би то утврдило, свако друштво је имало развијен својеврстан систем истраге. У истрази, овлашћено лице би сакупљало доказе, помоћу којих би, на крају, одговорно лице било процесуирано. Међутим, појавом рачунара, дошло је до драстичне промене лица места извршења кривичног дела, при чему се из материјалног прешло у дигитални свет. До наглог развоја компјутерске технологије дошло је у другој половини XX века, а година 1947. се узима као почетак индустријске ере компјутера, док се данас, судећи према неким схватањима, налазимо на њеној средини.¹⁹ Будући да су компјутери постали рањиви на нападе криминалаца, дошло је до развијања нове гране форензике, познате као компјутерска форензика, а чије је разумевање од виталног значаја за сакупљање важних информација, а све у циљу процесуирања извршиоца кривичног дела. Укратко, компјутерска форензика представља апликацију компјутерске истраге која анализира технику одређивања потенцијалних доказа.²⁰ Међутим, као што ни за један појам који улази у зону компјутерског криминалитета не постоји јединствена дефиниција, такав је случај и са компјутерском форензиком, па се она посматра и као врста технолошке контроле компјутерског система, као и његовог садржаја, ради прикупљања и обезбеђења доказа у вези са извршеним кривичним делом или неким другим преступом, где је компјутер искоришћен у незаконите сврхе.²¹ Развојем нових технологија, попут *wireless* комуникација, дошло је до настанка још шире гране форензике, то јест, настала је дигитал-

¹⁷ Детаљније о овом погледати у: О. Kerr, *Нав. дело*, 281-289.

¹⁸ D. Parker, *Fighting Computer Crime: A New Framework for Protecting Information*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1998, наведено према: М. Britz, *Нав. дело*, 234.

¹⁹ М. Pollitt, *A History of Digital Forensics*, у зборнику: К. Chou, S. Sheno, *Advances in Digital Forensics IV*, Hong Kong, 2010, 4.

²⁰ В. Pladna, *Computer Forensics Procedures, Tools, and Digital Evidence Bags: What They Are and Who Should Use Them*, East Carolina University, 3, преузето са:

<http://www.infosecwriters.com/texts.php?op=display&id=620>, приступ: април 2013.

²¹ Т. Лукић, *Дигитални докази*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012, 180.

на форензика, а компјутерска форензика чини њену подврсту,²² иако се често ови појмови схватају како синоними.²³ Дигитална форензика се дефинише као ефикасна употреба аналитичких и истраживачких техника за чување, идентификацију, екстракцију, документацију, анализу и тумачење рачунарских медија који су дигитално ускладиштени или кодирани за документацију и/или основни узрок анализе, као и презентацију дигиталних доказа изведених из дигиталних извора у циљу олакшавања или унапређења реконструкције догађаја који претендује да буде кривично дело, или да предвиди неовлашћено предузете активности.²⁴ Дакле, дигитална форензика подразумева истраживање много више тога од десктоп и лаптоп рачунара, обухватајући мобилне уређаје и мреже, као и анализу слика, видео снимака и звукова, без обзира да ли су представљени у аналогном или у дигиталном облику.²⁵

Развој дигиталне форензике, наравно, није пратио развој компјутерске технологије, те се може пратити кроз три периода. То су: период од 1985. до 1995. године, затим период од 1995. године до 2005. године, и период од 2005. до данас. Пре овог периода није било организација, процедура, обука нити алатки специјално дизајнираних за дигиталну форензику. Међутим, у првом периоду дошло је до јављања одређених организација и тренинга које су оне спроводиле, али академска јавност није била заинтересована за ово поље форензике. У идућем периоду дошло је до значајног развоја дигиталне форензике, те су формиране јединице које су спроводиле дигиталну форензичку истрагу. Данас, у трећој фази развоја, тржиште електронских уређаја је у експанзији, а дигитална форензика представља комплексно поље које се убрзано развија, тако да је за мање од тридесет година ова грана форензике процветала трудом пионира у овој области и каснијих професионалаца до садашњег стања.²⁶

Дигитална форензика подразумева изучавање дигитално ускладиштених података на рачунару, који могу бити у форми докумената, слика, музике, рачунарских програма и оперативних система. Ови подаци могу бити лако сачувани, под условом да рачунар није изложен одређеним екстремним догађајима, као што је његово физичко уништење или излагање великим температурним променама.²⁷ Међутим, пре него што пређемо на даља разматрања о овој теми, овде треба да направимо кратко разматрање о отвореним и затвореним системима, а што је од значаја за настанак дигиталних доказа. Све дигиталне уређаје

²² C. Grobler, B. Louwrens, *Digital Forensics: A Multi-Dimensional Discipline*, преузето са: <http://icsa.cs.up.ac.za/issa/2006>, приступ: мај 2013, 2-3.

²³ Погледати, на пример: Z. Milanović, T. Milanović, *Digitalna anti-forenzika kao kriminogeno sredstvo zaštite kiber kriminala*, ИТ Вештак, Ziteh, 2010, 2.

²⁴ C. Grobler, B. Louwrens, *Нав. дело*, 3.

²⁵ J. Sammons, *The Basics of Digital Forensics*, New York, 2012, 3.

²⁶ M. Pollitt, *Нав. дело*, 6-13.

²⁷ D. Chaikin, *Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence*, Crime Law Soc Change, vol. 46, 2006, 243.

можемо поделити у две главне категорије. Са једне стране, имамо апарате који припадају сфери затворених система, односно, то су уређаји који никада нису били повезани на Интернет. Затворен систем може у себи садржати више мањих система, али је важно да нису повезани на интернетску мрежу. Са друге стране постоје уређаји који припадају групи отворених система, а то је сваки апарат, независно од своје величине, који је повезан на мрежу. Конекција може бити директна или индиректна, што значи да је за овај тип уређаја небитно да ли је на Интернет повезан путем *wireless* или друге мреже, или је конекција остварена помоћу *USB* уређаја. Без обзира на начин остваривања везе са Интернетом, моментом повезивања затворен систем постаје отворен.²⁸ А тим моментом, систем је постао отворен и за различите врсте компјутерских напада, односно, постаје подложен за кривична дела високотехнолошког криминалитета.

3. Појам дигиталног доказа

Како не постоји усаглашена дефиниција дигиталног доказа, то се кроз литературу могу срести различита схватања овог појма. Пре свега, дигитални доказ је термин који се користи као синоним за електронски компјутерски доказ. Сматра се да је то врста доказа која се од осталих материјалних доказа разликује по форми у којој су инкорпорисане информације (дигитална форма), која подразумева неки електронски или магнетни уређај, а који се манифестује као низ јединица и нула које се помоћу електронског уређаја преводе у нама разумљив облик.²⁹ Или, дигитални доказ представља електронски податак који може да обезбеди важну везу између извршиоца кривичног дела и његове жртве,³⁰ то јест информацију доказне природе која је ускладиштена, пренесена или преузета у бинарној форми.³¹ Затим, то су било који похрањени или пренесени подаци коришћењем рачунара који подржавају или пак оповргавају теорију како се прекршај догодио или који адресирају критичне елементе кривичног дела, попут намере или алибија.³² Или, то је појам који се користи за описивање било које информације, без обзира на чињеницу да ли је подложна људској интервенцији, која може бити издвојена из рачунара, а мора бити у облику који се може прочитати или интерпретирати од стране стручњака.³³ Односно, овај појам се дефинише као било која информација доказне вредности похрањена или пренесена у дигиталној форми, што сугерише да дигитал-

²⁸ A. Marshall, *Digital Forensics – Digital Evidence in Criminal Investigation*, Oxford, 2008, 10.

²⁹ Т. Лукић, *Нав. дело*, 182.

³⁰ В. Pladna, *Нав. дело*, 3.

³¹ С. Leacock, *Нав. дело*, 221.

³² E. Casey, *Digital Evidence and Computer Crime*; Н. Hamidović, *Osnovne karakteristike digitalnih dokaza*, *Kriminalističko forenzička istraživanja*, vol. 4, broj 1/2011, 362.

³³ A. Ghosh, *Guidelines for the Management of IT Evidence*, APEC Telecommunications and Information Working Group 29th Meeting, 21-26 March 2004, Hong Kong, China, 9.

ни доказ укључује информације сачуване на компјутеру, које су прошле кроз њега или су извучене из истог, с тим што термин компјутер подразумева било који други електронски уређај, попут аудио, видео, комуникационог или фотографског уређај.³⁴ Коначно, можемо рећи да се појам дигитални доказ може употребити у смислу утврђивања доказа злоупотребе у системима у којима је примењена дигитална технологија у ширем смислу те речи, односно, свака информација у дигиталном облику која има доказујућу вредност, и која је или ускладиштена или пренесена у таквом облику.³⁵

Постоје седам основних карактеристика дигиталног доказа.

1. Дигитални доказ се лако копира и модификује, и није га лако сачувати у свом оригиналном облику, будући да је сачуван у бинарној форми нула и јединица. Ископирани објекат је исти као и оригинални, али је подложен мењању, услед чега га је тешко задржати у првобитном стању, те је због тога потврда оригиналног дигиталног извора подложна сумњи.³⁶ Ту лежи кључна разлика између дигиталне и аналогне представе стварности, јер једном када доказ уђе у дигитални домен напустивши свет тродимензионалних објеката, улази у свет бинарног система, те постаје објект више подложен мењању него што је то случај са аналогном информацијом, будући да данас постоје софтвери за уређивање готово свих врста дигиталних информација, без обзира на чињеницу да ли се ради о пословним записима, фотографијама или звуку.³⁷
2. Због тога што његов извор није лако несумњиво доказати, тешко је доказати директну везу између дигиталног доказа и осумњиченог. Готово је немогуће доћи до индивидуализације осумњиченог, што ову врсту доказа не чини ефикасним као што је то случај са отисцима прстију или ДНК.
3. Људска чула не могу на прави начин да доживе дигитални доказ, због тога што је електромагнетски снимљен и сачуван у компјутеру, па је немогуће примити његов садржај без одговарајуће опреме.³⁸
4. Дигитални докази су ефемерни и тешко се изводе.³⁹
5. Дигитални свет је фундаментално другачији од света у ком важе закони физике, па су дигитални докази представљени у битима, који су немерљиви физичким карактеристикама, попут масе, величине, старости и сл.⁴⁰

³⁴ D. Chaikin, *Нав. дело*, 240-241.

³⁵ L. Petrović, *Digitalni dokazi*, преузето са: www.infoteh.rs.ba/rad/2012/RSS-4/RSS-4-9.pdf, приступ: мај 2013. године, 1-2.

³⁶ B. Pladna, *Нав. дело*, 3-4; S. Wang, *Нав. дело*, 217.

³⁷ D. Chaikin, *Нав. дело*, 241-242.

³⁸ B. Pladna, *Нав. дело*, 3-4; S. Wang, *Нав. дело*, 217.

³⁹ L. Pan, L. Batten, *Нав. дело*, 1-2.

⁴⁰ D. Chaikin, *Нав. дело*, 241-242.

6. Овде имамо велики број осумњичених који су анонимни, а идентификација преступа код компјутерског криминалитета се врши знатно касније у односу на извршено кривично дело.⁴¹
7. Дигитални докази се лако губе услед нестручног или неадекватног поступања са њима,⁴² па се због тога препоручује да њима не рукују корисници који нису за то обучени, будући да ће их оштетити или изгубити.⁴³

У свету постоје стандардне процедуре за руковање са дигиталним доказима, њихову идентификацију, прикупљање, стицање и заштиту, као што су *ISO/IEC 27037*, *27041*, *27042* и *27043* стандарди,⁴⁴ те *IOCE (International Organization on Computer Evidence)*⁴⁵ и *SWGDE (Scientific Working Group on Digital Evidence)*⁴⁶ стандарди. Будући да се технологија стално мења и напредује, самим тим је неопходан развој и редован преглед стандардних оперативних поступака (енг. *SOP – standard operating procedures*) за рад са дигиталним доказима, што је *IOCE* препорука. Овај преглед треба да се обавља на годишњем нивоу, како би се осигурало да људство, обука, опрема и процедуре настављају да буду прикладни и ефикасни, а у исто време конзистентни са најновијим сазнањима у науци.⁴⁷

4. Компјутерске истраге

Дигитални докази могу да се појаве у истрагама везаним за различита кривична дела, почев од убиства па до кривичних дела против безбедности рачунарских података, те је с тога способност да се такви докази пронађу веома важна у кривичном поступку. У раду са било којим доказима, њихова поузданост и тачност имају огроман значај како у истражној, тако и у доказној фази кривичног поступка. Без обзира на чињеницу да ли дигитални доказ иде у корист или на штету неког лица, од његове поузданости и тачности зависе његова слобода и живот, а потреба за израчунавањем степена грешке у форензичким анализама компјутерских система је видљива кроз историју научних доказа.⁴⁸ Ипак, дигиталној форензици није давана универзална важност, па се

⁴¹ Т. Лукић, *Нав. дело*, 183.

⁴² *Ibidem*, 184.

⁴³ Z. Milanović, T. Milanović, *Нав. дело*, 3.

⁴⁴ Ови стандарди могу се пронаћи на адресама: <http://www.iso27001security.com/html/27037.html> и www.first.org, приступ: мај 2013. године.

⁴⁵ Преузето са: www.ioce.org, приступ: мај 2013. године.

⁴⁶ www.swgde.org/, приступ: мај 2013. године.

⁴⁷ М. Britz, *Нав. дело*, 157.

⁴⁸ E. Casey, *Error, Uncertainty, and Loss in Digital Evidence...*, 2.

опирање овој грани науке делом приписује кибер-фобији, то јест страху од нових технологија, а што се углавном сматра конзистентним са полицијском субкултуром и њиховом администрацијом.⁴⁹ Истраживања широм света потврђују да је администрација равнодушна или неодлучна у увођењу нових технологија, али при чему се не сме изгубити из вида њихов буџет, који је у борби против различитих облика криминалитета, а нарочито његових тежих форми, достигао лимит.⁵⁰ Недостатак адекватних ресурса потребних за набавку савремене опреме, као и обуку лица која би њом управљала је проблем добро познат у савременим условима рада, који карактеришу све мања буџетска средства, а све већа одговорност.⁵¹

Нормална је појава да извршиоци кривичних дела покушавају да сакрију све доказе о њиховој умешаности у конкретно кривично дело, тако да и извршиоци кривичних дела везаних за употребу рачунара настоје да прикрију трагове извршења кривичног дела. Међутим, сматра се да је њихова активност идентична оној коју примењују извршиоци других кривичних дела, која нису везана за употребу рачунара, тако да се у суштини потрага за траговима одвија на исти начин као да је у питању било које друго кривично дело. Извршиоцима ових кривичних дела недостаје криминална софистицираност, тако да они никада не униште све трагове активности, иако то покушавају на различите начине, па тако разликујемо отворене фајлове (то су фајлови који нису побрисани, кодирани нити намерно или ненамерно сакривени), сакривене фајлове (то су фајлови који су, најчешће намерно, изманипулисани како би прикрили садржај оригиналног фајла) и фајлове заштићене шифром.⁵² Покушаји сакривања или брисања фајлова са хард диска унапред су осуђени на неуспех, јер постоје многобројни програми за повраћај обрисаних или измењених података. Програм који је широко прихваћен за сакупљање, аутентификацију или реконструкцију информација на рачунару је *EnCase*,⁵³ а поред њега у употреби су и програми *AccessData Forensic Toolkit* и *ProDiscover Forensic Tool*.⁵⁴ Посебан метод заштите података јесте енкрипција, а могућности за њу су буквално неограничене. Корисник може кодирати податак додавањем или одузимањем

⁴⁹ М. Britz, *Нав. дело*, 144-145.

⁵⁰ *Ibidem*, 145.

⁵¹ Недостатак ресурса, а самим тим и недовољна обука стручњака, резултирали су у, са једне стране, појави одређеног броја самопрокламованих стручњака за ову област, а што је, са друге стране, довело до тога да многи случајеви пропадну пре него што уопште дођу на суд, услед лошег поступања са њима, а то све због недовољног разумевања рачунара и комплексности дигиталних доказа.

⁵² М. Britz, *Нав. дело*, 144.

⁵³ Овај програм је од стране америчких судова прихваћен као поуздан. D. Chaikin, *Нав. дело*, 243.

⁵⁴ За више о ова три програма видети у: Н. Bariki, М. Hashmi, I. Baggili, *Defining a Standard for Reporting Digital Evidence Items in Computer Forensic Tools*, у Зборнику: *Digital Forensics and Cyber Crime*, Abu Dhabi, 2011, 80-81.

константи у хексадецималном низу или мењањем њихових места. Међутим, већина корисника није свесна ових могућности или је превише лења како би их искористила, тако да се ослањају на опције у популарним софтверским пакетима, као што је *WordPerfect™*, *Excel™*, *Lotus™*, *Microsoft Word™* и *PKZIP™*. Ипак, неки корисници користе и напредније пакете, као што је *BestCrypt™* и *PGP™*, који могу да садрже шифре и до 120 карактера.⁵⁵

Праћење трагова кривичних дела високотехнолошког криминалитета подразумева више мрежно повезаних рачунара, јер је неопходно пратити траг од рачунара оштећеног, преко посредничких све до рачунара извршиоца конкретног дела. У зависности од физичке локације ових рачунара, постоји могућност да ће органу који истражује конкретно дело бити неопходна помоћ организација и државних органа других држава. Једна од основних карактеристика кривичних дела повезаних са компјутерима јесте њихова међународна димензија, услед чега њиховим извршењем настаје ургентан задатак у свакој земљи која је на одређен начин повезана са тим да се сачувају дигитални докази за истрагу и евентуалну оптужбу. Због тога, расветљење одређеног кривичног дела високотехнолошког криминалитета, те прикупљање доказа и кривично гоњење тешко ће бити остварљиво без спровођења поступака пружања међународне кривичноправне помоћи.⁵⁶ Сакупљање и пренос дигиталних доказа пронађених у иностраној земљи омогућено је захваљујући међународним уговорима и споразумима о узајамној међународној помоћи у кривичним стварима, која у новије време све више добија на значају. Традиционални модел ове врсте помоћи одликује спорост пружања и бирократија прожета дипломатским ограничењима, те неусклађеност са брзим кретањем података данас и савременим начином живљења.⁵⁷

На простору бивше Југославије се такође често инсистира на повезивању држава у истрагама кривичних дела повезаних са употребом рачунара. На седници министара и високих званичника министарстава унутрашњих послова и безбедности, министарстава правде и тужилаштва држава и подручја који учествују у пројекту *CyberCrime@IPA* (где спадају Србија, Босна и Херцеговина, Македонија, Хрватска, Црна Гора, Турска и Албанија), одржаној у Дубровни-

⁵⁵ *BestCrypt™* представља програм који је популаран међу порнографима, а користи *Blowfish*, *Twofish* *Gost2814789* енкрипцију како би кодирао диск и учинио га непробојним за традиционалне методе истраживања. Овај програм, али и други попут њега, има мноштво опција које наносе штету компјутерским форензичарима. Тако, постоји могућност затварања свих виртуелних јединица уколико форензичар притисне одговарајућу комбинацију тастера, или до истог резултата долази уколико прође одговарајући период неактивности. За више о овом, погледати: М. Britz, *Нав. дело*, 143.

⁵⁶ Тако и у: Ј. Комлен Николић и др., *Сузбијање високотехнолошког криминала*, Београд, 2010, 142. Овде треба напоменути да је циљ члана 23. Конвенције о високотехнолошком криминалу да покрене стране уговорнице да обезбеде што већи ниво међусобне кооперације, елиминишући сметње за брзо кретање информација и доказа.

⁵⁷ D. Chaikin, *Нав. дело*, 246.

ку 15. фебруара 2013. године, поновљена је неопходност њиховог укључивања у највећем могућем степену у међународну сарадњу, те спровођење мера и обуке за убрзање поступка пружања међународне кривичноправне помоћи. Истакнуто је да, такође, треба повезивати мере за спречавање прања новца и финансијских истрага са истрагама високотехнолошког криминалитета и рачунарском форензиком, која пружа додатне могућности за међународну сарадњу.⁵⁸ Овде се, дакле, јавља неопходност међународног повезивања државних органа који се баве откривањем и процесуирањем извршилаца кривичних дела из зоне високотехнолошког криминалитета.⁵⁹ Међутим, већина конвенционалних проблема код пружања ове помоћи постоји и данас. Узајамна међународна кривичноправна помоћ, по правилу, подразумева размену доказа између две државе, а то су држава у којој се налази извршилац кривичног дела и она у којој се налази оштећени. Али, проблем настаје када извршењем кривичног дела долази до спајања више држава, то јест, када је кривично дело догађај који је довео у везу три или више држава, међу којима чак и просторно може постојати велика удаљеност. За пружање традиционалне међународне помоћи у таквим случајевима неизбежан је проток дужег временског периода, које постепено повећава могућност да ће потребан податак бити изгубљен или недоступан, а што опет за последицу има увећану опасност од новог криминалног напада.⁶⁰ У међународној сфери посебно се инсистира на оснивању тачке 24/7, односно, контакт тачке којој се полиција једне државе може обратити полицији друге државе седам дана у недељи током цела 24 часа, те тражити достављање одговарајућих података.⁶¹ Оне су основане у готово свим земљама, али се захтева да постану још проактивније и потпуно функционалне, као и стално прикупљање статистичких података о њима.⁶²

Дигитална форензика установљава правила истраживања дигиталних доказа, поштујући са једне стране техничка ограничења постојећих метода истраживања, док са друге стране гледа изван и даље од њих. Будући да је дигитална форензика нова дисциплина, самим тим је неопходно испитати стручност лица која се њоме баве, то јесте, треба проверавати способност дигиталних форензичара у решавању случајева и проблема, али и њихову способност

⁵⁸ Видети: *Стратешки приоритети сарадње у борби против високотехнолошког криминала*, заједнички пројекат Европске уније и Савета Европе у борби против високотехнолошког криминала, Дубровник, 15. фебруар 2013. године, 5-10.

⁵⁹ Д. Чворовић, *Специфичности откривања и доказивања кривичних дела високотехнолошког криминала (међународна правна акта и национално законодавство – основна решења и искуства у досадашњој примени)*, у Зборнику: *Полиција, безбедност и високотехнолошки криминал*, Београд, 2010, 33-34.

⁶⁰ Тако и у: К. DiGregory, *Fighting Cybercrime – What are the Challenges Facing Europe*, наведено према: D. Chaikin, *Нав. дело*, 246.

⁶¹ Д. Чворовић, *Нав. дело*, 33-34.

⁶² *Стратешки приоритети сарадње у борби против високотехнолошког криминала*, 12.

да створе алате, технике и процедуре које ће оснажити дигиталну форензику као дисциплину. Са једне стране, дигитални форензичар се може наћи у позицији да бира који ће дигитални доказ да испита, без обзира на чињеницу да ли је у питању дилема техничке, процедуралне или етичке природе, али чији резултат може имати утицаја на решење конкретног случаја.⁶³ Са друге стране, ипак, поставља се питање законитости активности кибер-форензичара приликом задирања у приватну сферу човека. Ово је простор у коме законодавац треба да успостави јасна правила и баланс између права на ефикасно кривично законодавство и права на заштиту основних права човека и грађанина.⁶⁴

Постоје одређени кораци који морају бити предузети на сваком месту извршења кривичног дела повезаног са употребом рачунара. Пре свега, рачунар треба да буде сачуван под истим условима под којима је и пронађен. Затим, доказе треба прикупити без мењања и оштећења оригинала,⁶⁵ јер увек треба радити на копији доказа, али која мора бити идентична оригиналу у свим аспектима.⁶⁶ Будући да дигитални докази могу једноставно да се копирају и модификују, често без остављања било каквих трагова, то може представљати проблем који стоји у вези са њиховом компетентношћу,⁶⁷ јер ни дигитални форензичар неће увек знати да ли је доказ промењен како би изгледао тако како изгледа. При том, треба водити рачуна и о чињеници да, када се реконструише неки догађај на мрежи, сваки аспект има неки степен грешке. Тако, порекло и време неког догађаја, битног за кривични предмет, могу бити несигурни, док изгубљен податак може дати некомплетну слику кривичног дела. Дигитални

⁶³ A. Irons, A. Konstadopolou, *Professionalism in Digital Forensics*, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, vol. 45, 2007, 45-46.

⁶⁴ Т. Лукић, *Нав. дело*, 189.

⁶⁵ Препорука ИОСЕ јесте да се оригинали увек морају чувати у ланцу истраге, све до сведочења на суду, те да ова обавеза мора бити прописана у сваком правосудном систему. Видети: L. Petrović, *Нав. дело*, 9.

⁶⁶ За поједине дигиталне доказе препоручују се посебне мере истраживања. Тако, постоји метода истраживања слика стварањем два окружења у којима ће се докази испитивати: конвенционалног и виртуелног. Након што се докази прикупе, стварају се две копије, од којих ће се једна испитивати у стандардном строгом ланцу испитивања доказа, а друга у виртуелном свету, у ком не постоје ограничења формалних форензичких процедура. Иако ће оба тима стручњака доћи до истог резултата, истраживање у виртуелном окружењу је знатно брже, те штеди време и повећава шансе за проналажење важних доказа. За више о овој методи погледати: D. Bern, E. Huebner, *Computer Forensic Analysis in a Virtual Environment*, *International Journal of Digital Evidence*, vol 6, issue 2, 2007, 1-10.

⁶⁷ D. Ryan, G. Spantzer, *Legal Aspects of Digital Forensics*, *Forensics Workshop*, 2002, 2. Због тога се у Сједињеним Америчким Државама захтева да дигитални доказ прође тест валидности, како би могао бити коришћен као доказ у поступку. Иако не постоји стандардан тест, за сваки случај, сматра се да треба проверити следећих пет чињеница: да ли је коришћена техника и теорија претходно тестирана; да ли је била изложена прегледу од стране других стручњака или публикована; да ли је познато да ли та техника и теорија има степен грешака у пракси; да ли исте испуњавају стандарде за примену и да ли имају ширу прихваћеност.

подаци су одвојени и временски и просторно од догађаја који представљају, а појављује се и одступање између момента када се предузима нека радња на мрежи и тренутка када се тај податак појави на монитору.⁶⁸ Због тога, приликом истраживања одређеног кривичног дела на мрежи, неминовно је да се треба сазнати време његовог извршења, а, на срећу, компјутери временски бележе сваки корак који се предузме на њему. Али, форензичари морају да држе на уму чињеницу да компјутерски часовници могу да праве одступања у микросекундама и милисекундама, што, иако може бити занемарљиво у појединим случајевима, у другим може бити од суштинског значаја.⁶⁹ Исто тако, одређивање порекла догађаја на мрежи може представљати важан корак ка утврђивању идентитета извршиоца дела, јер је кључни циљ истраге повезивање осумњиченог са одређеним рачунаром. Уобичајено је да се осумњичени не може „сместити“ за конкретан рачунар нити директно повезати са њим. Једноставно, чак и у ситуацији да је осумњичени његов власник, он може да пориче да је користио рачунар у периоду времена у ком је извршено кривично дело. Због тога идентификација извршиоца уобичајено лежи како на изјавама сведока тако и на сумњи о највероватнијој особи која је у датом моменту користила компјутер.⁷⁰ Ипак, будући да је дигитална форензика поље које се мења брже од иједног другог, упоредо са проналасцима нових оперативних система, дигиталним форензичарима постаје све лакше да конкретног осумњиченог повежу са одређеним компјутером.⁷¹

Сматра се да постоје четири корака која треба предузети за ефикасну истрагу и примену дигиталне форензике, иако се њихова садржина разликује код појединих аутора. Одмах на почетку треба сачувати дигиталне доказе, будући да су, како смо навели, крхки и могу бити промењени у сваком моменту, једноставним притиском тастера на рачунарској тастатури.⁷² Поједини дигитални докази имају кратак век трајања, услед чега морају бити прикупљени у што краћем року. То је случај, на пример, са видео или аудио снимцима који могу бити побрисани или преснимљени.⁷³ Доказ који је оштећен или којим није руковано у складу са процедуром мора бити искључен из доказа, што може резултирати ослобађајућим окончањем поступка. Након овога, приступа се прикупљању доказа са рачунара, као и тражења доказа на хард диску, то јест

⁶⁸ E. Casey, *Error, Uncertainty, and Loss in Digital Evidence...*, 2-5.

⁶⁹ *Ibidem*, 6.

⁷⁰ D. Chaikin, *Нав. дело*, 252.

⁷¹ B. Shavers, H. Carvey, *Placing the Suspect Behind the Keyboard*, New York, 2013, 193.

⁷² B. Pladna, *Нав. дело*, 6-7. Управо због чињенице да поједини дигитални документи који могу послужити као доказ могу бити лако измењени, постављено је питање да ли документе треба чувати искључиво у дигиталној форми или сваки документ мора имати штампану верзију. Погледати: M. B. Andersen, *Digital Evidence: The Evidentiary Weight of Digital Documents*, Computer Law & Security Report, vol. 16, 2/2000, 108.

⁷³ D. Chaikin, *Нав. дело*, 252.

међу обрисаним фајловима.⁷⁴ Као и када је у питању сакупљање других доказа, овај корак мора бити прописно предузет. Непрописно сакупљање доказа доводи до непризнавања конкретног дигиталног доказа.⁷⁵ Такође, форензичар може доћи у сусрет са различитим врстама дигиталних доказа, тако да треба да има широк избор алата који му могу затребати.⁷⁶ Амерички Национални институт за стандарде и технологију је, до сада, тестирао велики број алата који се користе у дигиталној форензици, па тако и оних за сакупљање доказа, дошавши до закључка да они имају знатна ограничења за употребу, чега дигитални форензичари морају бити свесни.⁷⁷ Често ће форензичар доћи у ситуацију да постоји гломазна инфраструктура, у којој ће му требати знатно више времена да пронађе дигиталне доказе, услед чега поједини могу бити заувек изгубљени.⁷⁸ Следећи корак се огледа у анализи доказа, која садржи листу компјутерског система и све значајне податке. После анализе, сви подаци се чувају на адекватном месту, припремљени за презентацију на суду.⁷⁹ Предузимање свих наведених корака омогућава исправно чување и каснију презентацију дигиталних доказа.

5. Закључак

Напредак рачунарске технологије донео је низ могућности у пословању и комуницирању у савременом свету, али, што је незаобилазно, пратили су га и негативни ефекти, који се, између осталог, огледају у ширењу криминалитета и кроз ову област. Извршење кривичног дела из сфере кибер-криминалитета повлачи низ питања и проблема, а један од основних лежи у тешкоћи њиховог доказивања, па се као последица тога јавља велики број извршених дела, а из-

⁷⁴ На пример, већина држава признаје *e-mail* као потпуно легитиман доказ, те се он користи као извор знања у случајевима убистава, кибер-узнемиравања, лажних идентитета и шпијунске. За више о овом аспекту и примени дигиталне форензике погледати: G. Gupta, C. Mazumdar, M. S. Rao, *Digital Forensic Analysis of E-Mails: A Trusted E-Mail Protocol*, International Journal of Digital Evidence, vol. 2, issue 4, 2004, 1-11.

⁷⁵ M. Meyers, M. Rogers, *Нав. дело*, 2.

⁷⁶ L. Pan, L. Batten, *Нав. дело*, 2.

⁷⁷ F. Cohen, J. Lowrie, C. Preston, *The State of the Science of Digital Evidence Examination*, у Зборнику: *Advances in Digital Forensic*, International Conference on Digital Forensic, Orlando, 2011, 3.

⁷⁸ Због тога је у Сједињеним Америчким Државама законом одређено да све организације морају обезбедити копије или опис по категорији и локацији свих докумената и електронски ускладиштених информација и других материјалних ствари које се налазе у њиховој својини или притежању. На тај начин дигитални форензичар долази у посед тзв. мапе доказа, која му олакшава рад. За више о овоме видети: E. Casey, *Digital evidence maps – A sign of the times*, Digital Investigation, vol. 4, 2007, 1-2.

⁷⁹ B. Pladna, *Нав. дело*, 6-7. По другој групи аутора, целокупан процес сакупљања дигиталних доказа одвија се у следећа четири корака: сакупљање, идентификација, евалуација и презентација доказа. Видети у: H. Bariki, M. Hashmi, I. Baggili, *Нав. дело*, 78.

разито мали број спроведених кривичних поступака. Докази који се јављају као последица извршења ових дела јесу дигитални докази, који се укратко могу одредити као информације доказне природе које су ускладиштене, пренесене или преузете у бинарној форми, а њиховим проучавањем бави се посебна, новоформирана грана форензике, под називом дигитална форензика. Будући да се ради о јако осетљивим и разноврсним доказима, то је неопходно стално изграђивати и дограђивати правила за њихово исправно сакупљање, чување и извођење, а у свету су већ познати стандарди којих се форензичари морају придржавати у овом поступку. Средства за њихово сакупљање су изразито разноврсна, те имају различита ограничења, којих дигитални форензичари морају бити свесни приликом сакупљања и испитивања сваког појединог доказа.

**Veljko Turanjanin, An Associate
Faculty of Law, University of Kragujevac**

DIGITAL EVIDENCES AS A NEW FORM OF EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In the modern technological world that is evolving giddy, Internet technology and has become integral part of everyone's life, while information security has become an essential part of everyday life. Progress of cyber-space and the possibility of global communication of people, however, have enabled the spread of criminal behavior in this sphere of life, and the emergence of cyber crime has brought some problems. One of them is related to proving, respectively, to the provision of evidences in the digital world. That is the main subject in this paper. The author, in addition to opening and closing discussion, has divided the paper in four parts. After the introduction, he considers a concept of cyber crime, and after that enters in the field of digital forensics. The third part is devoted to discussion of the digital evidence, as well as a special type of evidence that differ from other types of evidences in the area of their creation, storage, transmission and reproduction, while in the fourth part he considers the issues of finding and collecting these new types of evidence, from which reliability depend the prosecution of perpetrators in this area of cyber crime.

Key words: *digital evidence, digital forensics, hi-tech crime, reliability of digital evidence*

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ПРЕСУДЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Нихад Укић*

***Апстракт:** Делатност кривичног суда у циљу реализације функције суђења може се манифестовати у руковођењу кривичним поступком, утврђивању истине (где је присутно начело истине), и у доношењу одлуке о кривичној ствари. Зависно од врсте делатности кривичног суда, разликују се одлуке које кривични суд доноси у току управљања кривичним поступком и одлуке које доноси о самој кривичној ствари, тј. којима се дефинитивно расветљава и решава кривична ствар, а самим тим и окончава главни кривични поступак. Аутор у раду анализира најзначајније међународне документе о људским правима, којима се утврђују стандарди изрицања (објављивања), образложења и рокови доношења пресуде у кривичном поступку.*

***Кључне речи:** међународни стандарди, пресуда, изрицање, образложење, рок.*

1. Увод

Пресуда је врста судске одлуке у кривичном поступку којом се кривична ствар, која је предмет судског поступка, расправља у одређеној инстанци у свим њеним елементима.¹ Пресуда, као најважнија судска одлука коју доноси кривични суд, мора бити заснована на правно-релевантним чињеницама које су утврђене доказима, и то до највећег степена извесности, односно до истинитости сазнања о њиховом постојању или непостојању. У погледу основа пресуде, то могу бити само чињенице које су утврђене доказима изведеним на главном претресу, и ако постоје одређени изузеци када се пресуда доноси без одржаног главног претреса или када се након одржаног главног претреса доноси решење.

Доношење пресуде од стране кривичног суда представља посебну и завршну фазу главног кривичног поступка, што подразумева и низ различитих делатности суда. Радње суда, садржински посматрано, одвијају се у једном

* Нихад Укић, дипломирани правник-мастер, студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Нишу.

¹ С. Бејатовић, Кривично процесно право, Службени гласник РС, Београд, 2010, стр. 473.

логичном реду, једна другу следе, тако да представљају једну заокружену целину. Посматрано са позиције редоследа, у фази главног кривичног поступка, по закључењу главног претреса, долази до изрицања пресуде, а потом до њеног објављивања, писмене израде и достављања, а изузетно може доћи и до исправљања пресуде.

Аутор у наставку рада врши анализу одредаба најзначајнијих међународних докумената о људским правима и даје приказ међународних стандарда по питању јавног објављивања пресуде, образложења и доношења пресуде у разумном року.

2. Јавно изрицање (објављивање) пресуде

Пресуде донете у кривичном поступку морају бити изречене јавно. Међутим, од овог општег правила постоје изузеци у рестриктивно одређеним случајевима. Члан 6 став 1 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција)² јамчи свакоме право на јавну расправу, током одлучивања о кривичној оптужби. У члану 6 става 1 Европске конвенције, поред права на јавну расправу, наводи се да се пресуда изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

Разлози за искључење јавности с целог или дела суђења, садржани у члану 6 става 1 Европске конвенције, могу бити општи и разлози који се односе на предмет поступка и његове учеснике. Општи разлози се односе на интересе морала, јавног реда и националне безбедности. Разлози за искључење јавности због предмета поступка и његових учесника односи се на заштиту малолетника или права на приватност, као и на интересе правде. Европска конвенција садржи формулацију (члан 6 става 1) којом су основи за искључење јавности исти, како за време главног претреса, тако и у односу на фазу изрицања пресуде, по завршетку главног претреса, а то се закључује из садржине саме одредбе, која прописује да се јавност може искључити с целог или дела суђења ..., што подразумева и поступак изрицања, односно објављивања пресуде.

Разлози за искључење јавности (члан 6 став 1 Европске конвенције):

Интереси морала. Искључење јавности по основу овог разлога било би оправдано, и у духу члана 6 става 1 Конвенције, само за случај изношења у јавност најинтимнијих ствари учесника у поступку, које би било супротно

² Ступила је на снагу 1953. године. Ратификација или приступ Европској конвенцији је услов за чланство у Савету Европе.

савременим моралним схватањима, имајући притом у виду либерализацију схватања сексуалних контакта и хомосексуалних односа и брака.

Интереси јавног реда или националне безбедности у демократском друштву. Код првог, ради се о разлогу за искључење јавности, када од саме личности странака потиче опасност по несметано одвијање поступка. Потреба одржавања јавног реда захтева да се поступак одвија несметано, али и да се ван судске сале мора обезбедити и поштовати јавни ред. Код другог, ради се о разлогу под којим се могу сврстати случајеви у којима странке или сведоци износе чињенице у поступку, које могу представљати државну тајну.

Приликом примене овог разлога, треба водити рачуна о њеној пропорционалности, у смислу да сама чињеница, да нешто представља државну тајну, не би била довољна да оправда меру искључења опште јавности. Полази се од тога да само јавно саопштавање чињеница мора **in concreto** да представља околност која може да има утицаја на националну безбедност.³

Интереси заштите малолетника и заштите приватног живота странака. Потреба за уношењем првог разлога у оквиру члана 6 става 1 Европске конвенције је, преваходно, заштита малолетника, при чему се мисли на посебно психичко стање малолетника, односно на потребу његове заштите, као и на заштиту личности и здравља малолетника. Овај разлог за искључење јавности се најчешће примењује на случајеве, када се малолетник појављује у поступку, као сведок, или као окривљени, где је неопходно заштитити личност малолетника. Заштита приватног живота, као разлог за искључење јавности, доводи се у везу са чланом 8 става 1 Европске конвенције, у смислу да се право на приватност одређује према овом члану. У оквиру овог разлога искључења јавности, спада и заштита пословних и других тајни учесника у поступку. Овим разлогом за искључење јавности могли би да се користе не само странке, већ и други учесници у поступку (сведоци и сл.).

Интереси правде. Овај разлог поставља се на начин, да се општа јавност може искључити из поступка, само ако то захтевају посебне околности случаја. Циљ овог разлога за искључење јавности огледа се у потреби да се омогући утврђење истине у поступку, на начин који ће омогућити, између осталог, да сведоци дају изјаве без притиска јавности. У случају да суд процени да би сведок одбио да сведочи, или да би на поједина питања ускратио сведочење, тада би било оправдано да суд, приликом давања исказа од стране сведока, искључи општу јавност из поступка.

Присуство јавности приликом изрицања (објављивања) пресуде прописано је и чланом 14 става 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (Међународни пакт).⁴ Међународним пактом су прокламована пра-

³ А. Јакшић, Европска конвенција о људским правима (коментар), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 206.

⁴ Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне

ва на правично суђење, која обухватају права пре суђења и права на суђењу. Међународним пактом се гарантује једнакост пред судом, затим, да свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, али садржи и ограничења у погледу јавности поступка, на начин да штампа и јавност могу бити искључени у току целог или једног дела суђења ако то захтева интерес морала, јавног поретка, националне безбедности у демократском друштву, ако то захтевају интереси приватног живота страна у спору, или ако суд сматра да је апсолутно неопходно искључити јавност због посебних околности случаја, где би јавност шкодила интересима правде. Међународни пакт јасно испољава принцип јавности суђења, али та јавност није апсолутна, већ у одређеним случајевима она може бити и искључена. Искључење јавности у току суђења, Међународни пакт преноси и на фазу изрицања пресуде у судском кривичном поступку, тако што одредбом, коју садржи, прописује да свака пресуда донета у кривичним или грађанским стварима биће јавна, сем ако интерес малолетника захтева да буде другачије, или ако се поступак тиче брачних спорова или старатељства деце. Међународни пакт уређује питање искључења јавности током суђења, на главном претресу, и током изрицања пресуде, по завршетку главног претреса, где прописује и различите основе за искључење јавности. Нешто је већи број основа за искључење јавности током суђења на главном претресу у односу на искључење јавности у току изрицања, објављивања, пресуде. Изузеци од јавног изрицања пресуде односе се на случајеве који се тичу малолетника, чија приватност мора да се заштити, брачних расправа, као и на случајеве старатељства над децом.

Присуство јавности приликом изрицања пресуде захтева и Америчка конвенција о људским правима (Америчка конвенција)⁵, тако што у члану 8 става 5 прописује јавност кривичног поступка, осим када је потребно заштитити интересе правде. У односу на претходно наведене међународне документе о људским правима, може се уочити да ова конвенција предвиђа само један основ за искључење јавности у току кривичног поступка, а то је заштита интереса правде, што у пракси може створити извесне недоумице о садржини и границама примене овог основа за искључење јавности. Овај основ је садржан у одредбама Европске конвенције, као основ искључења јавности приликом изрицања пресуде, па се у смислу Европске конвенције може и тумачити.

Међународне кривичне трибунале, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (МКТЈ)⁶ и Међународни кривични трибунал за Руанду

скупштине Уједињених нација 2200A(XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године у складу са чланом 49. „Службени лист СФРЈ“ (Међународни уговори) бр. 7/1971.

⁵ Усвојена је 1969. године, а ступила је на снагу у јулу 1978. године.

⁶ Основан 22. фебруара 1993. године, Резолуцијом Савета безбедности 808.

(МКТР)⁷, основао је Савет безбедности УН. Статути⁸ ових трибунала садрже важне међународне стандарде, који пружају гаранције права на правично суђење, који су постали и део статута Међународног кривичног суда (МКС)⁹. Одредбе статута поменутих судова утврђују стандард јавног изрицања пресуде, кроз формулацију да се пресуда доноси одлуком већине судија претресног већа, а претресно веће је изриче јавно¹⁰, или одлука и њен сажетак саопштавају се на отвореној седници¹¹, односно пресуда се изриче јавно и у присуству оптуженог кад год је то могуће¹², без било каквих рестриктивно одређених случајева, када је могуће јавност искључити из поступка изрицања пресуде, по чему се ова решења разликују од оних садржаних у међународним документима о људским правима. Овакав став, по мишљењу аутора, оправдава чињеница да поменути судови суде онима који су одговорни за геноцид, злочине против човечности и тешка кршења хуманитарног права, што захтева присуство јавности без било каквог ограничења.

3. Образложење пресуде

Право на јавно изрицање пресуде треба тумачити тако да се од суда захтева да дају образложење својих пресуда. С друге стране, право на образложење пресуде је од суштинског значаја за остваривање права оптуженог на жалбу. Међународни документи о људским правима не садрже одредбе којима се захтева од стране суда да своје пресуде образложе, али одредбама о праву на жалбу, односно праву сваког ко је оглашен кривим за неко кривично дело да његову кривицу и осуду размотри виши суд у складу са законом¹³, односно свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд¹⁴, на посредан начин уводи се обавеза на страни националних судова да пресуде морају бити образложене по питању доказа, чињеница, закључака суда, како би окривљени могао да успешно користи право на жалбу. Комитет за људска права је у предмету **Currie** против Јамајке¹⁵, када је Апелациони суд Јамајке пропустио да образложену пресуду достави оптуженом, заузео став да постоји кршење права окривљеног, јер је тај пропуст

⁷ Основан 08. новембра 1994. године, Резолуцијом Савета безбедности 955.

⁸ Статут МКТЈ усвојен је 25. маја 1993. године, Резолуцијом 827; Статут МКТР усвојен је 8. новембра 1994. године, Резолуцијом 955.

⁹ Статут Међународног кривичног суда усвојен 17. јула 1998.

¹⁰ Члан 23 МКТЈ; члан 22 МКТР.

¹¹ Члан 74 МКС.

¹² Члан 76 МКС.

¹³ Члан 14 став 5 Међународног пакта.

¹⁴ Члан 2 Протокола бр. 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Стразбур, 22. новембар 1984.

¹⁵ Извештај комитета за људска права, том II (A/49/40), 1994, стр. 73.

спречио оптуженог да успешно користи право на жалбу вишем суду и да тако искористи прилику за нови правни лек.

По питању образложења пресуде, статути међународних кривичних трибунала садрже посебне одредбе којима се захтева да пресуду прати писмено образложење којем се могу додати издвојена или различита мишљења.¹⁶ Такође, захтева се да одлука буде донета у писменом виду и да садржи потпуно образложење налаза претресног већа о доказима и закључцима.¹⁷ У недостатку јасно израженог захтева, у међународним документима о људским правима, за образложење пресуде, од значаја су одредбе статута међународних кривичних трибунала којима се успоставља принцип обавезности образлагања одлука, односно пресуда суда. Поменуте одредбе представљају савремене гаранције за правично суђење, а по овом питању и напредак у заштити права окривљених у односу на међународне документе о људским правима.

4. Доношење пресуде у разумном року

Право на суђење без непотребног одлагања је повезано са правом на слободу, са претпоставком невиности, као и са правом да се особа брани. Доношење пресуде у разумном року треба посматрати у склопу гаранције суђења у најкраћем могућем року, чији је циљ да се обезбеди да се статус окривљеног одреди без непотребног одлагања.

Међународни документи, у односу на питање доношења пресуде у разумном року, не прописују засебно, већ као део права на суђење без непотребног одлагања, односно да суђење за кривична дела буде одржано у разумном временском периоду. Такво становиште је садржано у одредби члана 6 става 1 Европске конвенције, која предвиђа да „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 ...“. Гаранције, по овом питању, садржане су у одредби члана 14 става 3 Међународног пакта, која сваком ко је оптужен за кривично дело гарантује право да му буде суђено без непотребног одлагања. Статути међународних кривичних трибунала садрже истоветну одредбу, попут Међународног пакта, тако што прописују да оптужени има право да му се суди без непотребног одлагања.¹⁸ Овде се уочавају језичке разлике између „у разумном року“ и „без непотребног одлагања“, али ова разлика нема значаја у пракси. Овде се може поставити питање: шта се сматра разумним временским роком? На ово питање није једноставно дати одговор.

¹⁶ Члан 23 Статута МКТЈ; члан 22 Статута МКТР.

¹⁷ Члан 74 става 5 Статута МКС.

¹⁸ Члан 31 МКТЈ; члан 20 МКТР; члан 67 МКС.

Пракса Европског суда за људска права¹⁹ установила је одређене критеријуме за утврђивање разумности рока, а то су сложеност случаја²⁰, понашање оптуженог²¹ и понашање надлежних власти²². Када се цени сложеност предмета, а у контексту суђења у разумном року, узимају се у обзир многи чиниоци, међу којима посебно: природа и озбиљност кривичног дела, број оптужби које се окривљеном стављају на терет, број сведока, број особа умешаних у злочин²³, и друго. У предмету **Yagci i Sargin** против Турске (1995), Европски суд за људска права је стао на становишту да оптужени није дужан да сарађује у кривичном поступку или да се одрекне својих процедуралних права. Али, с друге стране, понашање оптуженог у току судског кривичног поступка се узима у обзир када треба одредити да ли је поступак вођен у разумном року, односно без непотребног одлагања. У том смислу, ако је оптужени крив за одлагање суђења, због на пример: покушаја бекства, одбијања да именује браниоца, да се појави на саслушању, такво одлагање се неће рачунати када се утврђује да ли су поступци вођени у разумном временском року. Када је у питању понашање надлежних власти, оне су дужне да убрзају поступак, па ће се сматрати безразложним ако се дозволи да истрага стагнира, или ако је потребно неоправдано много времена за предузимање одређених мера.²⁴ Европски суд је у предмету **Bunkate против Холандије** (1993) закључио да је период од 15 и по месеци између подношења жалбе и њеног достављања секретеријату надлежног суда био неразуман, а власти нису дале задовољавајуће објашњење, чиме је дошло до кршења члана 6 става 1 Европске конвенције, у погледу права на суђење у разумном року.

На основу изнетог, аутор је става да је кривични суд у обавези да пресуду донесе без непотребног одлагања, при чему се морају узети у обзир сложеност случаја, понашање оптуженог, али и то да суд не сме без оправданог разлога одлагати доношење пресуде и окончање главног кривичног поступка.

5. Закључак

Стандарди, који обухватају права на суђење, садржани у међународним документима, уговорног карактера, и они садржани у статутима међународних кривичних трибунала захтевају да пресуде морају да буду изречене (образложене) јавно, са малим бројем изузетака, или без изузетака (међународни кри-

¹⁹ Европски суд за људска права је међународни суд са седиштем у Стразбуру, основан 1959. године.

²⁰ **Mitar и Muftuoglu** против Турске, 25. март 1996.

²¹ **Yagci и Sargin** против Турске, 8. јун 1995.

²² **Bunkate** против Холандије, 26. мај 1993.

²³ Правично суђење: приручник, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2001, стр. 131.

²⁴ Правично суђење: приручник, Фонд за хуманитарно право, *op cit.*, стр. 132.

вични трибунали), да свако, коме је суђено за кривично дело, има право да добије образложење пресуде о доказима, утврђеним чињеницама, закључцима и друго, којем се могу додати издвојена или различита мишљења, како би се могло успешно користити право на жалбу вишем суду. Кривични суд је у обавези да пресуду донесе без непотребног одлагања, узимајући у обзир сложеност случаја, понашање оптуженог, и да свака радња суда, којом се одуговлачи суђење мора бити оправдана, с разлогом предузета.

Nihad Ukić

INTERNATIONAL STANDARDS OF JUDGMENT IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Conclusion

Standards, which include the right to trial, contained in international documents, contractual in nature, and those contained in the statutes of international criminal tribunals require that the judgments must be pronounced (described) in public, with a small number of exceptions, or without exception (the international criminal tribunals) that everyone, who was trialed for an offense, has the right to obtain reasons for judgment on the evidence, findings of fact, conclusions, etc., to which can be added separate or dissenting opinions, in order to be able to successfully use the right to appeal to a higher court. Criminal court is obligated to make a decision without undue delay, taking into account the complexity of the case, the conduct of the defendant, and that any action of the court, which delayed the trial must be justified, with reason taken.

Keywords: *international standards, judgment, pronouncement, explanation, deadline.*

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA¹

Иван Илић*

Апстракт: Споразум о признању кривице је институт, који је по први пут био предвиђен у тексту Законика о кривичном поступку из 2006. године. Но, како је овај закон остао непримењен, одредбе о споразумном признању кривице су инкорпориране у важећи ЗКП из 2001. године, приликом његовог новелирања 2009. године. Имајући у виду да је од почетка примене споразума о признању кривице у нас протекло више од 3 године, а да је, са друге стране, у међувремену усвојен нови ЗКП, који ће у скоријој будућности почети да се примењује, држимо да је право време да се критички осврнемо на искуства у његовој досадашњој примени, као и да дамо предлог његове регулативе *de lege ferenda*.

Кључне речи: упрошћене процесне форме, консенсуална правда, *plea bargaining*.

1. Појам и *ratio legis* споразума о признању кривице

Тенденција постепене конвергенције англо-америчког и континенталног кривичнопроцесног система резултирала је, између осталог, трансплантацијом договореног признања кривице (*plea bargaining*) у Европу. Установа споразумног признања кривице у САД има традицију дугу више од два века, док је његова легализација уследила знатно касније, одлуком Врховног суда САД² из 1970. го-

* Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

² Видети пресуду у случају *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), доступно на : <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=397&invol=742>, приступ: 6.11.2012. године. Суд је у поменутом случају установио сагласност договореног признања са петим амандманом на Устав САД, којим је, између осталог гарантовано право окривљеног на несамооптуживање.

дине. Са друге стране, карактер мешовитог, континенталног кривичног поступка, који се заснива на низу основних начела (пре свега начелу официјелности), неспојив је са консензусима између органа кривичног гоњења и окривљеног³. Разлог за раније присуство споразума о признању кривице у државама англо-америчке провенијенције, заправо лежи у самом схватању циља вођења поступка, који се своди на решавање спора странака, слично парници. Насупрот томе, изнад тог циља, у континенталном кривичном поступку стоји државни (јавни) интерес. Такође, израженија је и реакција на кршење основних права човека из периода инквизиције, пре свега на могућност изнуђивања признања окривљеног применом тортуре. Стога је споразумевање странака о кривици на старом континенту⁴ имало бројне противнике у јуриспруденцији и сматрало се противним правном поретку.

Мишљење о корисности инструмената консенсуалне правде у Европи почиње да се јавља, најпре од стране практичара⁵, након Другог светског рата, а интензивније са падом комунизма. Почиње јачати заштита људских права окривљеног, а одбрана добија нове могућности за усложњавање поступка и пролонгирање доношења одлуке. Пораст обима и појава нових видова криминалитета довела је до пренатрпаности судова предметима и до значајног продужења просечног трајања кривичног поступка. Тежња за постизањем веће ефикасности кривичног поступка, материјализована је преласком на тужилачку истрагу и увођењем низа упрошћених и поједностављених процесних форми, од којих се неке заснивају на признању извршења кривичног дела. Тој тенденцији нису одолеле ни државе бивше Југославије, које су у протекле две деценије увеле форму пресуђења на основу споразума о признању кривице.

Споразум о признању кривице⁶ (у даљем тексту *Споразум*) представља нагодбу између јавног тужиоца, са једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране, којим окривљени добровољно, у потпуности признаје извршење кривичног дела, а јавни тужилац се обавезује да учини окривљеном

³ Више о разликама у историјском развоју ова два типа кривичног поступка: Мирјан Дамашка, Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр. 1/2004, стр. 3-20.

⁴ Изузетак у том смислу представља Енглеска, где дугу традицију имају „тзв. крунски сведоци“, којима се даје имунитет од кривичног гоњења, уколико пруже суду информације о саизвршиоцима.

⁵ Постоји и у теорији позитивно мишљење о споразумима у кривичном поступку. Наводи се да су они у складу са афирмацијом ресоцијализације окривљеног и са концепцијом реституције штете настале извршењем кривичног дела (К. Lüderssen, Abschaffen des Strafrechts (1995) стр. 329-31., наведено према: Мирјан Дамашка, *op. cit.*, стр. 8.

⁶ У теорији се може наћи мишљење да је адекватнији назив Споразум о признању *кривичног дела*, имајући у виду да је кривица само један од елемената општег бића кривичног дела, према Кривичном закоником Србије (Снежана Бркић, Утицај тежине кривичног дела на физиономију кривичног поступка, у: Реформа кривичног правосуђа, Ниш 2010, стр. 157.

извесне уступке⁷. Реч је о уговору⁸ *sui generis*, чије је дејство на кривично-процесни однос индиректно, јер на основу закљученог споразума суд доноси кондемпнаторну пресуду, што доводи до гашења тог односа. Дакле, за разлику од уговора грађанског права, споразум се разликује по томе, што не производи директно, већ индиректно правно дејство, уколико је закључен у одговарајућој форми⁹. Споразум о признању кривице је један од инструмената консенсуалне правде, али и ресторативне правде, будући да се његовим закључењем настоји истовремено извршити реституција оштећеног. У процесном смислу, пресуђење на основу закљученог споразума о признању кривице представља упрошћену процесну форму¹⁰. То произилази из самог циља његовог закључивања – изостанак главног претреса (или доказног поступка у САД).

Према врсти обавеза и повластица кривичнопроцесних странака, у упоредном праву јавља се неколико врста договореног признања кривице.¹¹ Први модалитет, којим јавни тужилац одустаје од кривичног гоњења за нека од кривичних дела, извршених од истог лица, назива се *plea bargaining*. *Charge bargaining* је споразум, којим јавни тужилац врши преквалификацију кривичног дела, у замену за признање окривљеног. Трећа врста споразума је *fact bargaining*. Њиме се окривљени обавезује да не оспорава доказе, којим тужилац располаже, а тужилац да неће користити одређени доказ. Најспорнији је модалитет са коришћењем тзв. крунског сведока (*crown witness*). Окривљени се обавезује да сведочи у поступку за тешка кривична дела, а за узврат добија имунитет од кривичног гоњења.¹² Најраспрострањенија врста споразума је она, у којој окривљени признаје извршење кривичног дела, у замену за ублажавање кривичне санкције по врсти и/или мери – *sentence bargaining*.¹³

⁷ Слично: Војислав Ђурђић, Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, РКК бр. 3/2009, стр. 84.

⁸ Под уговором, као правним актом, разуме се сагласна изјава воља двају или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос (Јаков Радишић, Облигационо право, Београд 2004, стр. 70).

⁹ Ibid.

¹⁰ Да би нека форма била упрошћена, потребно је да поседује посебан основ, обележја, циљ и посебне услове. (Снежана Бркић, Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад 2004, стр. 430). Основ ове форме је признање окривљеног, циљ је изостанак доказног поступка. Пресуђење на основу Споразума има посебна обележја и захтева испуњење одређених услова, о чему ће у раду бити више речи.

¹¹ Антонија Крстуловић, Примјена казне на захтјев странака као механизам консензуалног страначког управљања поступком у талијанском казненом процесном праву, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2002, стр. 377.

¹² Континентална процесна традиција сматра споразумевање о сведочењу неприхватљивим, јер отвара могућност за лажно сведочење.

¹³ Привилегије за окривљеног, настале на основу закљученог Споразума, могу бити и покретање поступка пред неком другом врстом суда, са стварном надлежношћу за решавање једноставнијих кривичних ствари. Концесија за окривљеног може, такође, бити у модалитету извршења кривичне санкције (нпр. извршавање казне затвора у сопственом дому).

Присталице споразума о признању кривице наводе бројне предности овог процесног института. Најјачи аргумент у прилог споразуму је допринос ефикасности кривичног поступка. Наводи се да се у САД чак 90% предмета решава закључењем споразума, а да је класично суђење редак изузетак. Применом ове могућности растеређује се кривично правосуђе, а расположиви ресурси се усмеравају ка сложенијим кривичним стварима. Тесно повезан са претходном предношћу је аргумент да се закључењем споразума смањују трошкови кривичног поступка. Често се истиче да је примена споразума корисна за обе странке. За окривљеног, јер се лишава негативности суђења на главном претресу, а време, самим тим и неизвесност до изрицања кривичне санкције се знатно скраћује. Најзад, њему ће се често изрећи блажа санкција, него у редовном поступку. За јавног тужиоца је закључење споразума корисно, јер на тај начин може решити већи број случајева, што може бити од утицаја на његову будућу каријеру. Закључењем споразума често се решава и имовинскоправни захтев оштећеног, што га сврстава у инструменте ресторативне правде.

Опоненти споразума о признању кривице истичу да се њиме потиру нека од основних процесних начела. Према том схватању, најпре се вређа начело официјелности.¹⁴ Будући да се, сходно овом начелу, кривично гоњење врши у јавном интересу, окривљени не може диспонирати предметом спора. Он је заштићен претпоставком невиности и правом на несамооптуживање, што се такође дерогира преговарањем и споразумевањем о признању кривице. Према противницима споразума, његовом применом одступа се од начела легалитета, нарочито када јавни тужилац у замену за признање окривљеног одустане од кривичног гоњења за нека друга дела, учињена у стицају. Споразум о признању кривице несагласан је и са начелом истраживања материјалне истине, јер се закључује када је степен извесности о кривичној ствари знатно нижи¹⁵, у односу на моменат доношења мериторне судске одлуке у редовном поступку. Контра споразума стоје аргументи да се њиме крши члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, тачније тзв. право на једнакост оружја. Реч је о могућности да јавни тужилац, током преговарања о признању кривице, не изнесе све доказе одбрани, како би издејствовао веће уступке супротне странке.¹⁶ Критичари истичу и повреду принципа једнакости грађана, јер окривљени, који закључе споразум, добијају бенефиције у виду блаже кривичне санкције. Најзад, широком могућношћу примене споразума, маргинализује се улога суда у решавању кривичне ствари, нарочито ако се споразумом прецизирају и врста и мера кривичне санкције.

¹⁴ В. Schünemann, *Vohin treibt der deutsche Strafprozess*, 114 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57 (2002). Наведено према: Мирјан Дамашка, *op. cit.*, стр. 8.

¹⁵ Имајући у виду да се закључење споразума дозвољава најчешће до почетка главног претреса, степен извесности ће, у најбољем случају, бити на нивоу вероватноће, а често и само основане сумње.

¹⁶ Више о томе: Милош Миловановић, *Споразум о признању кривице – pro et contra*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2010, стр. 420.

Одступање од начела официјелности, у виду диспонирања странака предметом спора, налази се на линији тенденције приближавања кривичног и парничног поступка. Право на суђење, као и свако друго право, релативног је карактера, те га се окривљени може и одрећи¹⁷. Иста је ситуација и са привилегијом несамооптуживања. Окривљени се иначе, у редовном току поступка, може сложити са наводима оптужбе. Приговору да је споразум неспојив са утемељењем поступка на начелу легалитета, опонира присуство све бројнијих одступања од тог начела, у виду примене начела опортунитета.¹⁸ Неслагласности са начелом утврђивања истине супротставља се правило да признање окривљеног мора бити поткрепљено са довољно других доказа, чију веродостојност проверава суд, који доноси коначну одлуку о кривичној ствари. Право на једнакост грађана испоштовано је зато што се закључењем споразума, као и у регуларном суђењу, кривична санкција изриче у оквиру законског минимума и максимума, а евентуално ублажавање казне врши се сходно општим одредбама материјалног права. Минимализација улоге суда ублажава се могућношћу провере допуштености, законитости и основаности споразума и, консеквентно, његовим одбацивањем или одбијањем. Из наведеног произилази закључак да примена споразума о признању кривице има своје оправдање, у законски строго дефинисаним границама, уз јасно дефинисане улоге субјеката, који у његовом закључењу учествују.

2. Законски услови закључења Споразума о признању кривице

Да би дошло до закључења споразума о признању кривице, морају бити испуњени одређени законски услови. Материјални услов односи се на обим кривичних дела, за који је законом допуштено закључење споразума. Овај услов обично се регламентира постављањем границе у погледу врсте и мере кривичне санкције, чиме се обухватају кривична дела до одређене тежине. У том смислу, закључење нагодбе странака најширег је опсега у САД, јер се може закључити за било које кривично дело, независно од предвиђене санкције.¹⁹ Споразум се закључује између тужилаштва и окривљеног, с тим што за најтежа кривична дела закључење споразума одобрава министарство правде. Европске државе знатно опрезније прилазе овом институту, те примену споразума допуштају у знатно ужем обиму. У Француској је могућа његова примена за

¹⁷ Данило Николић, Споразум о признању кривице као форма убрзања кривичног поступка, у: Реформа кривичног правосуђа, Ниш 2010, стр. 204.

¹⁸ И сама могућност споразумевања о кривици у процесној теорији сматра се манифестацијом начела опортунитета (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009, стр. 374).

¹⁹ Интересантно је да у Немачкој нема ограничења у погледу тежине кривичног дела. Пракса преговарања о кривици окривљеног у Немачкој, у пракси постоји деценијама уназад, но тек је формализована приликом новелације процесног кодекса, 2009. године. У Хрватској и Македонији је преговарање о кривици такође дозвољено без ограничења, у погледу тежине кривичног дела.

кривична дела са предвиђеном казном затвора до 5 година, у Италији до 7,5, а у Црној Гори до 10 година.²⁰

Нашим законом поље примене споразума омеђено је одредбом из члана 282а став 1 Законика о кривичном поступку из 2001. године²¹ (у даљем тексту ЗКП), споразум о признању кривице може се закључити за једно кривично дело или више кривичних дела, учињених у стицају, за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до 12 година. Овако постављено решење, заправо омогућава да се споразум закључи и за кривична дела у стицају, за која би се, применом одредаба из члана 60 став 1 Кривичног законика²² (у даљем тексту КЗ) могла изрећи казна затвора до 20 година. Међутим, према одредбама Законика о кривичном поступку из 2011. године²³ (у даљем тексту нови ЗКП) споразум о признању кривичног дела могуће је закључити за било које кривично дело. Тиме је проширен опсег примене овог института и на најтежа кривична дела, која спадају у организовани криминалитет, кривична дела корупције и на ратне злочине. Сматрамо приступ нашег законодавца неконзистентним, зато што, са једне стране, ограничава примену споразума у редовном кривичном поступку, а, са друге стране, допушта његову примену код најтежих кривичних дела. Вероватно ће та ситуација паралелизма примене закона бити отклоњена усвајањем и ступањем на снагу новелираног новог ЗКП-а. Уколико се предвиди примена споразума без ограничења, потребно је предвидети адекватан контролни механизам. Као узор може послужити решење из САД-а, према којем споразуме за најтежа кривична дела одобрава министарство правде.

Формални услови за закључење споразума тичу се закључења до одређене фазе кривичног поступка и писане форме. Но, постоји један фактички услов. Преговори јавног тужиоца и окривљеног воде се са циљем да окривљени призна извршење кривичног дела. Епилог тога је да не постоји даљи спор странака о предмету суђења, што поједностављује окончање поступка. Најчешће се законски услов поставља тако да се од окривљеног захтева потпуно²⁴ признање кривичних дела. Међутим, постоји разлика у предмету преговора у адверзијалном и континенталном поступку. У англо-америчком, окривљени се изјашњава о основаности оптужбе, слично признању тужбеног захтева у парници. У континенталном, окривљени признаје извршење кривичног дела. Према одредби члана 282б. ЗКП, окривљени у потпуности признаје кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет, односно признаје једно

²⁰ За упоредноправни аспект види: Саша Кнежевић, Консенсуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку, Правни живот бр. 9/2011, стр. 873 886.

²¹ “Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002, “Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009.

²² “Сл. гласник РС”, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.

²³ “Сл. гласник РС”, бр. 72/2011 и 101/2011.

²⁴ Томе у прилог иде одредба о квалитету признања окривљеног, из Обавезног упутства о примени и споразумевању споразума о признању кривице (А бр. 299/09), према којој оно не може бити делимично, условљено или непотпуно.

или више кривичних дела, учињених у стицају. Један од услова за прихватање споразума, према одредби члана 314 став 1 тачка 2 новог ЗКП-а је, такође, признање окривљеног извршења кривичног дела. Недостаје, међутим, одредба која би покривала ситуацију извршења кривичних дела у стицају. Да је примена споразума и тада могућа, прозилилази из члана 317 став 1 тачка 1, којим је предвиђено прихватање споразума од стране суда, када утврди да је окривљени признао кривично дело, односно кривична дала, за која се окривљени оптужбом терети.

Следеће веома важно питање у вези са договореним признањем кривичног дела тиче се омеђења споразумевања, с обзиром на ток поступка. Кључна је, чини се дилема, од ког тренутка у поступку допустити закључење споразума, а да се тиме не повреди претпоставка невиности окривљеног и значајно не одступи од начела истине. Другачије речено, потребно је проценити који степен извесности представља минимум за његово закључење. Из одредбе члана 382а став 1 тачка 4 ЗКП-а произилази да се споразум може закључити пре и након подизања оптужног акта. Отворена је могућност да преговори о закључењу споразума почну током истраге, али и у преткривичном поступку. Законску могућност подржава и јавнотужилачка пракса, према којој се приликом обраде кривичних пријава разматра најпре могућност примене условног опортунитета, а као супсидијарна могућност споразумевање о кривици. Теорија препоручује споразумевање о кривици, од подизања оптужног акта, или од потврђивања оптужнице. Тај став подржала је теорија и пракса у Босни и Херцеговини, где споразум има најдужу традицију.²⁵ Преговарање и закључивање споразума пре подизања оптужнице, доводи у дисбаланс једнакост странака у поступку. У фази истраге, основана сумња још увек није потврђена, нити поткрепљена са довољно доказа. Основ за вођење преговора тада једино може бити чињенични и правни супстрат из решења о спровођењу истраге. Поред тога, преговарањем пре фазе оптужења, вређа се и принцип везаности пресуде оптужбом. Чиме ће бити везана пресуда, када у тренутку вођења преговора оптужница још није подигнута? Мањкавост решења из ЗКП-а додатно подупире одредба из члана 282в став 8 тачка 1, према којој суд усваја споразум, када утврди да је окривљени свесно, добровољно и у одсуству заблуде признао кривично дело, које је предмет *оптужбе*. Јасно је да се не може знати шта је предмет оптужбе, пре подизања оптужнице. Ништа не мења ни касније сачињавање оптужног акта, како то предвиђа наш закон. Преурањено преговарање о кривици претећи се обрушава и на начело *ne bis in idem*²⁶. Стога се чини опортуним предвидети могућност преговарања о признању кривице најраније од подизања одговарајућег оптужног акта, а закључење споразума од момента

²⁵ Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права, 2006, стр. 19.

²⁶ Миодраг Бајић, Споразум о признању кривице у кривичном законодавству Босне и Херцеговине, у: Актуелна питања у примјени кривичног законодавства, Бања Лука 201., стр. 327.

судске контроле оптужбе²⁷, како би се сузио маневарски простор и могућност тактизирања тужилачке стране и додатно ојачала позиција окривљеног.

Имајући у виду да је циљ договореног признања кривице избегавање суђења, од значаја је одређење крајње тачке у поступку, за његово закључење. Према слову процесног кодекса Србије, споразум је могуће закључити до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса (члан 282а став 3 ЗКП). То значи да, ако суд по отварању рочишта утврди испуњеност процесних претпоставки за одржавање главног претреса, споразум се може поднети на усвајање до завршетка главног претреса на том рочишту, или до прекида или одлагања главног претреса.²⁸ Изводимо закључак да странке могу закључити споразум најкасније до отпочињања првог рочишта за главни претрес, да би га поднеле суду на усвајање по отварању рочишта. Међутим, према одредби новог ЗКП-а, споразум је могуће закључити до изјашњења окривљеног о наводима оптужбе на главном претресу (члан 313 став 1 новог ЗКП-а), дакле пре доказног поступка. У адверзијалном систему, тачније у САД, споразумевање о кривици није ограничено на одређену фазу поступка. У неким америчких државама, споразум је могуће закључити и у жалбеном поступку.²⁹ Сматрамо да преговарање и закључење споразума треба допустити до завршетка претходног поступка, имајући у виду његов смисао – да се избегне суђење. Када се већ дође до главног претреса, треба допустити да се у контрадикторном доказном поступку одлучи о кривици окривљеног. На тај начин била би отклоњена могућност, уочена у пракси судова, да се споразум закључи на рочишту, у ситуацији када апелациони суд укине првостепену пресуду и предмет врати на поновно одлучивање (члан 389 став 1 ЗКП-а). Да је реч о посве погрешном тумачењу одредаба ЗКП-а, говори више аргумената. Враћањем предмета првостепеном суду на поновно одлучивање, не почиње изнова кривични поступак. Самим тим, не заснива се нови процесни однос. Реч је о истом кривичном поступку, који се враћа стадијум уназад ради отклањања недостатака у првостепеној судској одлуци. Стога се не може тумачити да је реч о првом рочишту за главни претрес. Првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње, као и да расправи сва спорна питања, на која је указао другостепени суд (члан 394 став 3 ЗКП-а). Апелациони суд не може наложити закључење споразума странкама, јер би то било у супротности да пасивном улогом суда у страначким преговорима.

²⁷ Према решењу из хрватског ЗКП-а, закључење Споразума и одлучивање о њему везује се за седницу оптужног већа, на којој се оптужница потврђује (члан 360 став 3 хрватског ЗКП-а, Народне Новине, 152/08 и 76/09 – прочишћени текст).

²⁸ Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 97.

²⁹ Интересантан је немачки модел, према којем се о споразуму одлучује на главном претресу. У Хрватској је такође могуће закључење споразума о кривици у току суђења, али само у скраћеном поступку. У Босни и Херцеговини је прихваћен адверзијални модел, те је споразум могуће закључити до завршетка претреса пред другостепеним судом.

Још један од услова законитости споразума је форма, у којој се закључује. Наши законодавац не оставља никакву сумњу да се споразум о признању кривице мора закључити у писаној форми³⁰ (члан 282а став 3 ЗКП-а). Но, да би до нагодбе дошло, потребно је, најпре, да се упуту предлог за закључење споразума једне странке, супротној. Према слову закона, предлог може потећи било од стране јавног тужиоца, било од окривљеног. У тужилачкој пракси инсистира се да предлог буде у писаној форми, нарочито уколико потиче од окривљеног. Садржина предлога није одређена, али је јасно да је реч о понуди за закључење споразума, у смислу слободне и добровољне изјаве воље.³¹ Странка, која упућује предлог другој страни није њиме везана, те га може изменити и повући. Након прихвата предлога отпочињу преговори странака о закључењу споразума о признању кривице. Спорно питање за примену овог института у пракси је да ли се може преговарати са окривљеним, након што се претходно изјаснио кривим?³² Преовладава став, са којим смо сагласни, да у том случају нема места преговорима. Са окривљеним се може преговарати само у ситуацији када се негативно изјашњава о предмету оптужбе. Тиме се афирмише начело једнакости страна у поступку, јер би у супротном било упитно о чему се воде преговори, ако је окривљени претходно признао кривицу. Стога је потребно упутствима јавног тужилаштва јасно дефинисати да признање кривице окривљеног треба да буде резултат (исход) преговора, као уступак за концесије које ће добити за то.

3. Предмет и битни елементи споразума о признању кривице

Од раније поменутих облика договореног признања кривице, познатих у упоредном праву, предмет споразума у нас може бити споразумевање о врсти и висини казне, евентуално о другим кривичним санкцијама, као и о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења, за нека кривична дела у стицају (члан 282б став 1 тачка 2 ЗКП-а). Такво решење одговара врстама *plea bargaining* и *sentence bargaining*. Са друге стране, преговарање о правној квалификацији и о договореном сведочењу, сматра се неприхватљивим. Међутим, у пракси није затворена могућност фактичког преговарања о правној квалификацији дела, имајући у виду могућност преговарања још у преткривичном поступку. Такође, коришћење тзв. крунског сведока, тј. преговарање о сведочењу, могуће је у поступку за кривична дела организованог криминалитета, корупције и друга тешка кривична дела (члан 504а ЗКП-а). Реч је о институту сведока сарадника, коме

³⁰ У погледу форме, најлибералније је италијанско решење. Споразум о признању кривице тзв. *patteggiamento*, државни тужилац може поднети суду на усвајање, до почетка главног претреса. Правило је писана форма, од које се може одступити и захтев за усвајање споразума поднети усмено, на самом рочишту пред судијом за претходно саслушање.

³¹ Данило Николић, *op. cit.*, стр. 205.

³² Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ...*op. cit.*, стр. 14.

се, у замену за признање извршења кривичног дела и пружање информација, важних за откривање кривичних дела организоване криминалне групе, којој припада, изриче казна затвора, умањена за једну половину, у односу на законски посебни минимум (члан 504т став 1 ЗКП-а). У изузетним случајевима могуће је ублажавање преполовљене казне, па чак и ослобођење од казне сведока сарадника. Сматрамо да је и у редовном кривичном поступку предвиђена, додуше прикривена, могућност споразумевања о сведочењу окривљеног. Наиме, према одредби члана 282б став 3 ЗКП-а, окривљени и јавни тужилац се могу сагласити о изрицању блаже казне, од законског минимума, између осталог, када то оправдава значај признања окривљеног за расветљење других кривичних дела. Држимо да наведена могућност није ништа друго, већ коришћење тзв. крунског сведока, познатог у адверзијалном кривичном поступку. Подржавамо евентуалну могућност увођења споразума о сведочењу *de lege ferenda*³³. Сматрамо да би таква могућност допринела ефикаснијем сузбијању нарочито нарко деликата. У прилог томе наводимо законом установљени основ за ослобођење од казне за кривично дело неовлашћене производње, држања и стављања у промет опојних дрога, из члана 246 КЗ-а. Учиниоца овог дела може се ослободити од казне, ако открије од кога набавља дрогу. У овој ситуацији, окривљени је кључни сведок. Но, разлог за редак пристанак окривљеног на ту солуцију треба тражити у одсуству адекватне заштите након сарадње са органима кривичног гоњења.

Битни елементи споразума о признању кривице, законом су таксативно побројани. Најпре, потребно је унети изјаву окривљеног о потпуном признању извршења кривичног дела. Препорука је да јавни тужилац изјаву окривљеног о признању кривице узме на записник³⁴, а да окривљени детаљно опише извршење кривичног дела. Изјавом треба да буду обухваћена сва кривична дела у стицају, како би се окривљени за неко од дела, за која добије концесију, у виду одустајања јавног тужиоца од кривичног гоњења, могао евентуално позвати на приговор *res iudicata*.

Следећи битан елемент споразума чини сагласност о врсти и висини казне, која ће окривљеном бити изречена, евентуално примена неке друге кривичне санкције³⁵ (члан 282б став 1 тачка 1 ЗКП-а). У упоредном праву постоје

³³ Такву могућност предвиђа нови ЗКП: Реч је, заправо, о два нова споразума – о сведочењу окривљеног и осуђеног (види чланове 320 – 330. новог ЗКП).

³⁴ Данило Николић, *op. cit.*, стр. 206.

³⁵ У пракси је било случајева да су се странке у споразуму о признању кривице саглашавале да се окривљеном изрекне казна затвора у кућним условима (члан 45 став 5 КЗ-а). Међутим, сматрамо да је реч о погрешном тумачењу наведене одредбе. Из стилизације законске одредбе, „осуђеном... суд може одредити да се ова казна изврши“, произилази да је реч о модалитету извршења казне затвора, изречене у трајању до једне године. Такав закључак подупире одредба Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција (“Сл. гласник РС”, 31/2011). Наиме, у члану 174е став 1 изричито се наводи да осуђени, јавни тужилац и директор управе, предлог за извршење казне затвора у „кућним условима“ могу поднети *након правноснажности*

две солуције. Према решењу, заступљеном у већини држава САД, странке предлажу санкцију, а коначно је одмерава суд, узевши предлог странака као оријентацију.³⁶ Стога суд може изрећи мању, али и већу казну, што представља пут у непознато за окривљеног. Но, то их не спречава да масовно закључују страначке споразуме о кривици. У континенталном поступку заступљен је модел, према којем се странке саглашавају о врсти и висини кривичне санкције, а суд има „узми или остави“ могућност. Први модалитет даје активнију улогу суду приликом изрицања санкције, што је у складу са његовим процесним положајем. Тиме се анулира могућност увођења у кривични поступак административне правде. Други концепт афирмише правну сигурност и значајно растеређује суд, који цени само допуштено и законитост споразума, чиме се поступак убрзава. Наш законодавац предвиђа прецизно одређивање врсте и висине казне, па је могућност одређивања распона искључена.³⁷ Но, може се десити да се странке сагласе о свим елементима споразума, сем о висини кривичне санкције. Стога се залажемо за предвиђање изузетне могућности да оријентационо одређивање кривичне санкције у споразуму *de lege ferenda*, где би у крајњем одлучивао суд, наравно уз пружање додатне могућности да се странке са тиме не сагласе и, консеквентно, одустану од споразума.

Изузетно је допуштена могућност саглашавања о изрицању окривљеном казне испод посебног законског минимума, у три ситуације: 1. када је то оправдано значајем признања за расветљање кривичног дела, које му се оптужбом ставља на терет, 2. када је признање окривљеног од значаја за откривање и доказивање других кривичних дела, и 3. услед постојања нарочито олакшавајућих околности (члан 282б став 3 ЗКП-а). У том случају странке се морају придржавати граница ублажавања казне, предвиђених у Кривичном законнику. Но, могућност ублажавања казне може нарушити право на једнакост грађана. Тиме се заправо окривљеном даје двострука концесија. Казна мања од оне која би му била изречена након суђења и, поврх свега, изрицање казне испод минимума. Но, тешко је наћи оправдање за искључење примене општих правила за одмеравање казне, посебно у присуству нарочито олакшавајућих околности. Потребно је, међутим, тежити ка уједначавању праксе тужилаштва, чиме се афирмише стандард доследности у изрицању кривичних санкција.³⁸

пресуде, као и у току издржавања казне. О овом предлогу одлучује председник суда, који је донео првостепену пресуду. Није дакле реч о посебној врсти кривичне санкције, већ о казни затвора, чији се начин извршења дефинише по правноснажности пресуде.

³⁶ Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 372.

³⁷ Супротно: Данило Николић, *op. cit.*, стр. 211.

³⁸ На линији са наведеном тенденцијом је одредба из одељка 2 тачка 2 Обавезног упутства о примени и закључењу споразума о признању кривице, која обавезује јавног тужиоца да о околностима, које је узео у обзир приликом одмеравања казне окривљеном, сачини службену белешку.

Страначки споразум о кривици мора садржати одлуку о трошковима кривичног поступка и о имовинскоправном захтеву. Одлучивање о трошковима поступка у споразуму је опортуно, будући да је споразум основ за доношење осуђујуће пресуде, па је боље што пре решити и то питање. Треба, међутим, размотрити могућност да се *de lege ferenda*, као једна од концесија окривљеном понуди могућност ослобађања од плаћања трошкова поступка, тим пре што је посреди упрошћени поступак, са мањим трошковима његовог вођења.³⁹ Са друге стране, одлучивање о имовинскоправном захтеву, ако га оштећени истакне је смислено, знајући за раширену праксу упућивања на парницу, у пракси судова.⁴⁰

Битни елемент споразума јесте и изјава окривљеног да се одриче права на суђење и права на жалбу против одлуке суда, донете на основу споразума. Ово представља одступање од правила да се окривљени може одрећи права на изјављивање жалбе од достављања пресуде, а тужилац од тренутка објављивања пресуде (члан 365 став 1 и 2 ЗКП-а). Окривљени се одриче права на правни лек против будуће пресуде. Стога је целисходније решење, да се у споразум унесе изјава, којом се окривљени обавезује на одрицање од права на жалбу, када пресуда на основу усвојеног споразума буде донета. Друга могућност је да се окривљеном током преговора предочи да против одлуке суда, донете на основу споразума, изјављивање жалбе није допуштено.

Споразум о признању кривице може садржавати неке факултативне елементе. Прво, одлуку о одустајању јавног тужиоца, за нека кривична дела у стицају. Затим, могуће је да се закључењем споразума наметне нека од мера, предвиђених у члану 236 ЗКП-а, које се примењују приликом условног одлагања кривичног гоњења. Мотив законодавца за овакво решење треба тражити у интенцији да споразум има наглашену ресторативну црту. Дубиозно је, међутим, како у пракси спровести наведену одредбу. Мере из члана 236 ЗКП-а ће се применити, ако је могуће да их окривљени испуни до подношења споразума суду, односно, ако до тада може да започне са извршењем наметнуте му обавезе. Имајући у виду максимални рок од 6 месеци, за испуњење мера, тај рок не би афирмисао ефикасност поступка. Нејасно је шта ће бити последица по пуноважност споразума у хипотетичкој ситуацији, да окривљени до подношења споразума суду започне са извршењем обавезе, али након потврђивања споразума и доношења пресуде престане да је извршава. Тежња да споразум о признању кривице истовремено буде инструмент ресторативне правде, несумњиво је оправдана. Примену опортунитетских мера треба преиспитати, како не би прекомерно оптеретиле окривљеног и непотребно успоравале окончање поступка. Држимо да има оправдања примена мера, за које

³⁹ Такво решење налазимо у хрватском Закону о казненом поступку, у члану 363 став 4 (Народне новине, бр. 121/11- пречишћени текст).

⁴⁰ У Италији се као битан елемент споразума не предвиђа одлука о имовинскоправном захтеву (Антонија Крстуловић, *op. cit.*, стр. 377).

је оштећени непосредно заинтересован, као што су обештећење и исплата доспелих обавеза издржавања. Најзад, окривљени закључењем споразума може прихватити обавезу да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела, или да врати предмет кривичног дела, што је на линији споменуте тенденције досезања ресторативне правде.

4. Закључивање споразума о признању кривице

Као што је раније речено, преговори за закључење споразума о признању кривице воде се, најчешће, у току трајања претходног поступка. Предлог за закључење споразума може потећи од јавног тужиоца, или од окривљеног и његовог браниоца. Исти субјекти могу учествовати у преговорима⁴¹ (члан 282а став 2 ЗКП-а). Кључно питање, из визуре заштите права окривљеног, приликом преговарања и закључења споразума, је право на стручну одбрану. Према слову закона, окривљени мора имати браниоца најкасније 8 дана пре одржавања рочишта за одлучивање о споразуму (члан 282в став 5 ЗКП-а). Насупрот томе, одредбом из члана 74 тачка 8 новог ЗКП-а, установљен је још један случај обавезне одбране окривљеног. Приликом вођења преговора и закључења споразума окривљени мора имати браниоца (члан 313 став 2 новог ЗКП-а). Решење из новог ЗКП-а је у потпуности оправдано, будући да је окривљеном приликом закључења споразума неопходна стручна помоћ, јер се одриче права на суђење и права на жалбу. Обавезност стручне одбране значајно доприноси да квалитет признања окривљеног буде у складу за захтевима потпуног, добровољног и свесног, и значајно смањује могућност признања кривице у заблуди.

Учешће суда у преговарању и закључењу споразума је искључено. Међутим, у упоредном праву срећу се и другачија решења. Најактивнија је улога суда у Канади, где у закључењу споразума учествује судија са подручја другог суда. Његова улога је у изношењу мишљења о доказној подлози и о кривичној санкцији. Судија настоји да на предпретресном рочишту дође до закључења споразума.⁴² Активна улога суда позната је и у пракси немачких судова. Предлог за закључење споразума може потећи од странака, али и суда, а преговори се могу водити и само између суда и окривљеног.⁴³ Са друге стране, учешће суда у преговорима, у америчкој теорији и пракси, сматра се опасним по судску непристрасност. Држимо да би подстицање окривљеног на закључење споразума о признању кривице, од стране судије, значило директно

⁴¹ Поставља се питање: да ли оштећени у својству супсидијарног или приватног тужиоца могу преговарати? Приклањамо се гледишту (Милош Миловановић, *op. cit.*, стр. 427), према коме нема препрека за то, будући да оштећени, када у поступку има својство странке, има права идентична јавном тужиоцу, осим оних права, која му припадају, као државном органу.

⁴² Данило Николић, *op. cit.*, стр. 200.

⁴³ За критику немачке правосудне праксе види: M. Damaška, *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, 8. *Straverteidiger*, 1988, стр. 399.

кршење претпоставке невиности. Стога суду треба доделити улогу контролора законитости закљученог споразума, што одговара позитивноправном законском решењу.

Након закључења споразума, исти се подноси на потврђивање суду, у одговарајућем функционалном саставу. Пре подизања оптужнице, споразум се подноси председнику ванрасправног већа, а након подизања оптужнице, председнику судског већа (члан 282а став 4 ЗКП-а). Законом је допуштено позивање на закључени споразум и у приговору окривљеног и његовог браниоца против оптужнице.

5. Судска оцена законитости споразума о признању кривице

О закљученом споразуму о признању кривице одлучује суд, у одговарајућем функционалном саставу. Ако је споразум поднет пре подизања оптужнице, о њему одлучује председник ванрасправног већа. У ситуацији када се странке позивају на споразум у приговору против оптужнице, одлучује председник судског већа. Иста је ситуација кад се споразум поднесе на првом рочишту, у редовном кривичном поступку. У сумарном поступку, о законитости споразума одлучује судија појединац.

Приликом одлучивања о страначком споразуму о признању кривице, суд га може одбацити, одбити и усвојити. Законом су изричито предвиђена два основа за одбачај споразума – када је поднет након завршетка првог рочишта за главни претрес (члан 282б став 4 ЗКП-а), и када на рочиште за одлучивање о споразуму није дошао уредно позван окривљени (члан 282в став 7 ЗКП-а). Поред наведених основа, у пракси се могу појавити још неке ситуације, када би споразум требало одбацити као недопуштен (нпр. када је закључен за кривично дело са запређеном казном изнад 12 година, када не садржи све битне елементе споразума, када је поднет од нелегитимисаног лица...). Према тексту новог ЗКП-а, суд ће одбацити споразум о признању кривичног дела, услед недоласка на рочиште уредно позваног окривљеног и када не садржи неки од обавезних елемената (члан 316 новог ЗКП-а).

Када суд утврди да је споразум благовремен и допуштен, заказује рочиште за одлучивање о овој страначкој погодби. На рочиште се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац, док се оштећени и његов пуномоћник обавештавају о рочишту. Имајући у виду стремљење да се закључењем споразума истовремено изврши репарација, боље решење би било да се на рочиште позива и оштећени, будући да је обавештење мање формалан вид комуникације. Постоји залагање да се оштећеном да активнија улога у поступку договореног признања кривице, нарочито ако се споразум закључује за тешка кривич-

на дела.⁴⁴ Рочиште се може одржати и у одсуству јавног тужиоца (члан 282в став 7 ЗКП-а), што сматрамо изузетно лошим решењем. Као што је неопходно потребно да суд на рочишту провери квалитет признања окривљеног, од не мањег значаја је провера законитости и *bona fides* поступања органа кривичног гоњења. О обавезном присуству браниоца окривљеног закон се експлиците не изјашњава, што оставља могућност да се рочиште одржи и у његовом одсуству. Законом је само прописана обавезна одбрана, најкасније 8 дана пре почетка рочишта, а не и обавеза присуства браниоца. На линији нашег залагања за обавезну одбрану током вођења преговора о признању кривице, сматрамо да је присуство браниоца рочишту неопходно, *in favore* права на правично суђење. Стога то треба одговарајућом законском одредбом недвосмислено прописати.

Рочиште за одлучивање о страначкој нагодби је јавно, уз могућност искључења јавности из свих законом предвиђених разлога из члана 292 ЗКП-а. Међутим, према одредби члана 315 став 3 новог ЗКП-а, рочиште се држи без присуства јавности. Држимо да је решење из новог ЗКП-а боље, јер се може догодити да се рочиште може окончати одбијањем споразума. У тој ситуацији, потребно је заштитити окривљеног од негативних последица датог признања, у даљем току поступка. Присуство јавности повећава могућност од контаминације судске власти и стварања предрасуда о кривици окривљеног, посебно у мањим градовима.

Исход одлучивања прихватљивости страначке нагодбе може бити материјализован са две судске одлуке. Суд ће донети решење о усвајању споразума, кад утврди да су кумулативно испуњени следећи услови: 1. да је окривљени свесно, добровољно и у одсуству заблуде признао извршење кривичног или кривичних дела, 2. да је казна одређена у законском оквиру, 3. да је окривљени свестан да се закључењем споразума одриче права на суђење и на жалбу против судске одлуке, донете на основу споразума, 4. да постоји поткрепљеност споразума и другим доказима, и 5. да се споразум не противи правима оштећеног или разлозима правичности (члан 282в став 8 ЗКП-а). Утврђивање квалитета датог признања окривљеног од круцијалног је значаја. Стога судија треба да поведе опсежан дијалог, са великим бројем постављених питања окривљеном, како би са што већом сигурношћу утврдио постојање свести и воље. Сматрамо да ни вештачење психичког стања окривљеног није искључено, ако се посумња у „свесно“ признање, што не значи ништа друго до постојање урачуњливости. Повезано са тим је утврђивање, да ли су окривљеном јасне последице закључења споразума. Посебно треба обратити пажњу на окривљене слабог нивоа образовања, и сходно томе прилагодити ниво комуникације и терминологију. Приликом оцене поштовања правила о одмеравању санкције, врши се провера правилне примене одредаба материјалног права. Суд је, такође, дужан да испита поткрепљеност признања кривице другим доказима. То подразумева проверу прибављених доказа и оце-

⁴⁴ Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ...*op. cit.*, стр. 27.

ну постојања довољно доказа. На тај начин се афирмише начело истине, што је посебно значајно, будући да се споразум закључује, када је чињенични супстрат још увек на нижем нивоу од степена уверења, у тренутку доношења судске одлуке, у редовном току поступка. Међутим, директној супротности са тим критеријумом је одредба из члана 282б став 3 ЗКП-а, о могућности изрицања казне испод минимума, ако би без признања окривљеног доказивање извршења кривичног дела било немогуће. У тој ситуацији, услов поткрепљености признања окривљеног другим доказима не би био испуњен.⁴⁵ Држимо да је законодавац имао на уму да је и у тој ситуацији потребно постојање других доказа, прибављених на основу признања окривљеног, али таква могућност отвара дилему мотива признања извршења кривичног дела, ако тужилаштво нема довољно доказа. На чему јавни тужилац, у тој ситуацији, заснива оптужбу? Оцена заштите права оштећеног односи се на имовинскоправни захтев, који је један од обавезних елемената споразума. Суд проверава да ли је о томе одлучено, ако га је оштећени истакао у поступку. Судија је, најзад, дужан да провери и сагласност закљученог споразума са правичношћу. Дубиозно је шта чини садржину овог правног стандарда. Претпоставка је да суд треба да утврди, да ли је споразум сагласан са судском праксом у сличним кривичним стварима, са интересима оштећеног и са повредом или угрожавањем заштићеног добра.⁴⁶ Но, испуњеност тих критеријума суд је претходно испитао, те сматрамо да је овај критеријум сувишан.⁴⁷ Испуњеност услова суд испитује на основу достављених му списа (оптужног акта, решења о спровођењу истраге...), изјава странака, оштећеног или његовог пуномоћника.⁴⁸ Закључак о испуњености услова уноси се у образложење решења о усвајању споразума.

Када суд утврди да није испуњен неки од услова из члана 282в став 8 ЗКП-а, донеће решење о одбијању споразума. До истог исхода довешће закључак суда да споразум очигледно не одговара тежини извршеног кривичног дела (члан 282в став 9 ЗКП-а). Овај основ треба редефинисати *de lege ferenda*, стога што је номотехнички непрецизан. Из дикције законске норме могло би се помислити да је реч о ситуацији када странке закључе споразум за кривично дело изван опсега запрећене казне затвора од 12 година. Но, то очигледно није била интенција, већ противност споразума сврси кажњавања.⁴⁹ Последица одбијања споразума је немогућност коришћења признања окривљеног

⁴⁵ Слободан Бељански, Споразум о признању кривице – предности и недостаци, Бранич, бр. 2/2009, стр. 25.

⁴⁶ Данило Николић, *op. cit.*, стр. 214.

⁴⁷ То је и учињено у новом ЗКП-у, у коме се посебно не истиче неопходност оцене правичности споразума.

⁴⁸ Војислав Ђурђић, Споразум о признању кривице, Зборник радова Правних факултета у Загребу и Скопљу посвећен Фрањи Бачићу, Загреб 2007, стр. 499.

⁴⁹ У Италији судија може одбити *patteggiamento* када утврди да нису правилно одмерене отежавајуће и олакшавајуће околности и када споразумом неће бити постигнута ресоцијализација окривљеног.

у даљем току поступка. Стога судија, који је донео тај вид решења, не може учествовати у суђењу окривљеном. Пропуст је законодавца што није предвидео немогућност учешћа у поступку судије, који је донео решење о одбацивању споразума, иако је једнако контаминиран!

Одредбама ЗКП-а није предвиђена могућност да судија на рочишту мења било који елемент страначке нагодбе. Но, таква могућност *de lege ferenda* у присуству, и уз сагласност обеју странака, била би афирмативна по ефикасност поступка, посебно у случају када нису адекватно примењене одредбе материјалног права за одмеравање казне.

Решење суда о одбацивању споразума странака није могуће побијати жалбом. На решење суда о одбијању⁵⁰ споразума жалбу могу изјавити странке, а на одлуку којом се споразум усваја, жалбу могу изјавити оштећени и његов пуномоћник (члан 282г став 1 и 2 ЗКП-а). О жалби решава ванрасправно веће, у чијем саставу не може бити судија који је одлучивао о споразуму. Веће позивних судија о жалби одлучује у нејавној седници и може је одбацити, одбити или је усвојити. Неоправдана је немогућност преиначења решења, јер би се, на тај начин отклонили недостаци у споразуму.⁵¹

6. Доношење пресуде на основу споразума о признању кривице

По ступању решења о усвајању споразума на правну снагу, он се прикључује оптужници, односно, укључује у оптужницу, која се саставља након прихватања споразума. Председник већа је дужан да без одлагања донесе осуђујућу пресуду⁵² (члан 282д став 1 ЗКП-а). Ако на основу споразума о признању кривице јавни тужилац одустаје од кривичног гоњења окривљеног, за нека друга дела, суд ће за та кривична дела донети пресуду којом се оптужба одбија, како би окривљени био заштићен дејством принципа *ne bis in idem*. Пресуда се доставља странкама и оштећеном, сагласно општим правилима. Она постаје правноснажна даном доношења, јер изјављивање жалбе није дозвољено⁵³ (члан 282д став 3 ЗКП-а). Са друге стране, према слову новог ЗКП-а, жалба је допуштена против осуђујуће пресуде, али само ако постоје неки од разлога за обуставу поступка, или ако се пресудом одступило од предмета споразума (члан 319 новог ЗКП-а). Активну легитимацију имају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.

⁵⁰ У новом ЗКП-у није могуће изјавити жалбу на решење о одбијању споразума (члан 319 став 2).

⁵¹ Најконцизније решење би било да се предвиди сходна примена члана 421 став 3 ЗКП-а, у коме су предвиђена општа правила о доношењу одлука по жалби на решења.

⁵² Одредбама новог ЗКП-а предвиђено је да суд на рочишту за одлучивање о нагодби странака, истовремено са усвајањем споразума, доноси осуђујућу пресуду (члан 317 став 1).

⁵³ У новом црногорском ЗКП-у, допуштено је нападати пресуду, донету на основу споразума, жалбом, ако пресуда одступа од закљученог споразума (члан 303 став 2 Законика о кривичном поступку Црне Горе), „Службени лист Црне Горе”, број 57/09 од 18. августа 2009. године.

Најпре, сматрамо да је добро решење да се о споразуму решава на јединственом рочишту, чији би исход био доношење решења о одбацивању споразума, или решења о одбијању споразума, или кондемпнаторне пресуде. Оправдано је, такође, дозволити доношење либераторне пресуде, у случају испуњења услова за ослобођење од оптужбе, у редовном поступку.⁵⁴ У погледу права на жалбу, залажемо се за примену општих жалбених основа, из члана 367 ЗКП. Такво решење би било у сагласности са чланом 2 Протокола VII Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Оправдање за изнети став налазимо у могућности да суд у пресуди одступи од сагласности изјава воља странака из закљученог споразума. Ефикасност поступка била би афирмисана кратким роком за изјављивање жалбе, те остављањем кратког рока за одлучивање о њеној основаности. Активна легитимација, поред странака, треба да обухвати и оштећеног, што је на линији позитивноправног решења, према којем оштећени има право на изјављивање жалбе против решења о усвајању споразума (члан 282г став 2 ЗКП-а). Најзад, држимо да је изјављивање ванредних правних лекова могуће и оправдано сврхом њиховог постојања. Такво тумачење доприноси налажењу баланса између очувања тежње за досезањем истине у кривичном поступку и правне сигурности, на другој страни.

Summary

Plea bargaining was provided, for the first time, in the Criminal Procedure Code from 2006. But, as it remained unapplied, provisions about plea bargaining have been incorporated into the existing CPC from 2001., during its updating in 2009. Bearing in mind that, it has been more than 3 years from beginning of the plea bargaining implementation, and that a new procedure code is, in middletime has been adopted, which shall soon begin to implement, we consider that now is the time to take a critical look at the experience in their applicability, and to give the proposal of its future regulations.

Key words: *simplified procedural forms, consensual justice, plea bargaining*

⁵⁴ Такву могућност предвиђа италијански ЗКП (Антонија Крстуловић, *op. cit.*, стр. 394).

РАТНИ ЗЛОЧИНИ КАО ПОВРЕДА МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Милан Милковић*

***Апстракт:** Тема овог рада су ратни злочини, међународно кривично дјело којим се крше правила међународног хуманитарног права. Управо кроз ово кривично дјело долазе у додир двије гране међународног права, које су се током историје упоредно развијале: међународно хуманитарно и међународно кривично право. Међународно хуманитарно право регулише правила оружаног сукоба с циљем његове хуманизације, док међународно кривично право кроз своја правила инкриминише и санкционише она понашања којима се крше правила међународног хуманитарног права.*

Овај рад је подијељен у пет дијелова ради прегледности и квалитетнијег упознавања са темом. У првом дијелу дефинисаћемо појам и предмет регулисања међународног хуманитарног и међународног кривичног права. Други дио посвећен је упознавању начела PACTA SUNT SERVANDA, али и других правила међународног права којима се захтијева поштовање и спровођење обавеза међународног хуманитарног права, док ћемо се у трећем и четвртом дијелу упознати са међународним кривичним дјелом: ратним злочином и његовим основним карактеристикама, као и са елементима овог кривичног дјела по Статуту Међународног кривичног суда. На крају, покушаћемо дати закључак на ову тему.

***Кључне ријечи:** ратни злочини, међународно хуманитарно право, међународно кривично право, Женевске конвенције са Протоколима, Статут Међународног кривичног суда.*

* Милан Милковић, дипл. правник – мастер међународног права, приправник у Окружном тужилаштву Бања Лука

1. УВОД

1.1. Појам и предмет међународног хуманитарног права

Међународно хуманитарно право је грана права која садржи норме којима се успоставља заштита и побољшање положаја лица - учесника оружаних сукоба у посебним околностима и дијелом се везује за заштиту људских права у ванредним околностима.¹ Предмет регулисања ове гране међународног права су: правила вођења борби, понашање припадника оружаних снага током војних дејстава, средства и методи ратовања и статус заштићених лица у оружаним сукобима, као што су рањеници, болесници, ратни заробљеници, цивили, вјерско и санитетско особље.

У правној литератури, међународним документима и у међународној пракси постоји неколико назива који се употребљавају за ову грану међународног права, као што су: војно право, право у рату, ратно право, право оружаних сукоба, међународно хуманитарно право у оружаним сукобима, међународно ратно и хуманитарно право или само међународно хуманитарно право. Основне карактеристике међународног хуманитарног права, као самосталне правне гране међународног права, су:

1. Афирмација човјека као непосредног пуноправног субјекта међународног права.
2. Обавеза једностраног испуњавања обавеза.
3. Постојање паралелне међународне одговорности државе и њених држављана ради тешких повреда међународног хуманитарног права.
4. Постојање заједничке одговорности свих држава за примјену правила међународног хуманитарног права.
5. Примјена правила међународног хуманитарног права према свим зарађеним странама у цјелости и подједнако.

Главни извор међународног хуманитарног права су тзв. Женевске конвенције, заједно са Протоколима. Године 1949. на конференцији у Женеви донијете су четири конвенције: Конвенција о побољшању судбине рањеника и болесника у оружаним снагама у рату (Прва женевска конвенција), Конвенција о побољшању судбине рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (Друга женевска конвенција), Конвенција о поступању са ратним заробљеницима (Трећа женевска конвенција) и Конвенција о заштити цивил-

¹ Владан Јончић, *Међународно хуманитарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010. година, стр. 11.

ног становништва за вријеме рата (Четврта женевска конвенција). Правила Женевских конвенција допуњена су 1977. године са два протокола: Допунски протокол о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол 1) и Допунски протокол о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол 2). Године 2005. године усвојен је и Трећи допунски протокол уз Женевске конвенције, којим је усвојен нови знак распознавања за припаднике Међународног комитета Црвеног крста.

1.2. Појам и предмет међународног кривичног права

Међународно кривично право бисмо могли дефинисати као: скуп међународних правила која прописују шта су то међународна кривична дјела и намећу државама обавезу да гоне и кажњавају за бар нека од њих. Оно уређује и међународне поступке за гоњење и суђење лицима која се терете за вршење тих кривичних дјела - материјално и процесно право.²

На основу ове дефиниције можемо закључити да су предмети међународног кривичног права појмови материјалног и процесног карактера. Под материјалним дијелом међународног кривичног права подразумејемо појам и елементе међународног кривичног дјела, основе кривичне одговорности, систем кривичних санкција итд. (општи дио материјалног права), као и појмове, обиљежја и карактеристике појединих међународних кривичних дјела, те санкције за учиниоце тих дјела (посебни дио материјалног права). У процесни дио спадају: надлежност, организација и поступак пред међународним кривичним судовима. Основни институт ове гране међународног права је међународно кривично дјело, које бисмо могли дефинисати као: људско понашање које је противно међународном праву, које је скривљено и којим се озбиљно угрожавају или повређују вриједности заштићене међународним правом у мјери која оправдава кажњавање.³

Од 2002. године на снази је Статут Међународног кривичног суда. Стални Међународни кривични суд основан је на дипломатској конференцији у Риму 1998. године када је усвојен и његов Статут (Римски статут). Статут је прихватило 120 чланица УН-а (САД, Русија, Израел, Ирак и Сирија нису чланице Статута). Суд је надлежан за кривична дјела: ратни злочини, злочин против човјечности, злочин геноцида и злочин агресије, а која су извршена од стране држављана земаља потписница Статута или су учињена на њиховој територији, послје ступања на снагу Статута.

² Антонио Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005. година, стр. 17.

³ Милош Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2011. година, стр.65.

2. ОБАВЕЗА ПОШТОВАЊА МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Један од основних принципа међународног права јесте начело *PACTA SUNT SERVANDA*. Ово начело подразумејева обавезу држава и других субјеката међународног права да поштују и спроводе међународне обавезе. Овај принцип се примјењује и код међународног хуманитарног права, као гране међународног права. Дакле, обавеза држава да поштују и обезбиједи поштовање међународног хуманитарног права је дио њихове обавезе поштовања међународног права⁴

Обавезу поштовања међународног хуманитарног права утврђују и међународни уговори, као што су Женевске конвенције из 1949. године, заједно са Протоколима 1 и 2, војни национални приручници, пракса међународних организација, резолуција Генералне скупштине УН-а број 2674, те пракса међународних судова. Такође, *Правила обичајног међународног хуманитарног права*, израђена од стране Међународног комитета Црвеног крста, садрже обичајно правило које гласи: „Обавеза поштовања и обезбјеђивања поштовања међународног хуманитарног права не зависи од реципроцитета“. Суштина овог правила састоји се у томе да ће га стране у сукобу поштовати без обзира на то да ли се супротна зарађена страна придржава правила ратовања.⁵ Поред опште обавезе поштовања међународног хуманитарног права без обзира на реципроцитет, државе су обавезне према Женевским конвенцијама да обезбиједи: шире упознавање становништва, нарочито оружаних снага са правилима међународног хуманитарног права, да донесу национална упутства о међународном хуманитарном праву, да обезбиједи правне савјетнике који би савјетовали војне команданте о примјени међународног хуманитарног права итд. Обавезу поштовања и спровођења међународног хуманитарног права имају и непризнати ентитети (покрети отпора) и њихове оружане снаге, побуњеничке групе, тачније сви учесници оружаних сукоба. Ово произилази, како из међународних уговора, (Протокол 2), тако и из међународне праксе.⁶

Понашање супротно нормама међународног хуманитарног права представља њихово кршење које за собом повлачи међународну одговорност за прекршиоца. Кршење норми међународног хуманитарног права представља међународно кривично дјело - ратни злочин. Из овога произилази још једна међународна обавеза држава, а то је обавеза сузбијања злоупотребе и повреда међународног хуманитарног права. Женевске конвенције у том смислу предвиђају обавезу држава уговорница да: пропишу кривичне санкције за лица

⁴ В. Јончић, стр. 302.

⁵ В. Јончић стр. 302.

⁶ Генерална скупштина УН је у више наврата, поводом унутрашњих сукоба у БиХ, Анголи, Конгу, позивала стране у сукобу на поштовање одредби међународног хуманитарног права.

која су наредила или извршила нека од тешких повреда Конвенција, да проналази та лица и да их изведе било пред своје судове или да их испоручи на суђење другим заинтересованим државама (члан 49 Прве женеvске конвенције).

3. РАТНИ ЗЛОЧИНИ КАО ПОВРЕДЕ МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Ратни злочини представљају најстарија међународна кривична дјела. У основи свих ратних злочина је нечовечно поступање према људима, које се изражава кроз различите видове насиља, као што су: убијање, мучење, вршење биолошких експеримената, злостављање цивилног становништва.⁷ Остала међународна кривична дјела, злочин против човјечности, злочин агресије и злочин геноцида, инкриминисани су знатно касније. Све до Другог свјетског рата ратни злочини су се третирали као кривична дјела по унутрашњем праву, а међународни елемент се испољавао у признавању дискреционог права зараћене стране да заснује кривичну јурисдикцију над страним држављанином осумњиченим за ратне злочине или да од друге зараћене, по правилу побијеђене стране, захтијева да та лица казни по свом националном кривичном праву.⁸ Ратни злочини као међународни злочини, први пут су се конституисали Статутом Војног трибунала у Нирнбергу 1946. године, а потом и Статутом Међународног војног трибунала за Далеки Исток 1948. године. Женевске конвенције из 1949. године навеле су радње које представљају тешка кршења правила конвенције (члан 50 Прве женеvске конвенције), док је Протокол 1 из 1977. године отишао корак даље и чланом 85 навео радње које представљају ратне злочине. Статути ад хок судова за бившу Југославију и Руанду и Статут Међународног кривичног суда, такође наводе радње које представљају ратне злочине.

Појам ратног злочина можемо посматрати у ширем и у ужем значењу. У ширем значењу појам ратних злочина обухвата сва међународна кривична дјела (ратни злочини, злочин против човјечности, злочин геноцида) која су извршена у рату или у вези са ратом. Овакво, шире значење појма ратних злочина, употребљава се више колоквијално у јавности и неодржава праву суштину овог међународног кривичног дјела, јер се нека међународна кривична дјела (нпр. злочин против човјечности) могу извршити и за вријеме мира. У ужем значењу, под ратним злочином подразумевамо повреде закона и обичаја рата. Не постоји јединствена дефиниција ратних злочина као међународног кривичног дјела. *Правила обичајног међународног хуманитарног права* у правилу број 156, дефинишу ратне злочине као озбиљна кршења међународног хуманитарног права.⁹

⁷ Бора Чејовић, *Међународно кривично право*, Досије, Београд, стр. 209.

⁸ М. Крећа, стр. 618.

⁹ „Rule 156. Serious violations of international humanitarian law constitute war crimes“, Jean-Marie

Међународни извори дају неколико дефиниција ратних злочина:

1. Статут Међународног војног суда у Нирнбергу

Статут Суда у Нирнбергу, у члану 6, дефинисао је ратни злочин као повреде ратних закона и ратних обичаја. Такве повреде обухватају, али се на њих не ограничавају, убиство, злостављање или одвођење на принудни рад или за било који други циљ, цивилног становништва окупиране територије или у окупирану територију; убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору; убијање талаца; пљачкање јавне или приватне имовине; намјерно разарање градова, вароши или села или пустошење неоправдано војном потребом.

2. Статут Хашког трибунала за бившу Југославију

Овај Статут предвиђа два кривична дјела која бисмо могли окарактерисати као ратне злочине: 1) Тешке повреде Женевских конвенција од 1949. године (члан 2 Статута) и 2) Кршење закона и обичаја ратовања (члан 3 Статута).

Тешке повреде Женевских конвенција од 1949. године чини лице које изврши или нареди вршење тешких повреда Женевских конвенција из 1949. године против лица или имовине, а које се састоји у: 1) намјерном убијању; 2) мучењу и нехуманом поступању укључујући и биолошке експерименте; 3) намјерном проузроковању патњи и тешких тјелесних повреда и нарушавању здравља; 4) масовном разарању и присвајању имовине које није оправдано војном потребом, а које је извршено незаконито и безобзирно; 5) присиљавању ратних заробљеника или цивила да служе у оружаним снагама непријатељске силе; 6) намјерном лишавању ратних заробљеника и цивила права на поштено и регуларно суђење; 7) незаконита депортација, трансфер или незаконито затварање лица; 8) узимање цивила као талаца.

Кршење закона и обичаја ратовања, чини лице које предузме неку од следећих алтернативно наведених радњи извршења (при чему се дјело не ограничава на наведене радње): 1) употреба бојних отрова или другог оружја намијењеног да наноси сувишне и непотребне патње; 2) безобзирно разарање мјеста, градова или села или пустошење које није оправдано војном потребом; 3) напад, бомбардовање било којим средством небрањених градова, села, насеља или зграда; 4) освајање, разарање или намјерно оштећење институција намијењених религији, добротворним активностима или образовању, умјетности или науци, историјских споменика или умјетничких или научних радова; 5) пљачка приватне или јавне имовине.

3. Статут Хашког трибунала за Руанду

Статут Хашког трибунала за Руанду у члану 4 предвиђа кривично дјело

Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law, volume I-rules*, Cambridge university press, стр. 568.

тешког кршења члана 3 Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године, за које одговара лице које нареди или непосредно изврши једну од радњи: 1) напад на живот и здравље, те физичку и психичку добробит лица, посебно убиства, као и окрутно поступање попут мучења, сакаћења или било који други облик тјелесног сакаћења; 2) колективно кажњавање; 3) узимање талаца; 4) акт тероризма; 5) насиље над личним достојанством, нарочито нечовјечно или понижавајуће поступање, силовање, присиљавање на проституцију или било који облик нечасних напада; 6) пљачка; 7) изрицање, извршавање казни или ликвидација без претходне пресуде изречене по редовно установљеном суду уз све судске гаранције признате од цивилизованих народа као неопходне; 8) пријетње извршењем било ког од напријед наведених аката.

4. Статут Међународног кривичног суда

Статут Међународног кривичног суда у члану 8 предвиђа четири групе ратних злочина:

1. Тешка кршења Женевских конвенција из 1949. године;
2. Друга озбиљна кршења закона и обичаја рата примјењивих у међународним оружаним сукобима, а према утврђеним правилима међународног права;
3. Озбиљне повреде члана 3 заједничког за све четири Женевске конвенције;
4. Остала озбиљна кршења закона и обичаја примјењивих у оружаним сукобима немеђународног карактера, а према утврђеним правилима међународног права.

Ратни злочин као међународно кривично дјело има сљедеће карактеристике:

1. То је дјело којим се крше универзална правила оружаних сукоба (Женевских конвенција, међународних уговора, међународних обичаја итд.).
2. Ово кршење је инкриминисано, односно одређено је као међународно кривично дјело међународним документима.
3. Ово кршење правила оружаних сукоба мора бити почињено у вези са оружаним сукобом, при чему није важно да ли се ради о међународном или унутрашњем оружаном сукобу.
4. Неки међународни документи (нпр. Римски статут) захтијевају да се ради о озбиљном, тешком или изузетно тешком кршењу правила оружаних сукоба.
5. Објекат заштите овог међународног кривичног дјела су лица која не учествују или више не учествују у оружаним непријатељствима: цивили, рањеници, болесници, посебна заштићена лица и објекти и ратни заробљеници.
6. Радње извршења овог међународног кривичног дјела су алтернативно

и вишеструко наведене: напади на небрањена мјеста, узимање талаца, убиства, силовања, тортуре, кориштење недозвољеног оружја, ропство, напади на цивиле, злоупотреба знака Црвеног крста, регрутовање дјецe испод 15 година итд.

7. Учинилац овог међународног кривичног дјела може бити свако лице (*delicta communia*), дакле није обавезно да је починилац борац¹⁰.
8. Када је у питању субјективни елемент овог кривичног дјела тражи се умишљај код починиоца (*dolus*).¹¹
9. По међународном, али и по националним правима, кривично гоњење и кажњавање за ово међународно кривично дјело не застаријевају.

Ратни злочини се, према аутору Антониу Касезеу¹², могу подијелити с обзиром на врсту оружаног сукоба гдје су почињени и с обзиром на начин и објекат заштите над којима су почињени.

А. Прва подјела (врста оружаног сукоба):

1. Ратни злочини почињени у међународним оружаним сукобима, између двије или више држава или између држава и НОП-а (национално ослободилачких покрета), и
2. Ратни злочини почињени у унутрашњим оружаним сукобима, између државних власти и побуњеника или између двају или више организованих група унутар једне државе

Б. Друга подјела (начин и објекат заштите):

1. Злочини почињени против лица која не учествују или више не учествују у оружаним непријатељствима (цивили највише) (нпр. намјерно убијање, мучење, нечовјечно поступање),
2. Злочини против непријатељских бораца или цивила који су извршени забрањеним методама ратовања (нпр. намјерно усмјеравање напада на цивилно становништво),
3. Злочини против непријатељских бораца, укључујући кориштење забрањених средстава ратовања (нпр. кориштење отрова или отровног оружја),

¹⁰ „There is no requirement that the accused be a combatant”, Curtis F. J. Doebbler, *Introduction to International Humanitarian Law*, CD Publishing Washington DC, стр. 61, преузето са сајта: http://books.google.co.in/books?id=plHYQqICVn8C&printsec=frontcover&hl=hr&source=gbs_ge_summar_y_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹¹ Члан 30 став 1 Римског статута гласи: *Ако другачије није одређено, лице је кривично одговорно и подлеже казни за злочин из надлежности Суда само ако су материјални елементи извршени са намером и знањем*. Тумачењем ове одредбе, али и других одредби Статута, произилази да су могући и други облици одговорности учиниоца према дјелу (нехат, код појединих облика командне одговорности или *dolus specialis* код одређених дјела ратних злочина).

¹² А. Касезе, стр. 365.

4. Злочини против посебно заштићених лица и објеката, санитарских јединица и транспорта (нпр. намјерно усмјеравање напада на особље, постројења, материјал, јединице или возила која учествују у хуманитарној помоћи или мировној мисији у складу са повешом Уједињених нација),
5. Злочини који се чине непрописним кориштењем заштитних знакова и амблема МКЦК-а (нпр. непрописна употреба заставе примирја).

У судској пракси се може појавити проблем приликом тумачења да ли одређена радња којом се испуњавају сва обиљежја овог међународног кривичног дјела представља ратни злочин (нпр. ратни злочин: уништавање или одузимање имовине непријатељске стране). Један од института међународног хуманитарног права је и институт војне потребе. Војну потребу треба посматрати као дозвољено одступање од поштовања правила ратног права, односно као примјену неких норми ратног права у појединим ситуацијама, која позивањем на војну потребу могу да се прекрше.¹³ Овај институт је посљедица природе међународног хуманитарног права, као компромиса између жеље за хуманизацијом оружаног сукоба и крајњег циља оружаног сукоба, војне побједе. Овај принцип садржан је и у међународним уговорима, па и у Римском статуту који отвара могућност искључења постојања ратних злочина позивањем на војну потребу.¹⁴ Због тога је неопходно да судска пракса изради критеријуме којима би се, у циљу одређивања да ли одређена радња представља ратни злочин, процјењивала сразмјерност између могућности остваривања војног циља и употребе средстава и посљедица њихове примјене.

4. РАТНИ ЗЛОЧИНИ ПО СТАТУТУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Статут Међународног кривичног суда у члану 8 предвиђа четири групе ратних злочина: 1) Тешка кршења Женевских конвенција од 12. августа 1949. године (члан 8 став 2 тачка (а)); 2) Друга озбиљна кршења закона и обичаја рата примјењивих у међународним оружаним сукобима у устаљеним оквири-ма међународног права (члан 8 став 2 тачка (б)); 3) Озбиљне повреде члана 3 заједничког за све четири Женевске конвенције (члан 8 став 2 тачка (в)); 4) Остала озбиљна кршења закона и обичаја рата примјењивих у оружаним сукобима немеђународног карактера (члан 8 став 2 тачка (г)). Статут је предвидио надлежност Суда када су ратни злочини почињени као дио плана или политике или као дио масовног извршења тих злочина (члан 8, став 1).

¹³ В. Јончић, стр. 101.

¹⁴ Члан 8 став 2 тачка (а) (xii) Статута Међународног кривичног суда гласи: *Ратни злочин је уништавање или запљена имовине непријатеља, осим ако ратна потреба апсолутно не захтијева то уништавање или запљену.*

4.1. Тешке повреде Женевских конвенција од 12. августа 1949. године

Ратни злочин, тешке повреде Женевских конвенција од 12. августа 1949. године, обухвата сљедећа дјела која су почињена према заштићеним лицима за вријеме међународног оружаног сукоба, а који су предвиђени Женевским конвенцијама: 1) намјерно лишавање живота; 2) мучење или нечовјечно поступање подразумјевајући ту и биолошке експерименте; 3) уништавање и одузимање имовине широких размјера које није оправдано војном нуждом, а изведено је противправно и безобзирно; 4) присиљавање ратног заробљеника или цивила на служење у снагама непријатељске силе; 5) намјерно ускраћивање права ратном заробљенику или цивили на правичан и редован судски поступак; 6) противправна депортација или премјештање или противправно заточење цивила, и 7) узимање цивила за таоце.

Судска пракса Хашког трибунала за бившу Југославију предвиђа четири услова за утврђивање постојања овог ратног злочина:

- (1) Постојање оружаног сукоба. Оружани сукоб постоји када се прибјегло оружаном сили између држава или када постоји продужено оружаном насиље између власти и организованих наоружаних група или пак између таквих група унутар једне државе.¹⁵ Из овога слиједи, да бисмо под оружани сукоб могли подвести: рат као оружани сукоб између држава; национално-ослободилачки рат против колонијалне доминације, расистичког режима и стране окупације; војне интервенције међународне заједнице представљене кроз систем УН-а против одређених држава и грађански рат.
- (2) Мора постојати веза између кривичног дјела и оружаног сукоба. Овај услов је испуњен када су кривична дјела тијесно повезана са непријатељствима која су се догађала на дијеловима територија које су биле под контролом страна у сукобу.¹⁶ То не значи да злочини морају бити почињени у вријеме и на тачно одређењом географском простору гдје се одвијају војне операције.¹⁷

¹⁵ Цоунс, Р.В.Д. Ц. и Паулус, С., *Међународна кривична пракса*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2005. година, стр. 221.

¹⁶ Богдан Иванишевић, Горан П. Илић, Томислав Вишњић, Весна Јањић, *Водич кроз Хашки трибунал*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2008. година, стр.9.

¹⁷ „This does not mean that the crimes must all be committed in the precise geographical region where an armed conflict is taking place at a given moment“, Jennifer Trahan, *Genocide, war crimes, crimes against humanity*, Human Rights Watch, 2006. , стр. 22. Преузето са сајта: http://books.google.co.in/books?id=V3hqQJkJSNcC&pg=PR1&dq=Jennifer+Trahan,+Genocide,+war+crimes,+crimes+against+humanity,+Human+Rights+Watch,+2006.&hl=hr&ei=H2rbTpn4C5OXhQeA7oHUBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false

- (3) Оружани сукоб мора бити међународни. Женевске конвенције у заједничком члану 2 дефинишу када су примјенљиве у оружаном сукобу: у случају објављеног рата или сваког другог оружаног сукоба између двају или више страна уговорница, чак и ако једна од њих није признала ратно стање; као и у случају окупације цијеле територије једне стране уговорнице или једног њеног дијела, чак и ако окупација не наилази на војни отпор. Такође, Протоколом I је проширен појам међународног оружаног сукоба, те он обухвата и оружани сукоб у којем се народи боре против колонијалне доминације и стране окупације и против расистичких режима, користећи се правом народа на самоопредјелење.
- (4) Жртве злочина за које се оптужени терети морају спадати у групу заштићених лица. Женевске конвенције пружају заштиту сљедећим лицима: лицима која директно не учествују у непријатељству (цивили, посебно избјеглице, жене и дјеца, стари, новинари, рањени, болесни цивили или бродоломници, цивилно војно или санитетско особље, хуманитарни радници) и лицима која више не учествују директно у непријатељствима (борци¹⁸, борци који су рањени, болесни или су бродоломници (*hors de combat*), ратни заробљеници, лица која искачу падобраном из ваздуха из нужде).

У међународној судској пракси појавиле су се дилеме када је у питању тумачење „услова“ за утврђивање постојања овога кривичног дјела. Прва дилема се односи на то да ли одређени „унутрашњи оружани сукоби“ могу имати карактер „међународних“. Међународна судска пракса је утврдила став да унутрашњи сукоб може имати међународни карактер, ако нека друга држава интервенише својим трупама или ако нека од страна у унутрашњем сукобу дјелује за рачун друге државе.¹⁹ У другом случају користе се два „теста“. Први тест је „тест ефективне контроле“ или „Никарагва тест“²⁰ који се користи када су у питању приватни појединци и неорганизоване групе, гдје се тражи доказ да је држава имала ефективну контролу над њиховим дјеловањем, да им је дала упутства о извршењу дјела или да им је дала ретроактивну подршку. Други тест је „тест опште контроле“ у случајевима организоване, хијерархијски устројене групе, гдје се тражи доказ да је држава финансирала, обучавала и

¹⁸ Под категоријом бораца, Женевске конвенције подразумевају припаднике оружаних снага, као и припаднике милиција и добровољачких јединица које улазе у састав тих оружаних снага, те припаднике других јединица које дјелују под командом државних оружаних снага, а под условом да се: 1. налазе под одговарајућом командом, 2. носе утврђени знак распознавања, 3. да отворено носе оружје 4. поштују правила међународног хуманитарног права.

¹⁹ Б. Иванишевић, Г. П. Илић, Т. Вишњић, В. Јањић, стр. 9.

²⁰ Назив Никарагва тест потиче од теста који је Међународни суд правде формулисао 1986. године у случају Никарагва против САД, гдје се међународни суд правде бавио питањем одговорности САД за акте кршења људских права и хуманитарног права од стране организованих војних и паравојних снага које су се у Никарагви бориле против владе током осамдесетих година прошлог вијека.

опремала групу, те да је помагала у организовању, планирању или надзирању њихових војних операција. Друга дилема која се појављује приликом тумачења услова односи се на то да ли „заштићене особе“ могу имати заштићен статус иако имају држављанство као и они под чијом су контролом. Став међународне судске праксе је да под одређеним околностима особе могу имати „заштићен статус“, иако имају исто држављанство силе у чијим се рукама налазе. Овдје се користи критеријум лојалности умјесто формалне везе држављанства. Тако Хашки трибунал за одређујући елемент појма „држављанин“ сматра фактичку лојалност страни у сукобу. У контексту етничких сукоба у бившој Југославији, лојалност је била детерминисана етничком припадношћу.²¹ Из овога закључујемо да би били испуњени услови Женевске конвенције о различитом држављанству заштићених лица и силе која их држи, ако би цивили и поред тога што имају заједничко држављанство са припадницима силе која их држи исказивали лојалност другој држави. Овакво широко и често оспоравано тумачење Женевских конвенција можемо једино оправдати главним циљем међународног хуманитарног права, а то је заштита цивила у највећој могућој мјери.

Такође, занимљиво је питање статуса УН војних мисија у унутрашњим оружаним сукобима. У случајевима мисија УН мировних трупа или других мировних трупа овлаштених од УН-а у унутрашњим оружаним сукобима, УН мировне трупе нису страна у конфликту и овлашћене су да употребе силу само у случајевима самоодбране. У случају да је мисија УН трупа успостављање мира, а која се заснива на члану 7 Повеље УН, и која им даје овлашћење да употребе силу како би успоставили мир и безбједност, тада у тим околностима, трупе УН мисија могу постати страна у сукобу, док ће сукоб постати међународни између трупа УН-а и стране у сукобу против које је преузета акција.²²

²¹ Цоунс, Р.В.Д. Ц. и Паулус, С., стр. 243.

²² “In the case of peace-keeping interventions by UN forces or UN authorised forces in internal armed conflict, the UN troops do not become party to the conflict and are allowed to use force only in restricted cases of self-defence. In the character of UN forces in not peace-keeping, but peace-enforcing or peace-restoring, the forces mandat, must often established under chapter 7 of the UN Charter, may allow them to use force to restore peace and security in the country, in those circumstances, it seems to the UN forces can therefore become a party to the internal armed conflict and the nature of the conflict will be changed to an international conflict“, Eve La Haye, *War crimes in internal armed conflict*, Cambridge university press, 2008. година, стр. 20. Преузето са сајта: http://books.google.co.in/books?id=IzogWk3hPgEC&pg=PA128&dq=Eve+La+Haye,+War+crimes+in+internal+armed+conflict,+Cambridge+university+press,+2008&hl=hr&ei=62vbToPoEciLhQf15fG3AQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&esnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false

4.2. Друга озбиљна кршења закона и обичаја рата примјењивих у међународним оружаним сукобима у устаљеним оквирима међународног права

Ова група ратних злочина обухвата двадесет и шест забрањених радњи које се тичу забрањених метода и средстава ратовања. Извори ових правила су разноврсни и не наводе се, мада је уочљиво да највише правила произилази из Протокола 1 од 1977. године. Ови ратни злочини могу се извршити само у међународном оружаном сукобу, па стога вриједе правила која смо навели приликом тумачења прве групе ратних злочина, тешких кршења Женевских конвенција од 12. августа 1949. године. Члан 8 (2,б) има и резерву по којој су наведени злочини релевантни „у устаљеним оквирима међународног права“⁴. То подразумијева да поједине радње које су овим Статутом инкриминисане не представљају ратне злочине за државе које нису ратификовале Протоколе од 1977. године. Међу те државе спадају и најмоћније на свијету као што су САД, Русија и Француска.

Статут наводи двадесет и шест забрањених радњи које обухватају овај ратни злочин, међу којима издвајамо: намјерно усмјеравање напада на цивилне објекте, односно објекте који нису војни циљеви (члан 8 став 2 тачка (б) (ii)); убијање или рањавање борца који се предао положивши оружје или више нема средстава за одбрану (члан 8 став 2 тачка (б) (vi)); уништавање или запљена имовине непријатеља, осим ако ратна нужда апсолутно не захтијева то уништавање или запљену (члан 8 став 2 тачка (б) (xiii)); употреба отрова или отровног оружја (члан 8 став 2 тачка (б) (xvii)); силовање, сексуално ропство, принудна проституција, присилна трудноћа, принудна стерилизација или сваки други облик сексуалног насиља који представља тешку повреду Женевских конвенција (члан 8 став 2 тачка (б) (xxii)); регрутовање или ангажовање дјецe млађе од 15 година за државне оружане снаге или њихово активно коришћење у непријатељствима (члан 8 став 2 тачка (б) (xxvi)), итд.

4.3. Озбиљне повреде члана 3 заједничког за све четири Женевске конвенције

Ову групу ратних злочина чине дјела почињена према лицима која не учествују активно у непријатељствима, у која спадају и припадници оружаных снага који су положили оружје, као и они припадници тих снага који су стављени ван строја услед болести, рана, заточеништва или било ког другог разлога, а који су почињени за вријеме немеђународног оружаног сукоба.

Заједнички члан 3 Женевских конвенција има за циљ заштиту учесника немеђународних оружаних сукоба, њему је придодат и Протокол 2 који се односи на заштиту жртава немеђународних оружних сукоба. Радње обухваћене заједничким чланом 3 Женевским конвенцијама, мада илегалне, нису инкриминисане Конвенцијама ни Протоколима уз Конвенције, представљају нову инкриминацију креирану од стране трибунала за бившу СФРЈ у случају Тадић и, као такве, партикуларно право које не везује државе које нису ратификовале Статут Суда.²³

Услови за постојање овога ратног злочина су:

- (1) Постојање немеђународног оружаног сукоба. Немеђународни оружани сукоб постоји када се прибјегне оружаној сили између власти и организованих наоружаних група или између таквих група унутар једне државе;
- (2) Мора постојати веза између кривичног дјела и оружаног сукоба. Овај услов је испуњен када су кривична дјела тијесно повезана са непријатељствима која су се догађала на дијеловима територија које су биле под контролом страна у сукобу²⁴;
- (3) Жртве злочина за које се оптужени терети морају спадати у групу заштићених лица. Заједнички члан 3 у заштићена лица убраја: лица која не учествују активно у непријатељствима (цивили) и припаднике оружаних снага који су положили оружје, као и оне припаднике тих снага који су стављени ван строја усљед болести, рана, заточеништва или било ког другог разлога;
- (4) Радња извршења: 1) насиље над животом и личношћу, а посебно све врсте убистава, сакаћења, свирепог поступања и мучења; 2) повреда личног достојанства, а посебно понижавајуће и омаловажавајуће поступање; 3) узимање талаца; 4) доношење пресуда и извршење погубљења без претходне пресуде изречене од стране уредно установљеног суда који нуди све судске гаранције општепризнате као неопходне.

Када је у питању постојање овога ратног злочина, посебно питање се односи на утврђивање критеријума постојања немеђународног – унутрашњег оружаног сукоба. Наиме, став 2(г) Статута предвиђа да се одредбе које се односе на овај ратни злочин не примјењују на унутрашње немире и напетости, као што су нереди, изоловане и спорадичне насилне радње или друга слична дјела. Критеријум за утврђивање постојања унутрашњег оружаног сукоба на које се примјењује међународно право можемо наћи у одредбама Протокола 2 из 1977. године. Протокол 2 у члану 1 наводи сљедеће критеријуме:

²³ М. Крећа, стр. 621.

²⁴ Б. Иванишевић, Г. П. Илић, Т. Вишњић и В. Јањић, стр. 8.

- (1) Да се оружани сукоб води између легалних и отпадничких оружаних снага или других наоружаних група;
- (2) Да су отпадничке снаге и наоружане групе организоване и да се налазе под одговорном командом;
- (3) Да ове снаге и групе врше контролу над дијелом државне територије која им омогућава да воде непрекидне и усмјерене војне операције;
- (4) Да у вршењу војних операција поштују одредбе Протокола 2.

У члану 8 став 2 Статута, држави се даје право да одржава или успоставља ред и мир у држави и да брани јединство и територијалну цјеловитост државе свим законитим средствима.

4.4. Остала озбиљна кршења закона и обичаја рата примјенивих у оружаним сукобима немеђународног карактера унутар установљених оквира међународног права

Ова група ратних злочина чини дванаест дјела која су инкриминисана у унутрашњим оружаним сукобима, а која нису обухваћена заједничким чланом 3 Женевских конвенција. Став 2 (ф) предвиђа постојање овога ратног злочина под условом оружаног сукоба на територији државе када дође до дужег оружаног сукоба између владиних органа и организованих оружаних група или између таквих група. Осим овог услова, за постојање овог ратног злочина важе услови и правила о одређивању постојања унутрашњег оружаног сукоба која смо навели приликом тумачења треће групе ратних злочина (Озбиљне повреде члана 3 заједничког за све четири Женевске конвенције). Такође, за ове злочине важе правила о „резервама“, што подразумијева да поједине радње које су овим Статутом инкриминисане не представљају ратне злочине за државе које нису ратификовале Протокол од 1977. године. У члану 8 став 2 Статута, државама се даје право да одржавају или успостављају ред и мир у држави и да бране јединство и територијалну цјеловитост државе свим законитим средствима.

Статут наводи дванаест забрањених радњи које обухватају овај ратни злочин, а међу њима издвајамо: намјерно усмјеравање напада на цивилно становништво као такво или на поједине цивиле који не учествују непосредно у непријатељствима (члан 8 став 2 тачка (д) (i)); пљачкање градова или мјеста чак и ако су заузети у јуришу (члан 8 став 2 тачка (д) (v)); изјављивање да неће бити милости (члан 8 став 2 тачка (д) (x)), итд.

Оснивањем Међународног кривичног суда направљен је велики корак напријед у процесуирању и спречавању ратних злочина. Ипак, наводе се и бројне критике на рачун његовог Статута. Правно-технички посматрано, није добро рјешење што је примиијењен један сувише наглашен казуистички приступ и што се при том већина ратних злочина није дефинисала синтетички, што

би иначе било оправдано из неколико разлога: 1) тако би се конкретне норме учиниле краћим и јаснијим, те једноставнијим за примјену, 2) не би долазило ни до непотребног понављања и преклапања.²⁵ Такође, истиче се да је Статутом правно регулисање средстава ратовања уже од оног које садржи међународно обичајно право²⁶, као и различито регулисање међународних и унутрашњих оружаних сукоба, што је супротно тенденцијама савременог међународног хуманитарног права.

5. ЗАКЉУЧАК

На крају овог истраживања дошли смо до следећих закључака. Ратни злочини су међународно кривично дјело, а представљају озбиљна кршења међународног хуманитарног права. Ова кривична дјела настала су са појавом првих оружаних сукоба и нажалост до данас су његови стални пратиоци. Међународна заједница је тек послије Другог свјетског рата, оснивањем Нирнбершког трибунала, ова кривична дјела инкриминисала као међународна, због тога што се њима нападају вриједности које су од значаја за цјелокупно човјечанство (живот, слободе, тјелесни интегритет итд.).

Ратни злочини су кривична дјела која се могу извршити једино за вријеме оружаних сукоба, а учиниоци могу бити војна или цивилна лица. Објекат заштите овог међународног кривичног дјела су лица која не учествују или више не учествују у оружаним сукобима (цивили, рањеници, болесници, посебна заштићена лица и заштићени објекти и ратни заробљеници). Радње извршења овог кривичног дјела по међународним изворима су алтернативно и вишеструко наведена (напади на небрањена мјеста, узимање талаца, убиства, силовања, злоупотреба знака Црвеног крста, регрутовање дјеце испод 15 година, итд.). По међународном, али и по националним правима кривично гоњење и кажњавање за ово међународно кривично дјело не застаријевају.

Оснивањем сталног Међународног кривичног суда и усвајањем његовог Статута започела је нова фаза у процесуирању и сузбијању ратних злочина и других међународних кривичних дјела. Неспорни легалитет (Суд је основан међународним уговором) и легитимитет (Статут Суда је потписало 139 држава, нажалост не и најмоћније државе: САД и Русија), те унифицирани извори права (извори права су утврђени Статутом Суда и Правилником о поступку и доказивању), стварају позитивне услове да се кроз рад сталног Међународног кривичног суда успостави међународно кривично право у правом смислу

²⁵ Милан Шкулић, *Међународни кривични суд - надлежност и поступак*, Правни факултет у Београду, Београд, 2005. година, 281.

²⁶ Тако Статут не забрањује кориштење савремених оружја, што би потенцијално могло довести до нарушавања два начела међународног хуманитарног права: проузроковања сувишних повреда или непотребне патње и немогућност прављења избора при избору циља.

ријечи. Овим су и Женевске конвенције добиле ефикасно средство у борби за остварење свог основног циља, а то је хуманизација оружаних сукоба.

Milan Milkovic, grad.jurist-Master of International Law, A trainee at a District Prosecutor's Office of Republika Srpska in Banja Luka

WAR CRIMES AS VIOLATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

The main theme of this paper is: war crimes, international criminal act that violates the rules of international humanitarian law. It is this criminal act that connects two branches of international law which simultaneously developed throughout the history: international humanitarian and international criminal law. International humanitarian law regulates the rules of armed conflict with the aim of its humanisation, while international criminal law with its rules incriminates and sanctions behaviour that violates the rules of international humanitarian law.

This paper is divided into five sections due to clarity and better understanding of the theme. The first part defines the term and subject of the regulation of international humanitarian and international criminal law. The second part is dedicated to comprehension of the principle PACTA SUNT SERVANDA, as well as the other rules of international law that require respect and implementation of the obligations of international humanitarian law. The third and fourth parts introduce international criminal act: war crime and its basic characteristics, along with the elements of the criminal act in accordance with the Statute of the International Criminal Court. Eventually, there is a conclusion on this theme.

Key words: *war crimes, international humanitarian law, international criminal law, the Geneva Conventions with the Protocols, the Statute of the International Criminal Court*

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
е-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“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
500 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.